

TESINA CARRERA DE DERECHO

PARENTALIDAD Y TRABAJO:

**¿ES POSIBLE CONCILIAR VIDA FAMILIAR Y
LABORAL EN CHILE?**

DANIELA GONZÁLEZ GARCÍA

KARLA HERNÁNDEZ CRUZ

Trabajo para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesora Guía: Daniela Marzi Muñoz

Valparaíso, Noviembre de 2011.

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN.	4
INTRODUCCIÓN.	5
I CAPÍTULO.	7
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	7
2. OBJETIVOS.	10
2.1. Objetivo General.	10
2.2. Objetivos Específicos.	10
II CAPÍTULO.	11
3. DERECHOS Y REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN LABORAL CHILENA.	11
3.1. Descansos.	14
3.1.1. Descanso Maternal.	14
3.1.2. Descanso Parental.	21
3. 2. Fuero Maternal.	24
3.3. Derecho a Subsidio.	30
3.4. Derecho a Sala Cuna.	31
3.5. Derecho a dar alimento al hijo o hija.	33
3.6. Exclusión de desarrollar determinados trabajos que pueden resultar perjudiciales para la trabajadora por su estado de embarazo.	34
3.7. Permisos Especiales.	34
3.8. Obligación de no exigir exámenes de embarazo para la contratación.	37

III CAPÍTULO.	38
4. LEY No. 20.545. ANÁLISIS DEL CUERPO LEGAL QUE CREA EL PERMISO POSTNATAL PARENTAL Y MODIFICA LAS NORMAS SOBRE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD.	38
4.1. Modificaciones introducidas al artículo 195 del Código del Trabajo.	39
4.2. Modificaciones introducidas al artículo 196 del Código del Trabajo.	42
4.3. Artículo 197 bis que crea el permiso postnatal parental.	43
4.3.1. Trabajadoras que a la entrada en vigencia de la Ley No. 20.545 no habían hecho uso del descanso prenatal o postnatal.	48
4.3.2. Trabajadoras cuyo descanso postnatal haya expirado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley No. 20.545.	49
4.3.3. Trabajadoras que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley No. 20.545 se encontraban haciendo uso del descanso prenatal o postnatal.	50
4.4. Modificación introducida al artículo 200 del Código del Trabajo.	51
4.5. Modificación introducida al artículo 201 del Código del Trabajo.	52
CONCLUSIONES	55
BIBLIOGRAFÍA	59

RESUMEN.

La protección a la maternidad ha constituido universalmente un tema de preocupación y ocupación por parte de los Estados, de los Organismos Internacionales y Supranacionales, los que han intentado promover y adoptar políticas tendientes a tutelar este fenómeno en el entendido que toda sociedad tiene como sustrato a la familia, sea que se hallare constituida conforme a los modelos tradicionales o bien asuma nuevas formas y matices. Es por esto que resulta de gran importancia la forma en que los ordenamientos jurídicos asumen la compatibilización de la vida familiar y laboral de sus ciudadanos.

Conforme a esto, el presente trabajo se enfocará en el estudio de la normativa de protección a la maternidad contenida en la legislación laboral chilena, a fin de analizar si ésta propende a que las trabajadoras y trabajadores logren una adecuada conciliación de su vida familiar y laboral en el ejercicio de los derechos que las leyes del trabajo les confieren.

Palabras Claves: *Protección; Conciliación; Parentalidad; Igualdad.*

INTRODUCCIÓN.

La protección a la maternidad justifica su existencia por encontrarse dirigida a la protección de ciertos bienes jurídicos y sociales relevantes, tales como la vida y la salud del que está por nacer, del recién nacido, la madre y la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Es por esto que deben existir dentro de las políticas de gobierno medidas que busquen dar fortalecimiento a la familia, para asegurar una tasa natalidad constante y mantener un desarrollo demográfico continuo. Pero se trata de una maternidad que no sólo implique una protección de la que sea titular la mujer sino que se avance hacia el desarrollo de lo que es posible denominar parentalidad responsable, integrada y participativa, en la que se concrete el principio de igualdad entre hombres y mujeres, de forma tal que sea posible conseguir una efectiva y justa conciliación de la vida familiar y laboral de las trabajadoras y trabajadores que en Chile, deciden ser padres.

El presente trabajo, tiene por objeto analizar la protección a la maternidad contenida en el Código del Trabajo y el proyecto de ley que crea el permiso postnatal parental e introduce modificaciones al Código del Trabajo. Con esto se busca determinar si la normativa contenida en ellos ofrece y garantiza a los trabajadores los derechos y mecanismo para hacer efectivos estos mismos de forma tal que ellos resulten suficientes para que las mujeres y hombres en Chile puedan llevar una vida en la que el embarazo, nacimiento, crianza y educación de sus hijos no constituya un obstáculo al desarrollo de las labores propias de una relación de trabajo y viceversa.

La estructura de este trabajo se encuentra compuesta por tres capítulos. El primero de ellos, contiene los antecedentes necesarios para justificar la preparación de este documento, introduciéndonos en el tema, el planteamiento del problema y los objetivos de la investigación.

El segundo capítulo, contiene un análisis de la normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico referida a la protección de la maternidad en el ámbito laboral, sus principales fundamentos, así como también sus principales características y falencias.

El tercer capítulo, constituye una descripción y evolución de lo que fue el proyecto de ley contenido en el mensaje No. 611-358 enviado por el Presidente de la República al

Congreso Nacional, que crea el permiso postnatal parental e introduce normas que modifican el Código del Trabajo.

Finalmente, en el cuarto y último capítulo, se construye una conclusión de acuerdo al análisis de los temas precedentemente señalados.

I CAPÍTULO.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

En Chile, desde los inicios de la legislación laboral ha existido una preocupación por otorgar tutela jurídica a las mujeres trabajadoras, tanto en lo que dice relación con una protección por el solo hecho de ser mujer, como en el interés de proteger la maternidad. Sin embargo, en los comienzos de la legislación laboral la protección del trabajo fue siempre de la mano de la protección de la familia, lo cual condujo a una especie de confinamiento de la mujer al espacio netamente doméstico, exacerbando su rol de madre y esposa, cuidadora y educadora de los hijos, pero siempre al interior del hogar, mientras que al hombre se le atribuyó una función proveedora de todos aquellos medios que aseguraran la subsistencia de la familia.

Es así como la legislación laboral, desde sus albores, fue evolucionando de forma tal que se produjo en nuestro país un desincentivo a la contratación femenina, dando lugar a una preeminencia del rol de cuidado del hogar y de los hijos a las mujeres, y teniendo como premisa el hecho de que el trabajo las alejaba de estas funciones, las cuales eran inherentes a su género. Junto con la prevalencia de este rol en las mujeres, tuvo lugar el fenómeno de constitución de familias con labores diferenciadas en función del género, teniendo los hombres el control de los hogares. En este sentido, se produce una agudización de la vulnerabilidad de que eran objeto las mujeres, ya que se encuentran en una imposibilidad de desarrollar una capacidad económica superior y “el estatus económico de las mujeres en general depende del de los hombres, y el estatus económico de las mujeres individualmente depende del de los hombres individualmente, de aquellos hombres con los que están emparentadas” (Perkins, 2008: p.20).

En el desarrollo de la legislación laboral existió una fase en la cual la protección jurídica de las trabajadoras estaba enfocada en la maternidad y en la condición misma de mujer, “acorde con una visión de la trabajadora como un sujeto de derecho más débil y, por lo tanto, en gran medida necesitada de una protección particular, similar en algunos casos a la que se le confería a los menores de edad” (Caamaño, 2010: p.179-209). Es así como, por ejemplo, se prohibía la contratación de mujeres para la realización de trabajos mineros,

subterráneos o faenas calificadas de superiores a sus fuerzas o peligrosas para las condiciones físicas o morales propias de su sexo. De esta forma la mujer se encontraba en una situación en que aparentemente el ordenamiento buscaba darle una protección especial, pero que en la práctica la estaba relegando al ámbito exclusivamente doméstico, convirtiéndose la maternidad en un valor de cambio, con el cual la mujer pagaba por lo que recibía del hombre trabajador y proveedor de los medios de satisfacción de sus necesidades básicas.

Las preocupaciones del legislador en materia laboral en los inicios del siglo XX tenían directa relación con los problemas que afectaban a las familias obreras, pero no prestaban atención a la desigualdad de género en las relaciones de trabajo, y la normativa que nació en esta época con el objetivo de proteger a las mujeres trabajadoras provenía de una respuesta del legislador a los fenómenos y procesos inmediatos, muchas veces situando a las mujeres en un escalafón de mayor vulnerabilidad y, por sobre todo, de discriminación. Sin embargo, surge una tendencia en torno a reconocer cada vez más derechos civiles a las mujeres y también un reconocimiento de su capacidad de participación en el ámbito político, económico y laboral. Acompañado de ello, comienzan a modificarse o dejar sin efecto normas laborales que propendían a la discriminación y mayor debilitamiento de la mujer.

Hoy en día, en las legislaciones laborales modernas la cuestión está centrada en la conciliación de las obligaciones laborales y la vida familiar, con las consecuentes responsabilidades que ella conlleva, poniendo acento en el objetivo de “alcanzar una distribución más justa entre hombres y mujeres de sus responsabilidades familiares, contribuyendo a hacer compatible el trabajo con el cuidado de la familia” (Caamaño, 2010: p.179-209). Las legislaciones enfocadas en la consecución de esta “conciliación” conducen a una efectiva concreción del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito del trabajo.

A raíz de los antecedentes descritos, es que la investigación nos conduce a la formulación de diversas preguntas, entre ellas destacan:

¿Se encuentra la legislación laboral chilena en concordancia con el principio de igualdad entre hombres y mujeres?

¿Contiene la legislación laboral chilena un eficaz mecanismo de protección a la maternidad, o sus normas no constituyen más que una declaración de intenciones desconectada de la realidad social, económica y cultural de nuestro país?

¿Conduce la normativa laboral a una efectiva conciliación de la vida familiar con las responsabilidades derivadas de la relación de trabajo?

La investigación de estas cuestiones resulta relevante, ya que si bien la normativa contenida en la legislación laboral chilena tiene como fin último e indiscutido la protección del que está por nacer, del recién nacido y del niño respectivamente, según la etapa de desarrollo que corresponda, es necesario hacer un examen en relación a si éstas además se ajustan a ciertos criterios de racionalidad y, por sobre todo, a mandatos de carácter legal y constitucional en relación con la igualdad de hombres y mujeres, siendo menester además analizar de qué forma éstas contribuyen o no a la anhelada conciliación de trabajo y familia.

2. OBJETIVOS.

2.1. Objetivo General.

Analizar los mecanismos que la legislación laboral chilena ofrece y garantiza a los trabajadores en orden a lograr una conciliación de la vida familiar, en especial lo que dice relación con la maternidad y paternidad.

2.2. Objetivos Específicos.

a) Evaluar si la normativa laboral referida a la protección de la maternidad se ajusta al principio de igualdad entre hombres y mujeres.

b) Analizar la normativa contenida en el proyecto de ley que crea el permiso postnatal parental y modifica el Código del Trabajo, mensaje No. 611-358.

II CAPÍTULO.

3. DERECHOS Y REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN LABORAL CHILENA.

Desde los inicios de la participación de la mujer en el trabajo, su protección ha sido objeto de preocupación por parte del legislador chileno. La tutela jurídica de la maternidad, ya en el año 1917 se manifiesta en la Ley de Sala Cuna, que obligó a las fábricas y establecimientos industriales que ocuparan más de cincuenta trabajadoras, mayores de dieciocho años, a disponer de una sala cuna que recibiera a los hijos de los obreros en su horario de trabajo y durante el primer año de edad del niño. Además, esta misma ley reconoce derecho de las trabajadoras a amamantar a sus hijos.

La protección que en este momento se le otorga a la mujer tiene fundamento en que ésta es considerada un sujeto de derecho débil, al igual que los niños, razón por la cual eran merecedores de una protección diferencial que los liberaba de extensas jornadas de trabajo y salarios miserables. Así por ejemplo “el Código del Trabajo (= CT.) de 1931 en su artículo 49 prohibía de manera genérica el trabajo nocturno de las mujeres y que el antiguo texto del artículo 15 CT. de 1987 –hasta su modificación por la Ley nº 19.250 de 1993– prohibía también que las trabajadoras fueran contratadas para realizar trabajos mineros subterráneos o faenas calificadas como superiores a sus fuerzas o peligrosas para las condiciones físicas o morales propias de su sexo, salvo ciertas excepciones expresamente determinadas por el legislador” (Caamaño, 2009: p.179).

Tales normas de protección, que hoy nos podrían parecer exageradas o discriminatorias, se fundan en el limitado reconocimiento de derechos ciudadanos a la mujer, en la creencia persistente de su importante rol de madre y en la convicción real de su debilidad frente al hombre. Esta visión restrictiva del trabajo femenino fue lentamente modificándose, entregando mayores reconocimientos a la mujer, y es así como en el año 1960, con una fuerte incorporación de mano de obra femenina, se comienza a buscar la igualdad ente hombre y mujer en el trabajo, derogando y modificándose leyes laborales que operaran en ese sentido.

Actualmente la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo tiene consagración en el Código del ramo, cuyo artículo 2 -en sus incisos tercero y cuarto- señala que “son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

Los actos de discriminación son 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 el empleo y la ocupación.”

Internacionalmente, la maternidad y su protección también han sido foco de especial atención, puesto que no sólo se busca proteger a la madre sino que los bienes jurídicos resguardados por esta normativa son la vida y la salud del que está por nacer, del niño, las regulaciones entre progenitores y finalmente la sociedad en su conjunto. Es por esto que se ha regulado en general y también de manera específica.

