

Protección a la maternidad: dos caras de una misma moneda

[Protection of motherhood: two sides of the same coin]

CAMILA FERNANDA VILCHES OLMOS *

RESUMEN

En este trabajo se realiza un análisis comparativo entre lo que sucede en el sector público y en el sector privado en materia de protección a la maternidad en el Derecho chileno. Para ello se parte de un esbozo —de los derechos que contempla el Código del Trabajo, para concluir con ello la amplitud protectora que se contempla. A continuación, se estudia la situación de la mujer trabajadora en el sector privado y se analiza la evolución normativa del sector público, estableciendo las diferencias entre ambos sectores, particularmente la ventaja del sector público ante el sector privado.

PALABRAS CLAVE

Derechos de protección a la maternidad y paternidad- Permiso posnatal parental- Subsidio de maternidad- Salas cunas- Estatuto Administrativo

ABSTRACT

In this paper, a comparative analysis is made between what happens in the public sector and in the private sector in terms of maternity protection in Chilean law. For this purpose, we start with an outline of the rights contemplated in the Labor Code, in order to conclude with this the protective scope contemplated. Next, the situation of working women in the private sector is studied and the normative evolution of the public sector is analyzed, establishing the differences between both sectors, particularly the advantage of the public sector over the private sector.

KEYWORDS

Rights of protection to motherhood and paternity- parental leave- maternity subsidy- child care facilities- public law.

*1 Egresada de la Pontificia Universidad católica de Valparaíso.

I. INTRODUCCIÓN

La protección a la maternidad guarda un importante lugar en nuestro ordenamiento, toda vez que tutela bienes jurídicos indispensables no sólo para la mujer, sino también para quien está por nacer. Consecuentemente, han existido esfuerzos en la historia legislativa para regular de mejor manera este derecho, ya que sus implicancias no sólo desembocan al ámbito laboral, sino que también a nivel económico, social, sanitario, entre otros.

Así, debida a la amplitud protectora de este derecho, no sólo se encuentra regulado a nivel nacional, sino que también a nivel internacional a partir de diversos tratados y convenios.

En nuestro país, se encuentra principalmente consagrado en el Código del Trabajo, concretamente en el libro II de los trabajadores, en el título II de la protección a la maternidad, paternidad y vida familiar. Que por lo pronto, no ha estado exento de modificaciones y reformas, como se detallará más adelante.

En la actualidad, las leyes sobre la protección a la maternidad persiguen varios objetivos, tal como lo señala el profesor William Thayer, a saber; a) defender a la persona humana trabajadora, en este caso a la madre. Sin embargo, indirectamente la normativa protege a la vida familiar, y con ella, a la sociedad entera; b) asegurar en lo posible la igualdad de opción para el trabajo de la mujer y el hombre, cargando a la seguridad social y no a cada empleador el costo de esa protección especial; c) corregir, en relación con lo dicho, los defectos de la primitiva legislación, que imponía al empleador los gastos y costos de estos permisos; d) defender los derechos de la criatura que está en el vientre materno, al recién nacido, y al lactante por lo que significan en sí mismo y como natural protección del derecho y deber de los padres a la procreación, alimentación y educación de la prole¹.

Pues bien, estos objetivos se materializan en la existencia de diversos derechos contenidos en la protección a la maternidad que consagra nuestra legislación. Así, el objetivo general de este trabajo será desarrollar los derechos más importantes, que para estos efectos son; el descanso, fuero maternal, derecho salas cunas, subsidios, entre otros.

En primer lugar, el derecho al descanso implica un descanso prenatal, post natal, el permiso postnatal parental y otros descansos complementarios. Es relevante señalar en esta materia, que luego de la entrada en vigencia de la ley N°20.545², se incorporó el permiso posnatal parental, pero de ninguna manera se extendió la duración del descanso prenatal y post natal, éstos siguieron siendo los mismos, a saber; 6 semanas de prenatal y

¹ THAYER ARTEAGA, William, *Texto y comentario del Código del Trabajo*, (Santiago, Editorial Jurídica, 2002), p. 191.
² Ley N°20.545 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social; subsecretaría del trabajo, que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental, publicado en el D.O el 17 de octubre de 2011.