En un plano general, ocupa un lugar importante la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948, la que en su artículo 25 No. 2 establece que “la maternidad y la infancia tienen derechos a cuidados y asistencias especiales” Por otra parte, debe destacarse el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 1966, cuyo artículo 10 No.2 expresa que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 2.Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social” (Caamaño, 2009: p.186-187).

Específicamente, la protección a la maternidad ha sido objeto de diversos y múltiples convenios de la Organización Internacional del Trabajo. El convenio No. 3, adoptado en Ginebra en el año 1919 y ratificado por Chile el 25 de septiembre de 1925, busca establecer condiciones mínimas a favor de la madre trabajadora (descanso, amamantamiento y fuero). Luego el Convenio No. 103 del año 1956 viene a modificar y perfeccionar el convenio No. 3, ampliando el ámbito de aplicación de la protección a la maternidad, permitiendo que la madre acredite su embarazo mediante certificado médico.

Con esto se logra perfeccionar el fuero, se reconoce además a la madre el derecho a recibir su remuneración durante el embarazo y se le concede el derecho a dar alimentos a su hijo, entendiéndose este tiempo como trabajado.

Por último, el Convenio No. 183 de la OIT, de junio de 2000, busca la determinación de nuevo criterios para proteger la maternidad, “a fin de seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño, y a fin de reconocer la diversidad de desarrollo económico y social de los Estados miembros, así como la diversidad de las empresas y la evolución de la protección de la maternidad en la legislación y la práctica nacionales.” (Caamaño, 2009: p.189-190). De este convenio, destaca la sistematización y explicitación de los derechos establecido a favor de la protección a la maternidad, junto con extender el ámbito de aplicación de estos derechos a “*todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan en formas atípicas de trabajo dependiente*”. Sin embargo, este convenio no ha sido ratificado por Chile.

El ordenamiento jurídico chileno regula la maternidad y paternidad de los trabajadores en el Título II, Libro Primero del Código del Trabajo, Artículos 194 a 208.

Este compendio de normas constituye un catálogo de derechos en favor de la madre y en ocasiones del padre, que busca asegurar la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores, entendiendo esta conciliación como la posibilidad de compatibilizar el trabajo con el desarrollo de una vida familiar.

Ahora bien, es necesario examinar a quiénes están dirigidas estas prerrogativas y de qué forma se hace efectivo su ejercicio. Es así como estos derechos favorecen a *toda* madre trabajadora, sin distinción, tal como lo señala el artículo 194 del Código del Trabajo al decir que “se regirá por las disposiciones del presente título y quedan sujetos a ellas los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado.

Las disposiciones anteriores comprenden las sucursales o dependencias de los establecimientos, empresas o servicios indicados”. Señala además que “estas disposiciones beneficiarán a todas las trabajadoras que dependan de cualquier empleador, comprendidas aquellas que trabajan en su domicilio y, en general, a todas las mujeres que estén acogidas a algún sistema previsional”.

En cuanto a la titularidad de estos derechos, ella se hace efectiva por la sola presentación de certificado médico otorgado por un facultativo que compruebe el estado de gravidez de la mujer trabajadora y cumpliendo con todos los requisitos de la presentación de una licencia médica. No se exige el cumplimiento de más formalidades o autorizaciones, puesto que el legislador entrega a la trabajadora estas garantías por el solo hecho de estar embarazada y encontrarse con una fuente laboral vigente.

3.1. Descansos.

Se trata del primero de los derechos que ha incorporado el legislador a la normativa de protección a la maternidad. En el ordenamiento jurídico chileno es posible distinguir dos tipos de descansos: un descanso que la ley concede a la trabajadora mujer y otro contemplado para el trabajador que se ha convertido en padre.

3.1.1. Descanso Maternal.

Este derecho ha sido reconocido desde las primeras leyes laborales de 1924. Hoy en día se encuentra consagrado en el artículo 195 del Código del Trabajo, el cual prescribe que “las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él”.

Corresponde a la madre trabajadora y al padre trabajador en los casos que proceda. Su objeto es proteger al que está por nacer, garantizar su cuidado al encontrarse recién nacido y proteger la salud de la madre mientras se encuentra embarazada y con posterioridad al parto.

El descanso maternal se caracteriza por ser un derecho de suspensión temporal, irrenunciable y de duración flexible. Es de suspensión temporal puesto que durante las 18 semanas de descanso la madre suspende completamente sus labores en el trabajo.

Mientras dura el ejercicio de este derecho el empleador no debe pagar remuneraciones a la trabajadora, sin perjuicio de esto, la trabajadora recibe un subsidio entregado por el Estado. Otra arista de este derecho es que surge para el empleador la obligación de conservar el puesto de trabajo de la trabajadora embarazada que se encuentra haciendo uso del descanso.

Se trata de un derecho irrenunciable, ya que para la trabajadora embarazada opera no sólo como una prerrogativa a su favor sino que además contiene la prohibición de ejercer trabajo alguno durante el período que comprende el descanso.

Es un descanso de duración flexible ya que puede ser aumentado o disminuido por razones contempladas en la ley. En efecto, el descanso prenatal, que comienza seis semanas antes del parto, puede ampliarse si la madre se viera afectada por una enfermedad que ponga en riesgo al no nacido o su salud. Esta ampliación se concreta en la obtención de un descanso superior a seis semanas previas al parto mediante la presentación de un certificado médico. En cuanto a su extensión temporal, este será determinado por el servicio que tenga a su cargo las atenciones médicas preventivas o curativas. Esta ampliación del descanso prenatal es conocida como “*descanso suplementario*” (Rojas, 2004: p.197).

Si el parto ocurre con posterioridad a las seis semanas desde que se inició el descanso prenatal, se aumentará dicho descanso hasta el día efectivo del alumbramiento, según indica el artículo 196 inciso segundo del Código del Trabajo. A su vez, el descanso prenatal disminuirá en caso que el parto se adelantara antes de cumplidas las seis semanas de descanso previo al parto, situación en la que los días faltantes se perderán y no podrán imputarse al descanso postnatal.

Tratándose del descanso postnatal de doce semanas, éste puede ser aumentado si la madre enfermara por motivo del parto o con posterioridad al mismo, no pudiendo volver a trabajar luego de doce semanas. Esta circunstancia debe ser acreditada mediante certificado

médico que deje constancia de la existencia de esta enfermedad. Esta prórroga del descanso posnatal de doce semanas se conoce como *postnatal ampliado*.

Las formalidades exigidas por el legislador para hacer uso de este descanso están contenidas en el artículo 197 del Código del Trabajo, el que señala que deberá presentarse al jefe del establecimiento, empresa, servicio empleador un certificado médico o de matrona que acredite que el estado de embarazo ha llegado al período fijado para hacer uso de los respectivos descansos.

Hay una situación en que este descanso es ejercido por el padre y eso ocurre en el caso de fallecimiento de la madre durante el parto o bien durante el período de descanso posnatal. Bajo esta hipótesis el permiso o lo que reste de él, corresponderá al padre, quien tendrá el cuidado de su hijo y gozará del fuero y subsidio correspondiente, tal como prescribe el artículo 195 inciso tercero del Código del Trabajo.

Si bien nuestro país, en el devenir de la legislación laboral, ha ido configurando una normativa de protección a la maternidad que contempla un descanso amplio, este mismo adolece de ciertas falencias que lo hacen en definitiva un derecho débil en relación al objetivo que intenta conseguir, cual es la protección del que está por nacer, del recién nacido y del menor.

En primer lugar, desde la perspectiva de la titularidad del derecho, éste corresponde casi exclusivamente a la mujer trabajadora y sólo bajo ciertos presupuestos al trabajador varón, quien, salvo que se trate del descanso de cinco días que le corresponde por nacimiento de un hijo, no es titular de un derecho a descanso, lo que constituye incluso un atentado a la garantía fundamental consagrada por la Constitución Política de la República en su artículo 19 No. 2 según el cual *“hombres y mujeres son iguales ante la ley”*. Además, se produce un contrasentido considerando que el propio Código del Trabajo, en su artículo 2 inciso segundo prescribe que *“son contrarios a los principios de las leyes laborales, los actos de discriminación”* y luego, al enumerar qué actos se entienden discriminatorios incluye *“las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo (...)”*.

En este sentido, nuestra legislación laboral incurre en una discriminación que no promueve la inclusión de los hombres en la vida familiar, educación, crianza y atención de las necesidades propias de los hijos, perpetúa los roles de padre proveedor y madre cuidadora y, por ende, no contribuye a facilitar que los trabajadores que asumen el desafío de formar una familia puedan conciliar de manera equitativa su vida familiar y laboral.

Por otra parte, es menester analizar el supuesto fáctico bajo el cual un trabajador varón puede gozar de este beneficio, cual es la circunstancia de haber fallecido la madre durante el parto o durante el tiempo que comprende el descanso. Sobre este punto, cabe señalar que, aparte de que el legislador sólo ha considerado al hombre como un beneficiario residual al tiempo que se cumpla el requisito de haber fallecido la madre, la norma no contempla otras situaciones en las que el padre trabajador pudiera ejercer este derecho a descanso. Así, el artículo 195 del Código del Trabajo guarda silencio respecto de dos situaciones que consideramos de importancia.

La primera de estas situaciones corresponde al caso en que la madre se encontrare aquejada por una enfermedad grave que le impida atender los cuidados del menor. Al respecto la Dirección del Trabajo, ha dicho que “el derecho del padre a gozar del permiso de maternidad postnatal o del resto de él que sea destinado al cuidado del hijo, previsto en el artículo 195 del Código del Trabajo, sólo procede en el evento de que la madre muriera en el parto o durante el lapso que comprende dicho permiso, no correspondiéndole, en consecuencia, dicho beneficio en caso de sobrevivencia de la madre, aún cuando ésta estuviere aquejada de una enfermedad grave que le impida atender al cuidado del menor” (Dirección del Trabajo, 2005: Dictamen No. 3846/104).

En el caso en comento pensamos que existe, como primera aproximación, una vulneración al principio de igualdad entre hombres y mujeres, puesto que se está excluyendo a un trabajador varón que se ha convertido en padre del ejercicio de un derecho que le corresponde en exclusividad a la madre, y más aún, no se le permite hacer uso de este descanso en situaciones excepcionales en las que es sabido que la madre no podrá ejercer de manera efectiva la prerrogativa que se le ha concedido en función de un hecho cual es la parentalidad, impidiendo que se logre esa conciliación de vida familiar/laboral que el legislador desea que los trabajadores alcancen y asegura garantizar.

Además, estimamos que la Dirección del Trabajo ha dejado fuera del análisis de esta norma un principio informador del Derecho del Trabajo, cual es el *Principio Protector* y más específicamente la regla *in dubio pro operario*, que opera como criterio orientador respecto de quien le corresponda una labor interpretativa en relación a una norma cuando ésta no es clara, o bien se trata de una situación nueva o imprevisible que el legislador no haya contemplado a la hora de crear la regla, siendo esta última situación la que se produce en el caso en análisis. Siendo esto así, si la norma está redactada en forma vaga, la situación de que se trata es tan imprevisible o nueva que no existe regla aplicable o bien si la norma, en su aplicación parece injusta, el intérprete debe dar el alcance y sentido a la norma que resulte más favorable al trabajador u operario, lo que no ocurrió en el Dictamen en cuestión.

Más aún, negar el traspaso del descanso al padre bajo circunstancias como ésta, desvirtúa la finalidad de toda la normativa de protección a la maternidad y paternidad, cuyo fin último es garantizar la protección del menor tanto en su vida como en su salud.

Una segunda situación dice relación con aquellos casos en que pudiera hacerse aplicable el traspaso del permiso al padre regulado en el artículo 195 del Código del Trabajo, por tratarse de una madre que no es trabajadora pero que ha fallecido con ocasión del parto o durante el respectivo descanso. Sobre este punto, la Dirección del Trabajo ha señalado que “el propio tenor literal de la disposición legal en análisis permite sostener que el derecho del padre a gozar de permiso postnatal en caso de fallecimiento de la madre, sea éste completo o lo que restare de él, sólo opera en el caso de que a la fecha de ocurrencia del hecho aquella haya detentado la condición de trabajadora” (Dirección del Trabajo, 2005: Dictamen No. 145/45). Para esgrimir este argumento, la Dirección del Trabajo alude al inciso primero del artículo 195 del Código del Trabajo, a partir del cual “resulta evidente que el citado permiso sólo tiene sentido e incidencia en el ámbito de una relación laboral, esto es, que se trate de una trabajadora (Dirección del Trabajo, 2005: Dictamen No. 145/45). Para este organismo, el derecho del padre a beneficiarse del descanso sólo se justifica en aquellos casos que, concurriendo los demás requisitos exigidos por la ley, la mujer haya sido acreedora o titular del derecho a impetrarlo.

A mayor abundamiento, la Dirección del Trabajo arguye utilizando la historia fidedigna del establecimiento de la Ley No. 19.250, que creó este beneficio, en virtud de la cual aparece el hecho de haber sido rechazada una indicación hecha al respecto por la Diputada Laura Rodríguez en la Comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados. Dicha indicación proponía incorporar de manera expresa el derecho a gozar de este permiso por el padre sobreviviente en caso que la madre fallecida no fuere trabajadora. Es así como para la Dirección del Trabajo “dicha indicación, que no fue reformulada en ninguna etapa posterior, permite sostener que el derecho al permiso de que se trata por parte del padre del menor, siempre estuvo condicionado a la calidad de trabajadora de la madre fallecida” (Dirección del Trabajo, 2005: Dictamen No. 145/45).

La línea argumentativa que siguió en este caso la Dirección del Trabajo se explica haciendo aplicación de una regla de interpretación de la ley contenida en el artículo 19 del Código Civil Chileno, según el cual “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”. Creemos que la Dirección del Trabajo ha dejado de lado, a la hora de interpretar, los principios informadores del Derecho del Trabajo, los cuales a nuestro juicio deben tener un orden preferente respecto de las reglas del derecho común en la labor interpretativa. Siendo esto así, y si la Dirección del Trabajo hubiese utilizado estos principios, una aplicación de la regla *in dubio pro operario* antes que la regla del artículo 19 del Código Civil habría conducido a estimar procedente el traspaso de este derecho al trabajador hombre en caso de fallecimiento de la mujer.

En lo que dice relación con la extensión temporal del descanso maternal en la legislación nacional, éste carece de flexibilidad puesto que la madre debe tomar las licencias en la forma y tiempos que la ley prescribe -seis semanas de prenatal y doce de postnatal- sin poder ella administrar libremente su descanso, ni tener la opción de trasladar alguna porción de las semanas del descanso prenatal al postnatal. Creemos que debería existir la posibilidad de que la madre sea libre para disponer de sus semanas de descanso, siempre que su estado de gravidez así lo permita, fundándose en certificado médico que la autorice a continuar prestando funciones a su empleador, para así poder optar a pasar más

tiempo junto a su hijo recién nacido, sumando al fin y al cabo el mismo tiempo de ausencia en su trabajo, pero mucho mejor distribuido. Esto podría tener como efecto positivo una disminución de las licencias para extender el postnatal injustificadamente o la práctica de presentar licencias fraudulentas que sólo buscan ampliar el período de postnatal.

Otra forma de entregar mayor flexibilidad al descanso de maternidad a favor de la trabajadora, sería que existiera la posibilidad de que, en el evento que el parto se adelantara, los días de descanso prenatal no usados se trasladaran al período de postnatal, para no perder aquellos días de descanso maternal. En la actual legislación los días no usados se pierden y los que se extiendan de la fecha original se prorrogan lo que sea necesario hasta el alumbramiento. En la legislación comparada, encontramos casos como el de Italia y Venezuela, cuyas leyes contemplan la posibilidad de traspasar esos días y, en caso que se prolongue más allá de lo establecido en la ley el período de espera, se extiende automáticamente el descanso prenatal hasta el día del alumbramiento, sin descontar ningún día de postnatal.

Otra variable que el legislador chileno dejó de considerar al regular el descanso maternal, fue la situación de la madre que tenga nacimientos múltiples. En ordenamientos jurídicos como el español y francés, la licencia de maternidad se extiende, frente al nacimiento de dos o más hijos a la vez, puesto que el tiempo de cuidados y períodos de recuperación son más intensos. Así las cosas, la legislación española consagra un aumento de la licencia de maternidad en dos semanas por cada hijo a partir del segundo de ellos.

3.1.2. Descanso Parental.

El artículo 195 inciso segundo del Código del Trabajo consagra a favor del padre un permiso de cinco días pagados en caso de nacimiento de un hijo, que podrá utilizar a su elección desde el momento del parto y de forma continua, excluyendo el descanso semanal, o bien podrán, ser distribuidos dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento.

Se trata este descanso, otorgado al padre, de un derecho irrenunciable y pagado por el empleador, tal como lo prescribe el artículo 195 inciso segundo del Código del Trabajo.

En virtud de este derecho se “reconoce expresamente que el padre trabajador también tiene derecho como tal y que debe tener la posibilidad de asumir su responsabilidad frente al nacimiento de un hijo, en un momento particularmente sensible, como es el primer mes de vida de un niño, período en el cual el menor requiere una enorme cantidad de cuidados que no pueden quedar entregados sólo a la madre” (Caamaño, 2008: p.65-77). Este permiso también se otorgará a los padres a quienes se les conceda la adopción de un hijo, contado desde la respectiva sentencia definitiva.

Si bien, tal como reconoce Eduardo Caamaño Rojo, mediante este permiso se reconoce al padre la posibilidad de asumir una responsabilidad frente al nacimiento de un hijo, nos parece que se trata de un derecho débil, en primer lugar por su baja duración - cinco días- lo que da a entender que, a juicio de nuestro legislador, un trabajador hombre no requiere más que esta cantidad de días para involucrarse responsablemente en el proceso que conlleva el nacimiento de un hijo, asumiendo un rol activo en la crianza y cuidado del menor, manteniéndolo en su rol estrictamente proveedor, del cual debe desprenderse por el menor espacio de tiempo posible.

Otro aspecto de este derecho que resulta criticable, visto desde el punto de vista de la nomenclatura usada por el legislador, es el hecho que la norma utiliza la expresión “*permiso*”, lo cual ha suscitado la necesidad de pronunciamiento por parte de la Dirección del Trabajo respecto a si, por tratarse de un permiso, el empleador tiene la facultad de concederlo o negarlo. Es así como este organismo ha indicado que se trata de un derecho irrenunciable para el trabajador y que “el carácter de permiso que este representa implica

que su ejercicio no puede significar desconocer las obligaciones que le impone el contrato de trabajo y los deberes que le asisten para con el empleador. De esta suerte, el trabajador debe solicitarlo, sea a éste o a quien lo represente, no pudiendo éstos condicionar o negar tal petición” (Dirección del Trabajo, 2006: Dictamen No. 597/9). A pesar de la aclaración hecha por la Dirección del Trabajo, nos parece que una norma que concede un derecho como éste requiere, a lo menos, precisión en su lenguaje, de forma tal que el carácter irrenunciable del mismo no pueda ser cuestionado y menos pareciendo otorgar facultades discrecionales al empleador.

Por otra parte, y considerando la extensión de este descanso, éste no puede ser ampliado en caso de nacimientos o partos múltiples según ha señalado la Dirección del Trabajo, que si bien reconoce que la expresión *un hijo* que utiliza la norma puede prestarse a ser interpretada en el sentido de consistir en un permiso de cinco días que corresponde por cada hijo nacido, termina por decir que el vocablo *un* no es más que una correcta aplicación de reglas gramaticales en la redacción del precepto legal. Luego, haciendo una interpretación de la norma con base en la regla contenida en el artículo 19 del Código Civil, sostiene que no aparecen antecedentes de haber discutido este punto en las sesiones, boletines y otros documentos que conforman la historia fidedigna del establecimiento de la ley, por tanto “nunca estuvo en la intención del legislador aumentar dicho permiso en caso de partos múltiples, lo que a la vez autoriza para afirmar que en tal evento el padre trabajador sólo tiene derecho a los cinco días que por tal concepto le otorga la ley. La conclusión anterior se corrobora si se tiene presente que la disposición contemplada en el actual inciso segundo del artículo 195 del Código del Trabajo constituye una normativa de excepción- toda vez que la regla general es que el descanso posnatal beneficie a la madre trabajadora- que como tal, debe interpretarse restrictivamente, no siendo posible, por consiguiente, asignarle efectos que la ley no previó ni en su letra ni en su espíritu” (Dirección del Trabajo, 2006: Dictamen No. 597/9). Pensamos que el criterio utilizado por la Dirección del Trabajo sobre este punto a considerar respecto del artículo 195 no es correcto, puesto que una vez más da prioridad a la aplicación de una regla de interpretación de la ley propia del derecho común en circunstancias que lo que se busca interpretar es una norma perteneciente a una rama especial del derecho, en la que los principios que la conforman debieran primar a la hora de hacer una interpretación. De esta forma, resulta

pertinente hacer aplicación de la regla *in dubio pro operario*, ya que la norma no es clara, y siendo esto así resulta perfectamente posible sostener que este permiso debe ser aumentado en caso de nacimientos múltiples. Además, nos parece que la conclusión a la que llega la Dirección del Trabajo es fruto de una interpretación forzosa al utilizar la historia fidedigna del establecimiento de la ley, puesto que el hecho de que no aparezcan antecedentes de haberse discutido esta situación no constituye, a nuestro juicio, fundamento suficiente para sostener que la voluntad clara del legislador fue no permitir el aumento de este descanso por situaciones especiales.

Otro punto que merece análisis dice relación con aquellas situaciones en que el trabajador, por encontrarse sujeto a licencia médica, no puede hacer uso de los cinco días de descanso que le corresponden dentro del primer mes desde el nacimiento del hijo. Al respecto la Dirección del Trabajo ha señalado que el Código del Trabajo ha sido preciso al establecer tanto el período dentro del cual puede usarse el descanso como también la forma en que éste puede ser ejercido, argumentando que “por imperativo legal, el permiso anotado debe utilizarse necesariamente dentro del señalado período. Tal circunstancia obliga a concluir que si el trabajador beneficiario, desde la fecha de nacimiento y durante todo el período mensual que lo precede, no se encontraba prestando servicios a causa de una licencia médica, no tiene derecho a impetrar, con posterioridad, el aludido beneficio, puesto que, como ya se dijera, el mismo debe necesariamente hacerse efectivo dentro del primer mes de nacimiento del hijo” (Dirección del Trabajo, 2006: Dictamen No. 597/9). En nuestra opinión, una interpretación en este sentido, si bien no constituye una vulneración al principio de irrenunciabilidad de los derechos que las leyes laborales establecen a favor de los trabajadores en sentido estricto, podría ser considerada como una trasgresión indirecta de esa máxima que rige las relaciones laborales, ya que implica dejar al trabajador en la imposibilidad de ejercer su derecho por razones ajenas a su voluntad, alterando el carácter de irrenunciabilidad que reviste este descanso. Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que la licencia médica y el descanso concedido al padre por nacimiento de un hijo tienen su fundamento en causas totalmente distintas. Por una parte, la licencia tiene su origen en una enfermedad o accidente sufrido por el trabajador que le impide desarrollar sus labores por un período determinado de tiempo, y su finalidad es que éste mismo recupere su salud. A su vez, el permiso por nacimiento de un hijo tiene como causa el ya

enunciado nacimiento y su finalidad es que el padre trabajador tenga el tiempo suficiente para tomar parte y responsabilidad en la paternidad. Así, la licencia médica debiera interrumpir el cómputo del plazo de un mes durante el cual, el padre, puede ejercer este derecho, criterio que es aplicable, por ejemplo, al caso en que un trabajador se enferma durante su período de vacaciones. Por otra parte nos parece que interpretar la norma en este sentido implica reconocer una especie de caducidad del derecho que el legislador no ha establecido expresamente.

3. 2. Fuero Maternal.

En el Derecho del Trabajo el fuero “constituye un derecho establecido a favor del trabajador, en virtud del cual el empleador no puede poner término a un contrato de trabajo sin que de manera previa solicite la autorización judicial respectiva, lo cual constituye una garantía de inamovilidad en el régimen de estabilidad relativa del empleo que prima en el Código del Trabajo” (Unidad de Defensa Laboral, 2011: p68).

En el ámbito de la protección a la maternidad, este derecho consiste en que la mujer trabajadora no puede ser despedida de su trabajo desde el momento de la concepción hasta un año después de terminado el período de descanso posnatal, salvo que se presenten ciertas y determinadas causales, cuales son el vencimiento del plazo convenido en el contrato y la conclusión del contrato o servicio que dio origen al contrato y se solicite autorización previa al tribunal competente. De esta manera se deduce del artículo 201 en relación con el artículo 174 del Código del Trabajo. Es así como “el tribunal deberá pesar cuál de los intereses corresponde que prime, si el del ejercicio industrial o el de la protección a las funciones de la madre de la criatura que no puede subsistir por si sola” (Macchiavello, 1986: p.229).

Este fuero se aplica también al padre trabajador que haya asumido el descanso posnatal en el evento que la madre hubiere fallecido en el parto o en el período de descanso posterior a éste, y se extenderá desde que el padre asume dicho descanso hasta un año después de su terminación. De la misma forma, este derecho puede ser ejercido por los

padres adoptivos, incluso tratándose de mujeres o de hombres solteros o viudos que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar un hijo en conformidad a las disposiciones de la Ley de Adopción, correspondiéndole según señala el inciso segundo del artículo 201, el plazo de un año desde que el juez competente les otorgue el cuidado personal o tuición del menor.

El derecho a no ser despedido opera inclusive si se ignora el estado de embarazo de la trabajadora y, en efecto, si se pusiere término al contrato en contravención a lo dispuesto en el artículo 174 quedará sin efecto el despido y la trabajadora deberá ser reintegrada a su puesto de trabajo inmediatamente, requiriéndose para producir este efecto la sola acreditación del estado de embarazo por medio de certificado médico o de matrona. Esto debe hacerse dentro de los 60 días hábiles siguientes al despido, quedando obligado el empleador a reintegrarla y a pagarle las remuneraciones por todo el tiempo que estuvo indebidamente separada de sus funciones, siempre que durante este tiempo no tuviere derecho a subsidio. Lo anterior opera también bajo el supuesto que se ponga término al contrato de trabajo a la madre o padre adoptantes por ignorancia del cuidado personal o de la tuición del menor, bastando para su reintegro la sola presentación de la copia autorizada de la resolución judicial que haya otorgado el cuidado personal del menor o su tuición.

En ambas situaciones “los dependientes reintegrados deben restituir a su empleador el desahucio, la indemnización por años de servicios y demás beneficios que hubieren percibido con ocasión del término de la relación laboral que queda sin efecto” (Melis y Carlier, 2000: p.757), como ha señalado la jurisprudencia administrativa. Si el empleador no reintegra o no paga lo debido a sus trabajadores, estos podrán reclamar por medio de procedimiento monitorio los incumplimientos sufridos, tal como señala el artículo 496 del Código del Trabajo.