12 semanas de post natal. Lo que ocurre con el permiso post natal parental, que se encuentra regulado en el 197 bis del Código del Trabajo, es que las trabajadoras ahora tienen derecho a un permiso de doce semanas a continuación del período post natal, durante el cual recibirán un subsidio. Principalmente la diferencia radica en que la trabajadora podrá elegir volver a su trabajo y éste se puede tomar a jornada completa o a jornada parcial. Si la mujer se reincorpora por media jornada, la extensión de este permiso será de 18 semanas, recibiendo un subsidio por la mitad de su jornada y a lo menos el 50% de sus remuneraciones (estipendios) fijos, conforme a su contrato de trabajo, sin perjuicio de las demás retribuciones de carácter variable a que tenga derecho³.

Otra novedad del permiso post natal parental dice relación con la facultad de traspasar dicho derecho. Así ocurre cuando ambos padres son trabajadores. En esa situación, la madre puede traspasar al padre una o más semanas de dicho permiso, a partir de la séptima semana de éste, por el número que ella determine. En este evento el padre gozará del subsidio por todo el tiempo que se le haya traspasado el permiso postnatal parental.

Un segundo derecho a tratar es el fuero maternal. Según la Dirección del Trabajo, el fuero maternal tiene por objeto mantener el empleo para que ésta tenga asegurado el origen de sus ingresos y pueda alimentar y criar a su hijo durante el lapso de un año⁴. Por lo tanto, es básicamente un privilegio que se le otorga a la mujer para proteger su estabilidad laboral, toda vez que el artículo 174 del Código del Trabajo establece que el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente. Luego, el artículo 201 del mismo cuerpo legal, especifica esta protección especial referida a la mujer embarazada y señala la duración del fuero. Dicha disposición, dispone que durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, la trabajadora embarazada estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174, que trata según vimos, la prohibición del empleador de poner término al contrato de trabajo sin autorización judicial previa.

En tercer lugar, otro derecho importante en la regulación de la protección a la maternidad, es el derecho a la sala cuna. La ley estableció la obligación para las empresas, de mantener salas donde las trabajadoras puedan mantener a sus hijos durante la jornada laboral. Para que una empresa se vea obligada a asistir en este servicio, es requisito primordial que ésta cuente con al menos 20 trabajadoras, independiente de su edad o estado civil, aun cuando no se encuentren embarazadas o no tengan hijos. Es decir, toda empresa que tenga 20 o más trabajadoras deberá contar con un servicio de sala cuna en el cual las madres puedan alimentar a sus hijos y dejarlos al cuidado mientras desarrollan su labores, el cual deberá estar habilitado en previsión de que las trabajadoras queden embarazadas o se produzca el alumbramiento.

³ CIFUENTES LILLO, Hugo; ARELLANO ORTIZ, Pablo; WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *Protección por Maternidad y Permiso Posnatal Parental*, en Revista Laboral Chilena, n°11, Noviembre 2011, p. 50.

⁴ Dictamen DT n°3.143, de 27 de mayo de 1985, cit. por *Contrato individual de trabajo* (Santiago, Abeled Perrot, 2010), p. 319.

También, el Código del Trabajo dispone el derecho a subsidio para cautelar que efectivamente la trabajadora no sufra perjuicio patrimonial por su embarazo⁵. Este derecho consiste en que la mujer durante el período prenatal y post natal prolongado, como también los trabajadores que utilicen el permiso postnatal parental, recibirán 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, en conformidad a lo establecido en el artículo 198 del Código. También, en virtud del artículo 195 inciso tercero del mismo cuerpo legal, tiene derecho a este subsidio el padre trabajador que utiliza íntegra o parcialmente el descanso de 12 semanas posteriores al parto, en caso de muerte de la madre en el parto o durante el período de descanso postnatal.

Sin perjuicio de la forma en cómo se calcula este subsidio, debido a su complejidad, ahora es relevante tener en cuenta su tope máximo. Pues bien, luego de la ley N°20.545 puede adoptar diversas modalidades este beneficio. Puede ser de 24 semanas de descanso completo para las madres, es decir, post natal parental de 12 semanas a jornada completa, con un subsidio equivalente a la remuneración con tope de 73,2 UF bruta. También puede ser de 12 semanas de descanso completo para las madres, y a continuación, 18 semanas media jornada. En esta segunda etapa de cancelará el 50% del subsidio, con tope de 36,6 UF. Otra modalidad puede ser de 12, semanas de descanso completo para las madres. De las 12 semanas restantes en jornada completa pueden traspasar un máximo de 6 semanas a los padres si las madres optan por la media jornada para esta segunda etapa, solo pueden traspasar 12 semanas a los padres en la misma modalidad⁶.