El fuero se pierde cuando, por medio de resolución judicial, se decide poner término al cuidado personal del menor o bien por resolución judicial se deniega la solicitud de adopción. También cesará el fuero en caso que la sentencia que acoja la adopción sea dejada sin efecto en virtud de otra resolución judicial, como lo contempla en el artículo 201 inciso tercero del Código del Trabajo. Además si la madre pierde el embarazo, ya sea por aborto o por la muerte del menor, nacido o por nacer, la Dirección del Trabajo ha estimado

que “tomando en consideración que el fuero maternal busca proteger la fuente laboral de la trabajadora y con esto proveer lo necesario para la mantención y cuidado del menor, nacido o por nacer, no existiendo menor a quien proteger, no existe fundamento para mantener el fuero” (Melis y Carlier, 2000: p.752).

El fuero, como derecho que propende a la protección de la maternidad cobra importancia ya que “posibilita el ejercicio de los demás derechos consagrados a favor de la maternidad y paternidad, constituyéndose en una garantía para el ejercicio efectivo de éstos” (Varas, 2009: p.51).

Hay quienes estiman que puede la mujer voluntariamente renunciar a su trabajo, siendo esta renuncia perfectamente legítima, siempre que sea auténticamente voluntaria. La Dirección del Trabajo ha sostenido que “carece de incidencia el hecho que la mujer trabajadora, al momento de renunciar voluntariamente, ignore o no su estado de embarazo” (Dirección del Trabajo, 1998: Dictamen No. 2027/132), agregando que “el requisito de ignorar el estado de embarazo exigido por el legislador para que opere la norma en análisis, sólo se encuentra previsto en relación con el empleador, puesto que sólo sobre él recae la limitación de poner término al contrato de trabajo de una dependiente sujeta a fuero laboral, siendo precisamente tal desconocimiento el fundamento que permite que la medida del despido quede sin efecto y nazca la obligación de reincorporar” (Dirección del Trabajo, 1998: Dictamen No. 2027/132). Se trata de una situación compleja puesto que el legislador laboral ha reconocido como derecho de los trabajadores que estos puedan poner término al contrato de trabajo al que se encuentran sujetos por su propia voluntad y más aún, se trata – la renuncia- de una de las formas de poner fin a un contrato de trabajo preferidas en nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, si se consideran las circunstancias de hecho que han llevado a una trabajadora a poner término a su contrato de trabajo lo más probable es que, si ésta hubiese estado en conocimiento de su estado de embarazo, la renuncia no habría tenido lugar. Es posible sostener que una mujer que renuncia voluntariamente, sin conocer su estado de gravidez, haya incurrido en un error acerca de sus circunstancias de hecho y este error haya viciado su voluntad a la hora de renunciar, pero también hay que tener presente que este tipo de error en el derecho común no es considerado suficiente para viciar la voluntad en un acto jurídico. No obstante lo anterior, si se consideran principios del

derecho laboral tales como el principio de continuidad de las relaciones laborales quizás la respuesta podría ser distinta, aunque tal principio no considera expresamente una situación como ésta.

Ahora bien si se trata de analizar la norma que contempla la reincorporación de una mujer trabajadora, es posible sostener que su redacción no es clara en este punto y merece ser interpretada. Siendo esto así y haciendo aplicación del principio protector y de la regla in dubio pro operario resultaría perfectamente posible aceptar la reincorporación de una mujer trabajadora que puso fin a su relación laboral por medio de renuncia, desconociendo su estado de embarazo, siempre y cuando ella se encontrara de buena fe.

Otro punto de discusión en relación al fuero en la normativa de protección a la maternidad está referido al procedimiento al cual debe sujetarse la acción de desafuero que debe impetrar el empleador que desee poner fin a un contrato de trabajo celebrado con un trabajador que se encuentre acogido a fuero.

La discusión aparece de manifiesto desde la incorporación del procedimiento monitorio, regulado en los artículos 496 y siguientes del Código del Trabajo y cuyo ámbito de aplicación está determinado por el artículo 496 del mismo cuerpo legal, según el cual “ respecto de las contiendas cuya cuantía sea igual o inferior a diez ingresos mínimos mensuales, sin considerar, en su caso, los aumentos a que hubiere lugar por aplicación de los incisos quinto y séptimo del artículo 162; y de las contiendas a que se refiere el artículo 201 de este Código, se aplicará el procedimiento que a continuación se señala”. De la simple lectura de la norma se desprende que son dos las hipótesis de aplicación de este procedimiento. En primer lugar, se aplica a aquellas contiendas cuya cuantía sea igual o inferior a diez ingresos mínimos mensuales y, en segundo lugar, a las contiendas a las que se refiere el artículo 201 del Código del Trabajo.

El artículo 201 señala que “durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, la trabajadora estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174.

Tratándose de mujeres o de hombres solteros o viudos que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar un hijo en conformidad a las disposiciones de la Ley de Adopción, el plazo de un año establecido en el inciso precedente se contará desde la fecha en que el juez, mediante resolución dictada al efecto, confíe a estos trabajadores el cuidado personal del menor en conformidad al artículo 19 de la Ley de Adopción o bien le otorgue la tuición en los términos del inciso tercero del artículo 24 de la misma ley. 268 269.

Sin perjuicio de lo antes indicado, cesará de pleno derecho el fuero establecido en el inciso precedente desde que se encuentre ejecutoriada la resolución del juez que decide poner término al cuidado personal del menor o bien aquella que deniegue la solicitud de adopción. Cesará también el fuero en el caso de que la sentencia que acoja la adopción sea dejada sin efecto en virtud de otra resolución judicial.

Si por ignorancia del estado de embarazo o del cuidado personal o tuición de un menor en el plazo y condiciones indicados en el inciso segundo precedente, se hubiere dispuesto el término del contrato en contravención a lo dispuesto en el artículo 174, la medida quedará sin efecto, y la trabajadora volverá a su trabajo, para lo cual bastará la sola presentación del correspondiente certificado médico o de matrona, o bien de una copia autorizada de la resolución del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor, en los términos del inciso segundo, según sea el caso, sin perjuicio del derecho a remuneración por el tiempo en que haya permanecido indebidamente fuera del trabajo, si durante ese tiempo no tuviere derecho a subsidio. La afectada deberá hacer efectivo este derecho dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde el despido.

No obstante lo dispuesto en el inciso primero, si el desafuero se produjere mientras la mujer estuviere gozando del descanso maternal a que aluden los artículos 195 y 196, aquélla continuará percibiendo el subsidio del artículo 198 hasta la conclusión del período de descanso. Para los efectos del subsidio de cesantía, si hubiere lugar a él, se entenderá que el contrato de trabajo expira en el momento en que dejó de percibir el subsidio maternal.”

Del análisis en concordancia de ambas normas es que surge el problema de determinar o más bien dilucidar a qué acción se aplica el procedimiento monitorio. En este

sentido, Karla Varas ha dicho que, de la simple lectura del artículo 201 se desprende que “la única acción regulada en la norma citada es la de reincorporación laboral, la que es ejercida cuando una trabajadora que está amparada por la garantía de fuero maternal es separada de forma ilegal por su empleador, atendido que no solicitó la autorización judicial previa, conforme lo dispone el artículo 174 del Código del Trabajo” (Varas, 2009: p.53). Para la autora esto “guarda toda lógica con la naturaleza de este nuevo procedimiento, toda vez que quedan reservadas dentro de su ámbito de aplicación materias que no revisten mayores complejidades para su tramitación, y por tanto, pueden resolverse de forma inmediata -en caso que el tribunal estime que existen antecedentes suficientes-, o por medio de una audiencia única de contestación, conciliación y prueba” (Varas, 2009: p.53). Para esta misma autora “ejercer la acción de Desafuero Maternal conforme a las reglas del procedimiento monitorio, no se condice ni con la naturaleza de la acción deducida, ni con lo dispuesto en las normas legales citadas. En efecto, como se ha señalado, la solicitud de Desafuero tiene por finalidad obtener la autorización judicial, por la concurrencia de determinadas causales de terminación del contrato de trabajo, para desvincular a una trabajadora amparada por fuero maternal, acción que requiere de un análisis de fondo, atendido los diversos bienes jurídicos que se encuentran en juego, a saber: la mantención de la fuente de ingresos, la salud y vida de la trabajadora embarazada, junto con la salud, vida y desarrollo del hijo/a que está por nacer o recién nacido” (Varas, 2009: p.54-55).

Por otra parte, Gabriela Lanata ha señalado que el ámbito de aplicación del procedimiento monitorio no está determinado por asuntos de baja complejidad sino que el factor de competencia tenido en cuenta por el legislador a la hora de decidir qué asuntos serán conocidos por este procedimiento es el factor *cuantía* mas no el factor *materia*. Siendo esto así “ello lleva a concluir que la mayor o menor complejidad del asunto no es un punto a considerar a la hora de determinar la procedencia del procedimiento monitorio” (Lanata, 2009: p.64). Además, la autora ha criticado la utilización del principio protector para fundamentar la aplicación del procedimiento de aplicación general a la acción de desafuero, diciendo que sólo cabe hacer aplicación de las reglas que conforman este principio cuando una norma requiera ser interpretada, esto es cuando su tenor literal no sea claro.

A nuestro parecer, y siguiendo lo que ha dicho la Defensoría Laboral, del análisis del artículo 201 no es posible sostener que éste regula la acción de desafuero maternal, pues “la referencia al artículo 174 es sólo para establecer la procedencia de la garantía del fuero maternal” y en ningún caso para someter su conocimiento al procedimiento monitorio. Además, de sostener que al desafuero maternal se aplica el procedimiento monitorio, éste debería hacerse extensivo, además, a los demás casos de desafuero laboral. Pero esto no es así, ya que “de la lectura del artículo 496, y de la práctica existente en los tribunales en que ha entrado a regir la reforma a la justicia laboral, los desafueros sindicales se han tramitado conforme al procedimiento de aplicación general, por lo que si estimásemos que el desafuero maternal se debe tramitar de acuerdo a las reglas del procedimiento monitorio, se estaría violando la garantía constitucional de igualdad ante la ley, puesto que habrían trabajadores aforados con mayores resguardos procesales para preparar una debida defensa” (Varas, 2009: p.56).

3.3. Derecho a Subsidio.

Nuestro Código del Trabajo contempla este derecho para proteger económicamente a la madre durante el embarazo, con el fin que ésta no se vea perjudicada patrimonialmente durante el periodo de prenatal y postnatal y en caso de descanso prenatal suplementario y prorrogado, y de descanso postnatal prolongado. Se traduce en que la mujer recibe un subsidio equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba, del cual sólo se deducirán las imposiciones de previsión y descuentos legales que correspondan.

Si la madre fallece en el parto o en el período de descanso de doce semanas posteriores al parto y es el padre trabajador quien utiliza total o parcialmente ese descanso, tendrá este el derecho de recibir el correspondiente subsidio, así lo contempla el artículo 195 inciso tercero del Código del Trabajo.

Para obtener este derecho se necesita estar afiliado al respectivo régimen de seguridad social y cumplir con los demás requisitos de cotizaciones. El financiamiento de

este subsidio proviene de fondos del Estado, por lo que se trata de un financiamiento de carácter “*no contributivo*” (Caamaño, 2004: p.201).

3.4. Derecho a Sala Cuna.

A diferencia de todos los demás derechos que buscan la protección a la maternidad, éste no es de aplicación general, puesto que exige el cumplimiento de ciertos requisitos legales para que la trabajadora pueda gozar de esta garantía.

Lo que busca este derecho es que la madre pueda contar con algún lugar donde dejar a su hijo mientras ella se encuentra llevando a cabo su jornada de trabajo y donde pueda entregar adecuadamente alimentos. Así, el artículo 203 del Código del Trabajo señala que las empresas que tengan veinte o mas trabajadoras de cualquier edad o estado civil deben tener salas cunas, en donde las madres trabajadoras puedan dejar y alimentar a sus hijos menores de dos años mientras se encuentren trabajando, aunque estas trabajadoras se encuentren distribuidas en varios locales o establecimientos de la empresa. Igual obligación corresponderá a los centros o complejos comerciales e industriales y de servicios administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, cuyos establecimientos ocupen entre todos veinte o más trabajadoras. El mayor gasto que signifique la sala cuna se entenderá común y deberán concurrir a él todos los establecimientos en la misma proporción de los demás gastos de ese carácter.

La cantidad de veinte trabajadoras contabilizará de igual forma a las mujeres con contrato indefinido, con contrato de duración determinada, así como a las trabajadoras por tiempo completo o contratadas a tiempo parcial.

Esta es una obligación que recae exclusivamente sobre el empleador, el que podrá cumplir de alguna de las siguientes formas:

a. Manteniendo salas anexas, independientes del lugar de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimentos a sus hijos y dejarlos mientras están en el trabajo. Las salas

estarán a cargo de una persona competente en el cuidado de niños, quien deberá estar, preferentemente, en posesión del certificado de auxiliar.

b. Creando y manteniendo salas cunas en común con otros establecimientos de empresas obligadas o con otros centros o complejos, según sea el caso, que estén ubicados en la misma zona geográfica, previo informe favorable de la Junta Nacional de Jardines Infantiles.

c. Pagando los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que las trabajadoras lleven a sus hijos menores de dos años. En este caso el empleador debe designar la sala cuna de aquellas que cuenten con la autorización de la Junta Nacional de Jardines Infantiles.

Además el empleador deberá pagar los gastos de los pasajes de ida y vuelta del menor al respectivo establecimiento.

Goza también de este derecho el trabajador o trabajadora a quien, por sentencia judicial, se le haya confiado el cuidado personal de un menor de dos años, teniendo los derechos de sala cuna si éstos ya fueran exigibles a su empleador.

Por último, si la madre fallece, el padre tendrá derecho a sala cuna, salvo que haya sido privado del cuidado personal por sentencia judicial.

En relación a quién debe asumir el costo de este derecho, creemos que debiera ser el Estado quien asuma la obligación de mantener salas cunas para los menores, de forma tal que sea innecesaria la exigencia de una cantidad determinada de trabajadoras mujeres para que nazca el deber del empleador de cumplir con este mandato, en situación que se trata de una norma cuyo cumplimiento es muy fácil de eludir, a saber, manteniendo un número de trabajadoras inferior al requerido por la ley.

Además, resulta cuestionable el que la ley conceda este derecho a sala cuna sólo en función de una madre trabajadora que tiene un hijo menor de dos años, cuando a nuestro juicio debiera tratarse de un derecho transversal a las madres y padres de cualquier menor, independiente de su género. Así por ejemplo, Sergio Gamonal estima que “el beneficio de

sala cuna debiera ser objeto de numerosas enmiendas, a saber, todas las madres con hijos menores de dos años debieran ser acreedoras del mismo y la responsabilidad por su goce debiera recaer en el Estado y no en los empleadores” (Gamonal, 2010).

3.5. Derecho a dar alimento al hijo o hija.

El Código del Trabajo establece en el artículo 206 que la madre tendrá derecho a disponer de una hora al día para dar alimentar a su hijo o hija menor de dos años, pudiendo ejercer este derecho de alguna de las siguientes formas, la que debe ser acordada con su empleador:

1. En cualquier momento dentro de la jornada de trabajo.
2. Dividiéndolo, a solicitud de la interesada, en dos porciones.
3. Postergando o adelantándolo en media hora, o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo.

El derecho de dar alimentos debe entregarse preferentemente en la sala cuna o en el lugar en que se encuentre el menor y este tiempo, sea cual sea el criterio de elección de la madre, se entiende para todo los efectos legales como trabajado.

Se trata de un derecho irrenunciable y es aplicable a todas las madres, tengan o no derecho a sala cuna.

Si la empresa está obligada a tener sala cuna, se incluirá en este tiempo el traslado de ida y vuelta a la respectiva sala cuna, debiendo además el empleador pagar los gastos de transporte a la madre.

“El derecho a dar alimentos no se trata simplemente de la cuestión alimenticia sino más bien de contribución y participación en el desarrollo del menor así lo señala la jurisprudencia administrativa, en el artículo 37 de la ley N° 17.301, de 1970 que modificó en la norma la palabra amamantamiento, claramente restrictiva, de la lactancia del menor,

al vocablo dar alimentos con lo cual se amplió el derecho de que se trata de la posibilidad de que la madre trabajadora suministre a su hijo cualquier alimento, sin limitarse al amamantamiento y leche materna” (Melis y Carlier, 2000: p.739-740).

La Dirección del Trabajo ha reconocido la procedencia de la “aplicación legítima del derecho de dar alimentos a quien se le ha concedido judicialmente la tuición de un menor de dos años y que se encuentre en proceso de adopción plena” (Walker, 1989: p298).

3.6. Exclusión de desarrollar determinados trabajos que pueden resultar perjudiciales para la trabajadora por su estado de embarazo.

Mediante este derecho el legislador lo que busca es resguardar la salud de la madre y la vida del no nacido, pudiendo la trabajadora solicitar una modificación de sus labores, sin que vea disminuida su remuneración. Así lo contempla el inciso primero del artículo 202 del Código del Trabajo, norma que señala cuáles son los trabajos que se entenderán especialmente perjudiciales para la salud.

3.7. Permisos Especiales.

El legislador contempla además permisos especiales para la madre o el padre si así lo señala la madre, en casos en que el hijo se encuentre enfermo.

Así, el artículo 199 del Código del Trabajo prescribe que “cuando la salud de un niño menor de un año requiera de atención en el hogar con motivo de enfermedad grave, circunstancia que deberá ser acreditada mediante certificado médico otorgado o ratificado por los servicios que tengan a su cargo la atención médica de los menores, la madre trabajadora tendrá derecho al permiso y subsidio por el período que el respectivo servicio determine. En el caso que ambos padres sean trabajadores, cualquiera de ellos y a elección de la madre, podrá gozar del permiso y subsidio referidos. Con todo, gozará de ellos el padre, cuando la madre hubiere fallecido o él tuviere la tuición del menor por sentencia

judicial”. Este permiso concede que los padres sean los principales protectores de la vida y salud de su hijo.

“Tendrán también derecho a este permiso y subsidio, la trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a un año, respecto de quien se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección

Este permiso no puede ser rechazado por el empleador y si los padres que gozan de este beneficio lo obtuvieran de forma indebida, serán los trabajadores involucrados solidariamente responsables de la restitución de las prestaciones pecuniarias percibidas, además de las sanciones penales que por estos hechos les pudiere corresponder, a si lo advierte el artículo 199 inciso final del Código del Trabajo.

Tratándose de este derecho el legislador entrega la decisión de asumir el cuidado de un hijo afectado por enfermedad grave solamente a la madre, rompiendo una vez más el principio de igualdad entre hombres y mujeres en circunstancias que se trata de una decisión que debe ser adoptada a nivel familiar y aunque en la práctica ello ocurra de esta forma, es misión del legislador adoptar un lenguaje que sea acorde a tal principio.

Por otro lado, el artículo 199 bis contempla otro permiso especial fundado también en enfermedad del hijo o hija y dice que “cuando la salud de un menor de dieciocho años requiera la atención personal de sus padres con motivo de un accidente grave o de una enfermedad terminal en su fase final o enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte, la madre trabajadora tendrá derecho a un permiso para ausentarse de su trabajo por el número de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas a elección de ella en jornadas completas, parciales o combinación de ambas, las que se considerarán como trabajadas para todos los efectos legales. Las circunstancias del accidente o enfermedad deberán ser acreditadas mediante certificado otorgado por el médico que tenga a su cargo la atención del menor. Si ambos padres son trabajadores dependientes, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del referido permiso.”

Además, indica el artículo 199 bis inciso segundo del Código del Trabajo que, este permiso se hace extensivo al padre que tuviere la tuición del menor por sentencia judicial o cuando la madre hubiere fallecido o estuviese imposibilitada de hacer uso de él por cualquier causa. Por último, agrega el mismo inciso que, a falta de ambos padres gozará de este beneficio quien acredite la tuición o cuidado del menor.

Este permiso especial para el cuidado del menor de dieciocho años que se encuentra enfermo, debe ser restituido por el trabajador y el mismo legislador contempló varias opciones en el inciso final del artículo 199 bis que indica que “el tiempo no trabajado deberá ser restituido por el trabajador mediante imputación a su próximo feriado anual o laborando horas extraordinarias o a través de cualquier forma que convengan libremente las partes.”

El legislador ha señalado además que “tratándose de trabajadores regidos por estatutos que contemplen la concesión de días administrativos, primeramente, deberá hacer uso de ellos, luego podrá imputar el tiempo que debe reponer a su próximo feriado anual o a días administrativos del año siguiente al uso del permiso a que se refiere este artículo, o a horas extraordinarias. En el evento de no ser posible aplicar dichos mecanismos, se podrá descontar el tiempo equivalente al permiso obtenido de las remuneraciones mensuales del trabajador, en forma de un día por mes, lo que podrá fraccionarse según sea el sistema de pago, o en forma íntegra si el trabajador cesare en su trabajo por cualquier causa.”

3.8. Obligación de no exigir exámenes de embarazo para la contratación.

En Chile, según señala el artículo 194 inciso final del Código del Trabajo “ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez.”

Se trata de un punto de gran importancia en la regulación protectora de la maternidad, puesto que “se reporta en la práctica generalizada de someter a la mujer que está postulando a un empleo, a test de embarazo. También la de algunos empleadores que exigen a su futura trabajadora que adopte algún sistema de anticoncepción para evitar el embarazo, argumentando que si ello sucede produciría gastos a su empresa y que de no cumplir lo exigido será despedida” (Walker, 1989: p.284).

Con esto se “garantiza que en la etapa previa a la contratación laboral no se puede supeditar la contratación de una mujer al hecho de estar o no embarazada” (Gamonal y Guidi, 2010: p.232).

III CAPÍTULO.

4. LEY No. 20.545. ANÁLISIS DEL CUERPO LEGAL QUE CREA EL PERMISO POSTNATAL PARENTAL Y MODIFICA LAS NORMAS SOBRE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD.

El 28 de febrero de 2011 el Presidente de la República Sebastián Piñera Echeñique, envió al Congreso Nacional, mediante mensaje No. 611-358, un proyecto de ley cuyo objetivo principal era el mejoramiento y fortalecimiento de la normativa de protección a la maternidad contenida en el Código del Trabajo.

La principal modificación que introducía este proyecto y que venía a hacer realidad una promesa de campaña del Presidente Sebastián Piñera era la ampliación del período de descanso postnatal a seis meses, todo esto reforzado con una gran declaración en que la principal premisa es el hecho de que *en Chile, ser madre no debe ser un impedimento para tener trabajo, y tener trabajo no debe ser un impedimento para ser madre.*

El proyecto enfatiza en la necesidad de modernizar la actual normativa de protección a la maternidad y, en especial, de dar cumplimiento a tres objetivos matrices, cuales son:

En primer lugar, *garantizar el mejor cuidado de nuestros hijos*, enfatizando que quienes mejor cuidan de sus hijos son los padres, razón por la cual es necesario garantizar a “las familias trabajadoras chilenas el apoyo necesario para el mejor cuidado de sus hijos, especialmente de los más vulnerables”.

El segundo gran objetivo del proyecto es *permitir que más madres se beneficien con la protección a la maternidad*, por medio de un reparto más justo de los recursos estatales, llegando a las madres y niños que más los necesiten.

Un tercer objetivo es *aumentar la corresponsabilidad de padre y madre en el cuidado de los hijos y facilitar una mayor conciliación entre familia y trabajo para los hombres y mujeres en nuestro país*. En este sentido, se reconoce que una modificación a la legislación actual es una gran oportunidad de *dar una señal muy clara al país sobre la*

importancia de una mayor participación de los padres en la crianza y abrir espacios para ella.

Este proyecto, en su origen, propuso modificaciones muy distintas a la aprobada Ley No. 20.545 que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental, promulgada el seis de octubre de 2011 y publicada en el Diario Oficial de diecisiete de octubre del presente año.

Es así como resulta necesario analizar la recién publicada ley 20.545, su inicial propuesta ejecutiva, las grandes diferencias entre el proyecto original y la ley aprobada y si éstas se ajustan a los objetivos propuestos por el Poder Ejecutivo al momento de dar curso al proyecto.

4.1. Modificaciones introducidas al artículo 195 del Código del Trabajo.

El artículo primero de la Ley No. 20.545 modifica y reemplaza el artículo 195 del Código del Trabajo por el siguiente:

“Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él.

El padre tendrá derecho a un permiso pagado de cinco días en caso de nacimiento de un hijo, el que podrá utilizar a su elección desde el momento del parto, y en este caso será de forma continua, excluyendo el descanso semanal, o distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento. Este permiso también se otorgará al padre que se encuentre en proceso de adopción, y se contará a partir de la notificación de la resolución que otorgue el cuidado personal o acoja la adopción del menor, en conformidad a los artículos 19 y 24 de la ley N° 19.620. Este derecho es irrenunciable.

Si la madre muriera en el parto o durante el período de permiso posterior a éste, dicho permiso o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo corresponderá al padre o a quien le fuere otorgada la custodia del menor, quien gozará del fuero establecido en el artículo 201 de este Código y tendrá derecho al subsidio a que se refiere el artículo 198.

El padre que sea privado por sentencia judicial del cuidado personal del menor perderá el derecho a fuero y subsidio establecidos en el inciso anterior.

Los derechos referidos en el inciso primero no podrán renunciarse y durante los períodos de descanso queda prohibido el trabajo de las mujeres embarazadas y puérperas.

Asimismo, no obstante cualquier estipulación en contrario, deberán conservárseles sus empleos o puestos durante dichos períodos, incluido el período establecido en el artículo 197 bis.”

El proyecto original agregaba al inciso primero la posibilidad de que hasta dos semanas del reposo prenatal pudieran ser traspasadas por la trabajadora a su período de descanso postnatal, en caso de contar con autorización expresa del médico tratante. Finalmente la ley eliminó, y en consecuencia no existe hoy esa posibilidad, en circunstancias que esta modificación era una de las grandes demandas de las trabajadoras, y que permitiría flexibilizar racionalmente el descanso en aquellas situaciones que la trabajadora quisiera y pudiera prestar servicios a su empleador por más tiempo antes de iniciar el descanso previo al nacimiento, sin que esto significara incurrir en mayores gastos a los empleadores, ya que finalmente el tiempo de ausencia en el empleo habría sido el mismo porque tan sólo se trataba de un asunto de distribución del descanso.

En relación a la norma que regulaba el permiso por nacimiento de un hijo, la nueva disposición otorga este beneficio al padre que se encuentra en proceso de adopción, mientras la norma anterior sólo consideraba al padre a quien se le hubiere concedido la adopción. Sin embargo el legislador no puso atención a ciertos aspectos del mismo derecho que resultan de gran relevancia. Al respecto nos remitimos a la crítica hecha en el capítulo segundo del presente trabajo en relación a que el legislador no ha resuelto el hecho de si el descanso otorgado al padre se amplía o no en caso de nacimientos múltiples. Además el artículo 195 continúa usando la expresión *permiso*, siendo que se trata de un derecho irrenunciable y su nomenclatura no debería dar lugar a interpretaciones en las cuales se puede considerar la facultad del empleador de negar este *permiso*.

El nuevo artículo 195 incorpora un nuevo beneficiario del descanso postnatal en caso de fallecimiento de la madre y que el padre no tuviere el cuidado personal del hijo, pudiendo hacer uso de este descanso la persona a quien le fuere otorgada la custodia del menor y amparado por la prerrogativa contemplada en los artículos 198 y 201 del Código del Trabajo.