De esta forma, encontramos un derecho que contiene diversos beneficios y que, en principio, por mandato de la ley les corresponden a todas las trabajadoras por igual. Cabe destacar que la norma que se encarga de regular expresamente el ámbito de aplicación, es interesante, ya que abarca más allá del ámbito de aplicación del mismo código⁷. En efecto, el artículo 194 del referido cuerpo legal, señala que quedan sujetos a él los servicios de la administración pública, semifiscales, de administración autónoma municipales y todos los servicios y establecimientos, empresas y cooperativas, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular, o perteneciente a una corporación de derecho público o privado.

Sin embargo, el panorama no ha guardado completa relación con el artículo en comento, toda vez que han existido, en el tratamiento sobre la protección a la maternidad, diferencias entre el sector público y el sector privado. Sumando a este desigual trato, situaciones especiales como quienes trabajan en honorarios. De aquí que la hipótesis de este trabajo es, que partir de este tratamiento diferente, dado las nuevas regulaciones, en

⁵ GAMONAL, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina, *Manual del Contrato de Trabajo* (Santiago, Thomson Reuters, 2015), p. 239.

⁶ Contenido disponible en el siguiente link <https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/ver/8647> consultado el 15 de octubre de 2017.

⁷ THAYER ARTEAGA, William, *Texto y comentario del Código del Trabajo*, (Santiago, Editorial Jurídica, 2002), p. 192.

el sector público las condiciones son más favorables que las establecidas para el sector privado, aunque en principio no pareciera ser ese el panorama.

En consecuencia, los objetivos específicos será analizar la realidad de cada sector, teniendo en consideración leyes y jurisprudencia respecto de determinados derechos.

Para efectos introductorios, especialmente trataré a continuación la situación del permiso postnatal parental y su respectivo subsidio.

La protección a la maternidad en esta materia no ha tenido un tratamiento uniforme en nuestra historia legislativa. Por lo mismo, si bien será de forma general, es necesario analizar ciertas normas al respecto. En primer lugar, el artículo 153 del Decreto con Fuerza de Ley N°1, del Ministerio de Salud⁸, establece el derecho a licencia por descanso de maternidad del personal afecto a la ley N° 18.834⁹. Señala que estos trabajadores, o sea, funcionarios públicos, tendrán derecho, durante el goce de la licencia, a la mantención del total de sus remuneraciones y su pago corresponderá al servicio o institución empleadora, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 12 de la ley N°18.196¹⁰. Por lo tanto, a partir de esta norma, a los funcionarios no se les aplicaría el tope máximo descrito más arriba para mantener el total de sus remuneraciones.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la ley N°20.545, cambió la aplicación de la referida norma. En efecto, el artículo 6 de esta ley, establece que a este permiso no le será aplicable lo dispuesto en el artículo 153 del decreto con Fuerza de Ley N°1, del Ministerio de Salud, por lo cual se les aplicaría el mismo tope como ocurre en el sector privado.

Por lo tanto, por una parte se encuentra el establecimiento de un tope en el subsidio que está en contradicción con el decreto emanado por el Ministerio de Salud, donde se estableció que las licencias médicas del sector público se pagarían en su totalidad. Y, a esto se le suma la especial situación de los trabajadores del sector público que no pueden negociar sus remuneraciones, por lo que les impide acordar el postnatal parcial con un sueldo mayor como sí se puede hacer en el sector privado.

Como consecuencia de estas condiciones, han existido casos en que juezas y jueces han demandado al Estado de Chile ante la Corte Internacional de Derechos Humanos, por los perjuicios remuneracionales que le han provocado las diversas normativas en esta materia.

Uno de estos casos es lo ocurrido con las juezas Carola Llanos, Adriana Celedón y Paola Rivas quienes, con fecha 14 de junio de 2012, requirieron la declaración de

⁸ Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Salud; subsecretaría de salud pública, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DL n° 2.763 del 1979 y de las leyes N° 18933 y N° 18469, publicada en el D.O el 24 de abril de 2006.