También contempla el artículo 195 en su nueva redacción una sanción en caso que el padre sea privado por sentencia judicial del cuidado personal del menor, en cuyo caso perderá el derecho a fuero y subsidios. Sobre esta sanción, la Dirección del Trabajo ha dicho que “aún cuando del texto de la ley aparece que las sanciones de pérdida de fuero y subsidio sólo están previstas respecto del padre del menor a quien se le hubiere privado del cuidado personal de éste, en opinión de este Servicio las mismas sanciones resultarían aplicables a la persona a quien se le hubiere otorgado la custodia del menor. Ello, en virtud del principio de interpretación de la ley denominado de analogía o *a pari*, que se expresa en el aforismo jurídico que señala *donde existe la misma razón debe existir la misma disposición*” (Dirección del Trabajo, 2011: Dictamen No. 4052/083).

El inciso final del nuevo artículo 195 reconoce la obligación del empleador de conservar los empleos o puestos de trabajo a las mujeres embarazadas y puérperas durante los períodos de descanso, incluido el período establecido en el artículo 197 bis, es decir, el descanso postnatal parental.

4.2. Modificaciones introducidas al artículo 196 del Código del Trabajo.

La Ley No. 20.545 agrega tres incisos al artículo 196, que pasan a conformar los incisos cuarto, quinto y sexto:

“Intercálanse en el artículo 196 los siguientes incisos cuarto, quinto y sexto, nuevos, pasando su actual inciso cuarto a ser séptimo:

"Cuando el parto se produjere antes de iniciada la trigésimo tercera semana de gestación, o si el niño al nacer pesare menos de 1.500 gramos, el descanso postnatal del inciso primero del artículo 195 será de dieciocho semanas.

En caso de partos de dos o más niños, el período de descanso postnatal establecido en el inciso primero del artículo 195 se incrementará en siete días corridos por cada niño nacido a partir del segundo.

Cuando concurrieren simultáneamente las circunstancias establecidas en los incisos cuarto y quinto de este artículo, la duración del descanso postnatal será la de aquel que posea una mayor extensión.”

En ellos el legislador pasa a regular situaciones específicas que antes no había contemplado. El hecho que el legislador reconozca y regule situaciones especiales, tales como partos prematuros, niños que nacen en condiciones de bajo peso y partos múltiples, concediendo la posibilidad de ampliar la cantidad de semanas otorgadas normalmente al período de postnatal resulta un aspecto positivo de la nueva legislación debido a que los cuidados en estas situaciones específicas de los recién nacidos requieren mayor atención y disponibilidad y una presencia prácticamente indispensable de sus padres. Sin embargo, en el caso específico del nacimiento previo a la trigésimo tercera semana de gestación, esta ampliación más que una nueva prerrogativa concedida a la madre, nos parece que constituye tan sólo un traspaso de las semanas de descanso prenatal que la mujer no pudo ejercer por haberse adelantado el parto.

4.3. Artículo 197 bis que crea el permiso postnatal parental.

La Ley No. 20.545 agrega al Código del Trabajo el artículo 197 bis, que contiene la modificación más importante y que se convirtió en la *pedra angular* y bandera de lucha de lo que fue el proyecto de ley enviado al Congreso Nacional por el Ejecutivo.

El proyecto original consagraba en primer lugar, lo que se ha denominado *permiso postnatal parental*¹, cuya extensión era de doce semanas desde el término del período postnatal. Este derecho se establecía a favor de la madre, no obstante, a elección de ella podía el padre trabajador hacer uso del mismo a partir de la sexta semana de permiso. También se reconocía el derecho a subsidio de las mujeres o padres que se encontraran haciendo uso de este permiso, con una base de cálculo que no podía exceder de treinta unidades de fomento, al valor que tuviera esta misma al último día de cada mes anterior al

¹ Art. 197 bis MENSAJE N° 611-358. Durante las doce semanas siguientes inmediatas al término del periodo postnatal, existirá un permiso postnatal parental a favor de la madre; no obstante, a elección de aquélla, el padre trabajador podrá hacer uso de dicho permiso a partir de la sexta semana del mismo. La mujer o el padre trabajador que se encuentre haciendo uso de este permiso recibirá el subsidio mencionado en el artículo 198. La base de cálculo del subsidio que origine el permiso postnatal parental, no podrá exceder a la cantidad equivalente a 30 unidades de fomento, al valor que tenga ésta al último día de cada mes anterior al pago, y en la determinación de su monto se considerarán siempre las remuneraciones de la madre, independiente de quien haga uso del permiso. Este tope será también aplicable a las remuneraciones que deban enterarse a los funcionarios de la administración del Estado cuando hagan uso del permiso postnatal parental. Este subsidio se financiará con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares del decreto con fuerza de ley N° 150, de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Con todo, cuando la madre hubiere fallecido o el padre tuviere el cuidado personal del menor por sentencia judicial, le corresponderá el permiso establecido en el inciso anterior, a este último.

La madre o padre cuya remuneración imponible no sea cubierta completamente por el subsidio, podrá trabajar a jornada reducida durante el período correspondiente al permiso postnatal parental. Durante este periodo, la remuneración que se obtenga por la jornada respectiva, sumada al subsidio, en ningún caso podrá superar al promedio de las tres últimas remuneraciones anteriores al inicio de su descanso prenatal, en el caso de la madre, o al inicio del permiso postnatal parental en el caso del padre.

En caso que el derecho establecido en el inciso anterior, se ejerciere ante el empleador, la madre deberá comunicarle mediante carta certifica, enviada al domicilio del empleador 45 días antes del término del periodo postnatal, si decide hacer uso de este derecho.

En caso que el padre haga uso del permiso establecido los incisos anteriores, deberá comunicarlo por escrito a su empleador, mediante carta certificada enviada al domicilio de este con a lo menos diez días de anticipación al comienzo del uso del permiso. Copia de dicha comunicación deberá ser remitida, dentro del mismo plazo, al empleador de la mujer y a la Inspección del Trabajo.

El empleador que obstaculice o impida el uso del permiso establecido en los incisos precedentes, será sancionado con multa a beneficio fiscal de 14 a 150 unidades tributarias mensuales. Cualquier infracción a lo dispuesto en este inciso, podrá ser denunciada a la Inspección del Trabajo, entidad que también podrá proceder de oficio a este respecto.

pago, y en la determinación de su monto se considerarían siempre las remuneraciones de la madre, independiente de quien gozara del permiso.

Además se establecía el derecho del padre que hiciera uso de este permiso a gozar de fuero por un período equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del mismo, caso en el cual la duración del fuero de la madre se reducía en lo equivalente al período de fuero ejercido por el padre.

Existiendo el tope de treinta unidades de fomento como base de cálculo para el subsidio, el proyecto contenía la posibilidad, para aquellos trabajadores cuya remuneración imponible no fuera cubierta completamente por el subsidio, la posibilidad de trabajar a jornada reducida durante el período que cubría el permiso postnatal parental.

Sin perjuicio de que, atendida la realidad de nuestro país en que existe una práctica algo generalizada de hacer uso de licencias fraudulentas con el fin de alargar el descanso postnatal, resultaba necesario reformular el sistema de descansos posteriores al parto a fin de garantizar y promover el cuidado de los niños en sus primeros meses, de forma tal que se logre un apego tanto físico como psicológico con ambos padres.

Uno de los aspectos que resultaba criticable del proyecto en relación con lo establecido en el artículo 197 bis era la titularidad del derecho a permiso postnatal parental, puesto que éste nació como un derecho cuyo ejercicio estaba dirigido a la madre y en cierta porción podía ser ejercido por el padre, pero condicionado a la decisión de la madre en orden a traspasar seis de las doce semanas al padre trabajador. Además, nos parece que el período por el que se extiende este *permiso*, adolecía de cierta rigidez que dificultaba la consecución del objetivo final cual es la inclusión de los padres trabajadores en una etapa tan importante del recién nacido y finalmente la conciliación de vida familiar y laboral. Estimamos que carecía de fundamento el que el padre sólo pudiera hacer uso de este permiso por el lapso de seis semanas, ya que el mensaje del proyecto mismo hace alusión a la importancia que tiene la corresponsabilidad en la parentalidad y más aún el que sea la propia familia la que decide cómo asumirla y distribuirla de la manera que les resulte más apropiada según cada realidad en particular.

Más criticable aún resultaba la forma de determinar la base de cálculo del subsidio de que gozan los trabajadores, ya que disminuye el tope de sesenta y seis a treinta unidades de fomento por el tiempo que dura el permiso postnatal parental. Al respecto se dio como argumento a este cambio la “necesidad de focalizar el gasto público en los sectores de menores ingresos. Argumento válido para las políticas de erradicación de la pobreza, y no para políticas de derechos de protección a la maternidad” (Feres, 2011: p.72). También carece de fundamento lógico el que el subsidio que reciba el padre que, eventualmente haga uso de este permiso, se calcule en base a la remuneración percibida por la madre. Sobre este punto, y en relación al requerimiento formulado por el Presidente de la República, en autos ROL No. 2.025-11-CPT, solicitando se declare inconstitucional la actuación del Senado y la consecuente modificación introducida por éste al artículo 197 bis del Código del Trabajo contenido en el proyecto del ley que crea el permiso postnatal parental, la Corporación Humanas -en representación de ANEF, FENPRUSS y CONFUSAM²- presentó un escrito como *Amicus Curiae*, en el cual se indica que “el tope de 30 UF discrimina en la protección de los derechos con base a los ingresos de las trabajadoras. Dicha discriminación, que no es objetiva ni razonable, constituye una vulneración al derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 19 No. 2 de la Constitución Política de la República” (Corporación Humanas, 2011: Escrito como *Amicus Curiae*).

En relación a la posibilidad de reincorporación, se establecía una “discriminación arbitraria de los derechos de las madres. Sólo a las de ingresos medios y altos se les reconoce la capacidad para decidir libremente sobre lo que es mejor para ellas y sus hijos” (Cifuentes, 2011: p.21).

Algunas de las críticas hechas al proyecto inicial fueron discutidas, modificadas y replanteadas por medio de discusión legislativa. Finalmente la Ley No. 20.545 elimina el tope de treinta unidades de fomento que tenía la base de cálculo del subsidio y fija un subsidio para el permiso postnatal parental “cuya base de cálculo será la misma del subsidio por descanso de maternidad a que se refiere el inciso primero del artículo 195”.

² ANEF: Asociación Nacional de Empleados Fiscales.

FENPRUSS: Federación Nacional de Profesionales Universitarios de los Servicios de Salud y Ministerio de Salud.

CONFUSAM: Confederación Nacional de Funcionarios de la Salud Municipalizada.

Agrega el inciso segundo “con todo, la trabajadora podrá reincorporarse a sus labores una vez terminado el permiso postnatal, por la mitad de su jornada, en cuyo caso el permiso postnatal parental se extenderá a dieciocho semanas. En este caso, percibirá el cincuenta por ciento del subsidio que le hubiere correspondido conforme al inciso anterior y, a lo menos, el cincuenta por ciento de los estipendios fijos establecidos en el contrato de trabajo, sin perjuicio de las demás remuneraciones de carácter variable a que tenga derecho”. Con esto se termina por eliminar la discriminación en que incurría el precepto original que sólo permitía la reincorporación de ciertas trabajadoras, reconociendo este derecho a los trabajadores en general sin distinguir según sus niveles de ingresos.

El inciso séptimo prescribe que “con todo, cuando la madre hubiere fallecido o el padre tuviere el cuidado personal del menor por sentencia judicial, le corresponderá a éste el permiso y subsidio establecidos en los incisos primero y segundo”. Consideramos que el legislador una vez más deja fuera del ámbito de regulación situaciones especialísimas en que la madre no puede ejercer el derecho que se le ha conferido, tales como el caso de enfermedad grave de la madre trabajadora que le impida hacerse cargo del cuidado de su hijo o el caso de la madre que fallece en el parto o durante el período de descanso postnatal pero no detenta la calidad de trabajadora.

En el inciso octavo, se contempla la posibilidad de traspaso del permiso al padre. Para ellos se establece como requisito que ambos padres sean trabajadores y señala el artículo que “cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del permiso postnatal parental, a partir de la séptima semana del mismo, por el número de semanas que ésta indique. Las semanas utilizadas por el padre deberán ubicarse en el período final del permiso y darán derecho al subsidio establecido en este artículo, calculado en base a sus remuneraciones. Le será aplicable al trabajador lo dispuesto en el inciso quinto”. Si bien, nos parece un aspecto positivo el hecho que se pueda determinar de manera relativamente flexible la cantidad de semanas por las que hará uso del descanso postnatal parental el padre, seguimos considerando que debió contemplarse la posibilidad de que el padre hiciera uso de la totalidad del mismo, como una forma de hacerlo titular directo de un derecho y no sujeto de una cesión graciosa de la madre, considerando la corresponsabilidad de la que se le quiere hacer parte.

Pensamos que la ley hace justicia, y reconocemos un avance en lo que fue el proceso de discusión del proyecto, al establecer como base de cálculo del subsidio la remuneración percibida por el padre, ya que si se mantenía como base de cálculo la remuneración percibida por la mujer es muy probable que esta norma hubiese constituido un desincentivo al uso de este descanso por parte de los trabajadores hombres, puesto que en nuestro país es sabido que existe una gran brecha de desigualdad entre las remuneraciones percibidas por los hombres en relación a las remuneraciones percibidas por las mujeres.

En los incisos cuarto, quinto, sexto y noveno del artículo 197 bis el legislador ha fijado una serie de reglas formales que el trabajador debe observar a la hora de hacer uso del derecho de reincorporación con media jornada y del traspaso del descanso de la madre al padre. En general, estas normas exigen el cumplimiento de avisos mediante carta certificada al empleador dentro de ciertos plazos y con copia a la Inspección del Trabajo, y en el caso del padre que haga uso del permiso además se debe enviar copia de esta carta al empleador de la trabajadora. El no cumplimiento de estas formalidades implica que la trabajadora deba hacer uso del permiso postnatal parental en su totalidad.

En caso que sea ejercido el derecho a reincorporación parcial, el empleador sólo podrá negarse si “por la naturaleza de sus labores y las condiciones en que aquella las desempeña, estas últimas sólo puedan desarrollarse ejerciendo la jornada que la trabajadora cumplía antes de su permiso prenatal. La negativa del empleador a la reincorporación parcial deberá ser fundamentada e informada a la trabajadora, dentro de los tres días de recibida la comunicación de ésta, mediante carta certificada, con copia a la Inspección del Trabajo en el mismo acto. La trabajadora podrá reclamar de dicha negativa ante la referida entidad, dentro de tres días hábiles contados desde que tome conocimiento de la comunicación de su empleador. La Inspección del Trabajo resolverá si la naturaleza de las labores y condiciones en las que éstas son desempeñadas justifican o no la negativa del empleador.

En caso de que la trabajadora opte por reincorporarse a sus labores de conformidad a lo establecido en este artículo, el empleador deberá dar aviso a la entidad pagadora del subsidio antes del inicio del permiso postnatal parental.”

En caso que el empleador lleve a efecto cualquier acción tendiente a impedir o dificultar el uso del permiso postnatal parental o realice cualquier práctica arbitraria o abusiva en el mismo sentido, éste será sancionado con multa a beneficio fiscal de 14 a 150 Unidades Tributarias Mensuales. El inciso final del artículo 197 bis además agrega que cualquier infracción podrá ser denunciada a la Inspección del Trabajo, la cual podrá incluso proceder de oficio a este respecto.

Ahora bien, para poder determinar de manera correcta la aplicación del permiso postnatal parental se hace necesario un análisis en concordancia con las disposiciones transitorias del mismo cuerpo legal. De esta forma, aparecen ciertas situaciones en las que una trabajadora se puede hallar, a la hora de aplicársele o no lo dispuesto en el artículo 197 bis.

4.3.1. Trabajadoras que a la entrada en vigencia de la Ley No. 20.545 no habían hecho uso del descanso prenatal o postnatal.

Las trabajadoras que se encuentren en esta situación tienen derecho a gozar de este beneficio, ya sea haciendo uso de las doce semanas de permiso a continuación del descanso postnatal o bien, haciendo uso de dieciocho semanas de permiso a continuación del descanso postnatal cuando se ha optado por la reincorporación parcial a sus labores. Ahora bien, si quien hace uso de este derecho es el padre, la Dirección del Trabajo ha precisado que “el derecho de opción entre una u otra alternativa de ejercicio del permiso postnatal parental corresponde a la madre trabajadora, lo que implica que si ésta hubiere optado por la primera de ellas, el padre estará obligado a hacer uso del beneficio en el período de doce semanas inmediatas al descanso postnatal que comprende en tal caso el referido permiso” (Dirección del Trabajo, 2011: Dictamen No. 4052/083). Asimismo “si la madre hubiere optado por la segunda alternativa el padre deberá hacer uso del permiso en conformidad a ésta, laborando media jornada, previo cumplimiento de los requisitos legales” (Dirección del Trabajo, 2011: Dictamen No. 4052/083). En nuestra opinión resulta cuestionable lo sostenido por la Dirección del Trabajo en este sentido ya que interpretar la norma en este sentido supone reforzar el hecho que el padre no es un titular de derechos en lo que respecta

a la protección que el legislador otorga cuando se trata de asumir una parentalidad responsable. No parece tener justificación lógica o racional el que el padre deba asumir sin más la forma elegida por la mujer a la hora de hacer uso de un derecho que la ley le entrega de forma residual cuando, en nuestra opinión, constituiría al menos una suerte de compensación por la desigualdad a la que se encuentra sometido el hombre en relación a este derecho el que, cuando menos pudiera elegir la forma en que va a hacer uso del permiso postnatal parental.

En el caso que falleciera la madre o el padre tuviere el cuidado personal del menor por sentencia judicial, el permiso postnatal parental o lo que de él reste corresponderá al padre. Sobre la forma en que el padre hará uso de este permiso la Dirección del Trabajo ha señalado que “será aquella por la que hubiere optado la madre, salvo que el fallecimiento de ésta o la resolución que otorgue el cuidado personal al padre se hubieren producido con anterioridad al plazo de 30 días de terminado el descanso postnatal, caso en el cual corresponderá al padre ejercer tal opción” (Dirección del Trabajo, 2011: Dictamen No. 4052/083).

4.3.2. Trabajadoras cuyo descanso postnatal haya expirado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley No. 20.545.

En este caso, según lo dispone el artículo primero transitorio en su inciso tercero, estas trabajadoras tendrán derecho al permiso postnatal parental, el que deberá ser ejercido antes que el menor cumpla veinticuatro semanas de edad. Las formas de ejercer este derecho son: En primer lugar haciendo uso del permiso postnatal parental en los términos que establece el inciso primero del artículo 197 bis, hasta que el menor cumpla veinticuatro semanas de edad, o bien reincorporándose a sus labores por la mitad de su jornada hasta que el menor cumpla treinta semanas de vida.

Respecto al uso de este beneficio por parte del padre, la Dirección del Trabajo ha indicado que no es posible hacer el traspaso a que se refiere el inciso octavo del artículo 197 bis. Para sostener esto, el Servicio argumenta que “teniendo presente que del tenor

literal de la norma en estudio aparece que este beneficio corresponde exclusivamente a las madres trabajadoras y considerando que ésta regula una situación de excepción que, como tal debe ser interpretada en forma restrictiva, posible es sostener en opinión de este Servicio, que la misma debe ser aplicada exclusivamente a aquellas” (Dirección del Trabajo, 2011: Dictamen No. 4052/083). Al respecto nos resulta aplicable la crítica hecha en el apartado 4.3.1.

4.3.3. Trabajadoras que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley No. 20.545 se encontraban haciendo uso del descanso prenatal o postnatal.

Esta circunstancia se encuentra regulada por el artículo primero transitorio en su inciso primero, resultando aplicable a estas trabajadoras las normas contenidas en el artículo 197 bis. La forma de ejercer este derecho es haciendo uso del mismo o bien reincorporándose a sus labores por media jornada. También pueden hacer traspaso de este permiso al padre.

Otra situación digna de análisis dentro de este mismo acápite es la que dice relación con aquellas trabajadoras que se encontraren haciendo uso del descanso postnatal pero del cual restare un lapso inferior a treinta días. Esto cobra relevancia ya que estas trabajadoras no disponen del plazo de treinta días a que alude el inciso cuarto del artículo 197 bis, pudiendo, por ende, verse afectadas en su opción de reincorporación por media jornada. Al respecto, la Dirección del Trabajo se ha pronunciado indicando que “correspondería aplicar a su respecto, la norma que rige a las trabajadoras que a la fecha de vigencia de la ley hayan terminado su descanso postnatal, conforme al cual el aviso respectivo debe darse al empleador con 5 días de anticipación” (Dirección del Trabajo, 2011: Dictamen No. 4052/083). Para sostener esto, el Servicio fundamenta su interpretación en una regla práctica denominada *del absurdo* según la cual debe rechazarse toda interpretación o conclusión contraria a la lógica.

4.4. Modificación introducida al artículo 200 del Código del Trabajo.

La Ley No. 20.545 sustituye el artículo 200 del Código del Trabajo por el siguiente:

Reemplázase el artículo 200 por el que sigue:

"Artículo 200.- La trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad, por habersele otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección, o en virtud de lo previsto en los artículos 19 o 24 de la ley N° 19.620, tendrá derecho al permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis. Además, cuando el menor tuviere menos de seis meses, previamente tendrá derecho a un permiso y subsidio por doce semanas.

A la correspondiente solicitud de permiso, el trabajador o la trabajadora, según corresponda, deberá acompañar necesariamente una declaración jurada de tener bajo su tuición o cuidado personal al causante del beneficio, así como un certificado del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor como medida de protección, o en virtud de lo previsto en los artículos 19 o 24 de la ley N°19.620."

Esta norma incorpora al permiso postnatal parental a la trabajadora o trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad, por habersele otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección o aplicación de la ley de adopción. Estos trabajadores gozarán del derecho a permiso postnatal parental bajo las modalidades establecidas en el artículo 197 bis del Código del Trabajo. Además, cuando el menor tuviere menos de seis meses, previamente tendrán derecho a un permiso y subsidio por doce semanas. Para optar a estos beneficios deberá acompañarse obligatoriamente una declaración jurada de tener tuición o cuidado del menor, junto a un certificado del tribunal que acredite el otorgamiento de la tuición o cuidado.

Este permiso postnatal parental se reconoce a todos los padres adoptantes sin distinguir la edad del menor, puesto que según información del Servicio Nacional de Menores más del 77% de los niños adoptados son mayores de seis meses. Esta inclusión

nos parece positiva pues si bien la madre no debe recuperarse de un alumbramiento o cumplir funciones de alimentación, si es necesario lograr entre los padres adoptantes y el menor un apego y adaptación, conocerse y reconocerse como núcleo familiar, lo que justifica que se entregue este permiso como período de adaptación.

4.5. Modificación introducida al artículo 201 del Código del Trabajo.

El proyecto original contenía un fuero maternal cuya duración se extendía desde el día de la gestación hasta un año después del día del parto, es decir veintiún meses. Esto significaba una disminución del fuero de que eran acreedoras las trabajadoras antes de la tramitación del proyecto el que se extendía desde el momento de la concepción hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, por tanto el proyecto implicaba una reducción del mismo en doce semanas.

Adicionalmente, a la luz del proyecto, el fuero de la trabajadora podía experimentar una nueva reducción en lo equivalente al período de fuero que ejerciera el padre en el caso que éste hiciera uso del permiso postnatal parental. Esto constituía un desconocimiento de un derecho adquirido por las mujeres trabajadoras chilenas que evitaba el despido discriminatorio por causa de la maternidad. Además, de haberse aprobado dicha norma se habría vulnerado “la protección del niño/a, manteniendo los ingresos económicos de la madre durante sus primeros quince meses de vida; objetivo hoy aun más relevante con el creciente aumento de madres solas, jefas de hogar.” (Feres, 2011: p.70).

La Ley No. 20.545, al momento de regular el fuero, prescribe que "durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis, la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174. En caso de que el padre haga uso del permiso postnatal parental del artículo 197 bis también gozará de fuero laboral, por un período equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del mismo. Con todo, este fuero del padre no podrá exceder de tres meses.

Tratándose de mujeres o de hombres solteros o viudos que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar un hijo en conformidad a las disposiciones de la ley N° 19.620, el plazo de un año establecido en el inciso primero se contará desde la fecha en que el juez, mediante resolución dictada al efecto, confíe a estos trabajadores el cuidado personal del menor en conformidad al artículo 19 de la ley N° 19.620 o bien le otorgue la tuición en los términos del inciso tercero del artículo 24 de la misma ley.

Sin perjuicio de lo antes indicado, cesará de pleno derecho el fuero establecido en el inciso precedente desde que se encuentre ejecutoriada la resolución del juez que decide poner término al cuidado personal del menor o bien aquella que deniegue la solicitud de adopción. Cesará también el fuero en el caso de que la sentencia que acoja la adopción sea dejada sin efecto en virtud de otra resolución judicial.

Si por ignorancia del estado de embarazo o del cuidado personal o tuición de un menor en el plazo y condiciones indicados en el inciso segundo se hubiere dispuesto el término del contrato, en contravención a lo dispuesto en el artículo 174, la medida quedará sin efecto y la trabajadora volverá a su trabajo, para lo cual bastará la sola presentación del correspondiente certificado médico o de matrona, o bien, de una copia autorizada de la resolución del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor, en los términos del inciso segundo, según sea el caso, sin perjuicio del derecho a remuneración por el tiempo en que haya permanecido indebidamente fuera del trabajo, si durante ese tiempo no tuviere derecho a subsidio. La afectada deberá hacer efectivo este derecho dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde el despido.

No obstante lo dispuesto en el inciso primero, si el término del fuero se produjere mientras la mujer estuviere gozando del descanso maternal o permiso parental a que aluden los artículos 195, 196 y 197 bis, continuará percibiendo el subsidio mencionado en el artículo 198 hasta la conclusión del período de descanso o permiso. Para los efectos del subsidio de cesantía, si hubiere lugar a él, se entenderá que el contrato de trabajo expira en el momento en que dejó de percibir el subsidio maternal”.

Un aspecto positivo de la regulación final del fuero es la eliminación que se hizo de la disminución del fuero que sufría la mujer cuando era el padre quien ejercía el permiso

postnatal parental, sin embargo la ley introduce un límite al fuero del padre que ejerciere este derecho al decir que no podrá gozar de fuero por un período superior a tres meses, siendo que si un trabajador hace uso del permiso postnatal parental por la totalidad que le corresponde, es decir seis semanas su fuero se extiende por doce semanas más los diez días anteriores al mismo que le concede la ley y existiendo este límite se vulnera el derecho que el mismo artículo le ha concedido en el inciso anterior, ya que el trabajador se verá en la imposibilidad de gozar de este derecho de manera completa.

CONCLUSIONES

A la luz de los antecedentes expuestos en el presente trabajo es dable concluir que Chile es un ordenamiento jurídico que, de manera histórica se ha resistido al establecimiento de normas que tiendan a la protección de la maternidad en el ámbito laboral. Para esto se ha esgrimido como argumento que ello constituye un desincentivo a la empleabilidad femenina.

Resulta innegable el hecho que nuestro país tiene una tasa muy baja de participación femenina en el total de la fuerza laboral chilena, que según los resultados de la última Encuesta Nacional de Coyuntura Laboral (ENCLA) corresponde a un 32,7%³. Asimismo, de los países que conforman la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Chile es el segundo país con menor tasa de participación laboral femenina seguido sólo por Turquía⁴. Más aún, a nivel latinoamericano los resultados siguen siendo los mismos, ubicándose Chile con una tasa menor al 40%, como el tercer país con menor ocupación femenina, superando sólo a Puerto Rico y Haití.

No obstante lo anterior, consideramos que no resulta apropiado asociar esta baja tasa de participación de la mujer en el trabajo con la existencia de normas que protejan la maternidad. Más prudente nos resulta, y así lo consideramos, asociar estas cifras a la existencia de un modelo socio cultural que potencia y refuerza roles específicos según el género y este modelo se ve plasmado en la normativa que pretende proteger a las mujeres que osan abandonar su hogar para trabajar y a la vez formar una familia. Así, por ejemplo, el que la titularidad de los derechos, que en este sentido conforman nuestro ordenamiento jurídico, pertenezca casi en exclusividad a la mujer no es más que una réplica a escala de aquel modelo en que la mujer es quien asume las responsabilidades que implican la parentalidad, prácticamente eliminando al hombre del mapa de normas que, finalmente pretenden proteger al que está por nacer, al recién nacido y al menor.

Lo anterior, nos permite abordar una de las preguntas formuladas en relación a si se encuentra la legislación laboral chilena en concordancia con el principio de igualdad entre

³ Fuente: Empleadores, ENCLA 2008.

⁴ Fuente: Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCD), 2008.

hombres y mujeres. Al respecto, podemos concluir que nuestras leyes del trabajo no dan un efectivo cumplimiento a este principio y ello en ambos sentidos, es decir, la igualdad que nuestro ordenamiento jurídico promueve en las relaciones laborales no se cumple tanto respecto de las mujeres como respecto de los hombres. En este sentido, refiriéndonos a la mujer como gran receptora de derechos, que le permitan llevar una vida en la que pueda compatibilizar sus responsabilidades familiares y sus obligaciones provenientes de un contrato de trabajo, nuestro ordenamiento jurídico no hace más que prolongar los roles clásicos de intervención de la mujer en el ámbito familiar. Con ello, en lo que se incurre es en una vulneración al artículo 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer según el cual “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. En relación al principio de igualdad respecto de los hombres, creemos que se incurre en una grave vulneración a esta máxima, puesto que en ningún momento se les considera como titulares de derechos tendientes a promover una parentalidad responsable, en la que los hombres puedan, e incluso deban, ser vistos como protagonistas de la crianza y cuidado de sus hijos.

En lo que dice relación con la seguridad social respecto al ámbito de la maternidad, creemos que hay ciertos aspectos en los que el Estado mantiene una deuda con sus ciudadanos. Así, el sistema de subsidios que confiere la normativa de protección a la maternidad sólo beneficia a aquella mujer que ha decidido trabajar fuera de su casa, de manera que éstos terminan por transformarse en una forma que ha desarrollado el legislador de compensar a las mujeres por la pérdida de productividad que experimentan por el hecho de asumir la maternidad. En este sentido, nos parece que la legislación laboral y de seguridad social en Chile incurre en el error de considerar como trabajadora sólo a aquella mujer que desempeña labores fuera de su hogar y excluye a un amplio universo de mujeres que trabajan en sus casas, desarrollando tareas propias del hogar, haciendo evidente una vez más el modelo que predomina en nuestra sociedad, en virtud del cual la mujer que trabaja

en su hogar no es objeto de protección y acreedora de derechos por parte de la seguridad social.

Otro punto a considerar, sobre lo mismo, es la ausencia de responsabilidad del Estado chileno en un derecho que, reconocido como protector de la maternidad, tiene una regulación precaria e incluso desprovista de todo compromiso del Estado con sus ciudadanos, cual es el derecho a sala cuna. Consideramos que una de las grandes deudas del legislador a la hora de introducir las últimas modificaciones al Código del Trabajo fue justamente lo que dice relación con este derecho, ya que como hemos señalado con anterioridad, no debiesen ser los empleadores quienes asuman la obligación de cubrir este derecho. Reiteramos la crítica hecha en orden a que este derecho sólo se conceda en razón de una madre trabajadora que tiene un hijo mejor de dos años, siendo que lo más razonable sería que se tratara de un derecho del que pudieran gozar madres y padres de cualquier menor de dos años.

Un aspecto importante de las materias que comprende la protección a la maternidad, es aquel referido con el fuero que la legislación laboral contempla al respecto, y que ha suscitado diversas discusiones en relación a su necesidad como prerrogativa de los trabajadores. Esta discusión se acentúa al sostener como argumento que en Chile se debe disminuir su extensión temporal o de plano eliminarlo como derecho, para dejar, en parte, atrás el tema de la discriminación en la contratación, ya que un fuero de larga duración en nuestro país constituiría un desincentivo a la contratación de trabajadores eventualmente sujetos a fuero, en este caso fuero maternal. Sin embargo, un factor que consideramos de importancia y que se ha dejado fuera de la discusión es que Chile no cuenta con mecanismos que puedan hacer innecesaria la existencia del fuero en la legislación de protección a la maternidad, tales como una normativa que tienda fuertemente a evitar y sancionar las discriminaciones arbitrarias cometidas por empleadores en razón del estado de embarazo o del nacimiento de un hijo, sea que se trate de mujeres u hombres trabajadores. Además, no se han implementado, y parece ser que no existe aún una voluntad al menos de idear, políticas gubernamentales que puedan premunir a los trabajadores de herramientas eficientes de discusión del plan laboral como una negociación colectiva fuerte, que podría servir como instancia de auto-regulación de materias tan

relevantes a nivel laboral como la parentalidad, la equidad en el empleo y la no discriminación de género.

BIBLIOGRAFÍA

- Conde-Pumpido Tourón, María Teresa (2007): *Trabajo y Familia en la Jurisdicción Social: Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- Gamonal Contreras, Sergio (2009): *Fundamentos de derecho laboral*, en segunda edición, Legal Publishing, Santiago.
- Gamonal Contreras, Sergio, Guidi Moggia, Caterina (2010): *Manual el Contrato de Trabajo*, en Segunda edición, Legal Publishing, Santiago.
- Rojas Miño, Irene (2004): *Manual de Derecho del Trabajo: Derecho Individual*, Lexis Nexis, Santiago.
- Gilman Perkins, Charlotte (2008): *Mujer y Economía: Un estudio sobre la relación económica entre hombres y mujeres como factor de la evolución social*, Universidad de Valencia.
- Walker Errázuriz, Francisco (2003), *Derecho de las Relaciones Laborales. Un derecho vivo*, Editorial Universitaria, Santiago.
- Caamaño Rojo, Eduardo (2008): “Conciliación de Trabajo y Vida Familiar en la Legislación Laboral Chilena”, en *Revista Laboral Chilena*, No 164, pp. 65-77.
- Caamaño Rojo, Eduardo (2009): “Los Efectos de la Protección a la Maternidad para la concreción de la Igualdad de trato entre Hombres y Mujeres en el Trabajo”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, No XXXIII, pp. 175-214.
- Caamaño Rojo, Eduardo (2010): “Mujer y Trabajo: Origen y Ocaso del Modelo del Padre Proveedor y la Madre Cuidadora”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, No XXXIV, pp. 179-2009.

- Feres Nazarala, María Ester (2011): “Consideraciones Generales sobre Proyecto de ley del Poder Ejecutivo que crea el permiso postnatal y modifica normas sobre Protección a la Maternidad”, en *Revista Laboral Chilena*, No 195, pp. 68-75.

- Lanata Fuenzalida, Gabriela (2009): “El procedimiento *monitorio* y su aplicación al desafuero maternal”, en *Revista Laboral Chilena*, No 180, pp. 61-66.

- Unidad de Defensa Laboral (2011): “Desafuero Maternal – Análisis Jurisprudencial”, en *Revista Laboral Chilena*, No 194, pp. 68-78.

- Varas Marchant, Karla (2009): “Protección a la maternidad, una cuestión de fondo”, en *Revista Laboral Chilena*, No 180, pp. 50-60.

- Corporación Humanas (2011), Escrito presentado como *Animus Curiae* en relación al requerimiento formulado por el Presidente de la República, en autos rol No 2.025-11-CPT, solicitando se declara inconstitucional la actuación del senado y la consecuente modificación introducida por este al artículo 197 bis del Código del Trabajo contenido en el proyecto de ley que crea el permiso postnatal parental.

- División de Estudios de la Dirección del Trabajo (2009), Análisis de los Resultados de la Encuesta Nacional de Coyuntura Laboral ENCLA 2008, Inequidades y Brechas de Género en el Empleo, Sexta Versión.

- Libertad y Desarrollo (2011), Centro de Estudios e Investigación que promueve los valores y principios de una sociedad libre, Extensión del Postnatal: Análisis del Proyecto de Ley. <http://www.lyd.com/?s=extension+del+postnatal&cat=17>, Fecha de Consulta: 18 de Octubre de 2011.

- Oficina Internacional del Trabajo, (2006), Promoviendo la Igualdad de Género: Convenios de la OIT y los derechos laborales de las mujeres. Santiago.

- Oficina Internacional del Trabajo, (2009), Igualdad de Género como Eje del Trabajo Decente: Informe VI: Sexto punto del orden del día. Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra.

- Oficina Internacional del Trabajo (2010), La Maternidad en el Trabajo: Examen de la legislación nacional Resultados de la Base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo, Segunda edición, Ginebra.

- Universidad Diego Portales (2011), Informe de Desarrollo Humano, Mujer, Trabajo, Maternidad, Salud: Tensiones no resueltas del siglo xx y propuesta para el Bicentenario. http://www.udp.cl/investigacion/repo_detalle.asp?id=108, Fecha de Consulta: 20 Septiembre de 2011.

- Dictamen de la Dirección del Trabajo No 2.797/140, (1995), sobre Protección a la maternal.

- Dictamen de la Dirección del Trabajo No 3.149/126, (1996), sobre Fuero maternal personal de exclusiva confianza.

- Dictamen de la Dirección del Trabajo No 135/06, (1996), sobre Protección a la maternidad. Salas cuna. Obligación. Cumplimiento.

- Dictamen de la Dirección del Trabajo No 3.554/191, (1997), sobre Fuero maternal contrato plazo fijo.

- Dictamen de la Dirección del Trabajo No 2027/132, (1998), sobre Fuero maternal. Renuncia Voluntaria.

- Dictamen de la Dirección del Trabajo No 4.411/249, (1999), sobre Protección a la maternidad. Salas cunas y Derecho Alimentos.

- Dictamen de la Dirección del Trabajo No 3.280/183, (1999), sobre Protección a la maternidad. Sala cunas. Procedencia padre sobreviviente.

- Dictamen de la Dirección del Trabajo No 642/41, (2004), sobre Protección a la maternidad. Salas Cunas. Obligación. Cumplimiento.

- Dictamen de la Dirección del Trabajo No 3846/104, (2005), sobre Traspaso Postnatal al Padre en caso de Enfermedad de la Madre.

- Dictamen de la Dirección del Trabajo No 145/45, (2005), sobre Postnatal al Padre en caso de Fallecimiento de la Madre que no era Trabajadora.

- Dictamen de la Dirección del Trabajo No 3.827/103, (2005), sobre Protección a la maternidad. Permiso. Nacimiento hijo: 1. Vigencia 2. Oportunidad 3. Partos Múltiples y Protección a la Maternidad. Permiso. Nacimiento hijo. Adopción: 1. Procedencia 2. Oportunidad.

- Dictamen de la Dirección del Trabajo No 578/133, (2005), sobre Protección a la maternidad. Permiso. Nacimiento hijo. Imputación de Beneficios Convencionales. Procedencia. Alcance.

- Dictamen de la Dirección del Trabajo No 597/9, (2006), sobre Protección a la maternidad, Permiso, Nacimiento hijo: 1. Partos Múltiples 2. Licencia Médica 3. Contrato a plazo fijo 4. Facultades Empleador e. Remuneración.

- Dictamen de la Dirección del Trabajo No 2.248/047, (2007), sobre Protección a la maternidad. Derecho de Alimentos: 1. Procedencia 2. Ejercicio 3. Acuerdo, Omisión y Efectos 4. Jornada Parcial, Otorgamiento 5. Trabajadora con más de un empleador.

- Dictamen de la Dirección del Trabajo No 4680/ 086, (2008), sobre Protección a la maternidad. Permiso. Nacimiento hijo. Procedencia. Jornada parcial.

- Dictamen de la Dirección del Trabajo No 0059/002, (2009), sobre Protección a la maternidad Salas Cunas y Derecho a Alimentos ampliados.

- Dictamen de la Dirección del Trabajo No 0421/ 006, (2009), sobre Protección a la maternidad. Derecho Alimentos. Acumulación.

- Dictamen de la Dirección del Trabajo No 4.052/083, (2011), sobre Permiso Postnatal Parental: 1. Beneficiarios 2. Modalidades 3. Avisos 4. Ejercicio por parte del padre 5. Situación de la Trabajadora que al 17.10.2011 no habían hecho uso de descanso pre o postnatal 6. Situación de la Trabajadora que al 17.10.2011 hayan terminado su descanso postnatal 7. Situación de la Trabajadora que al 17.10.2011 se encontraba haciendo

uso de permiso pre o postnatal 8. Obligaciones del empleador 9. Nuevas funciones de la Dirección del Trabajo y Descanso Postnatal: Incrementos.