⁹ DFL n° 29 del Ministerio de Hacienda, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N°18.834 sobre Estatuto Administrativo, publicado en el D.O el 16 de marzo de 2005.

¹⁰ Ley N° 18.196 del Ministerio de Hacienda, normas complementarias de administración financiera, personal y de incidencia presupuestaria, publicado en el D.O el 29 de diciembre de 1982.

inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la primera parte del inciso segundo del artículo 6° de la ley N°20.545. Si bien el requerimiento al Tribunal Constitucional no prosperó y se demandó al Estado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el gobierno se comprometió fortalecer las condiciones laborales en el sector público. Específicamente este tema fue suscrito en el protocolo del acuerdo firmado por los ministerios de Hacienda y Trabajo con la directiva de la Agrupación Nacional de Empleados fiscales (ANEF) en el año 2015.

Uno de los frutos de dicho compromiso fue la publicación de la ley N°20.891¹¹ que perfecciona el permiso posnatal parental y el ejercicio del derecho a sala cuna para las funcionarias y funcionarios públicos que indica.

En resumen, una de las normas más importantes de esta ley es el artículo 5 que modifica la ley N°18.883¹² y agrega al artículo 110 el siguiente inciso segundo: *“Durante el periodo de permiso posnatal parental a que se refiere el artículo 197 bis del CT, los funcionarios que hagan uso de él también continuaran gozando del total de sus remuneraciones”*.

También a partir de esa ley, se establece la habilitación del ejercicio del derecho a sala cuna en la entidad del padre de las instituciones que indica. El art. 12 establece que la funcionaria podrá solicitar a su empleador que cumpla con la obligación de proporcionar sala cuna en la entidad empleadora del padre, siendo financiado en la institución empleadora de la madre, y siempre que hubiere cupos en el servicio público al cual pertenece el funcionario. Lo anterior según este artículo es aplicable en el caso que ambos padres sean funcionarios públicos de algún ministerio o servicio público que dependa o se relacione con el Gobierno a través de él.

El artículo 13 de esta nueva ley, regula el derecho a opción al que se refiere el artículo anterior, en el caso que ambos padres sean funciones públicos de una municipalidad o universidad estatal. También regula el caso en que uno de los padres sea funcionario de las instituciones antes indicadas y el otro sea funcionario de los servicios señalados en el artículo anterior. En este caso para que opere el derecho a opción se requerirá convenio entre las instituciones empleadoras de la madre y el padre.

Para finalizar, la metodología de este trabajo será analizar comparativamente la realidad del sector privado y del sector público, a la luz de las nuevas regulaciones y de la jurisprudencia de este último tiempo.

¹¹ Ley N° 20.891 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, perfecciona el permiso posnatal parental y el ejercicio del derecho a sala cuna para los funcionarias y funcionarios públicos que indica, publicado en el D.O el 22 de enero de 2016.

¹²Ley N° 18.883 del Ministerio del Interior, aprueba Estatuto Administrativo para funcionarios municipales, publicado en el D.O el 29 de diciembre de 1989.

II. ASPECTOS GENERALES DE LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD.

La protección a la maternidad, como se pudo adelantar, está constituida por una serie de derechos que se han ido incorporando a través del tiempo por diversas leyes. Y, del propio nombre dado por el legislador a la institución en comento, se aprecia cuál es el espíritu que inspira su tratamiento, netamente protector y tutelar. Como consecuencia, ésta es una de las materias en que con mayor claridad se vislumbra el carácter tutelar del Derecho del Trabajo¹³.

Sin perjuicio de lo anterior, y antes de abordar el siguiente capítulo, se debe tener en cuenta que la situación regulativa no siempre ha sido la misma, al contrario. La carencia de reconocimientos de derechos para la mujer en su calidad de trabajadora y como madre, constituía una realidad normal marcada por una sociedad altamente paternalista. Si bien, la maternidad -como se verá más adelante- no sólo protege a la mujer sino que en definitiva extiende una protección a la sociedad en su conjunto, el principal motor para el reconocimiento y consagración de derechos en esta materia, fue la exclusión y discriminación que ha sufrido la mujer desde su incorporación a la vida laboral.

Ahora, en la actualidad en nuestro país, la corriente tendiente a reconocer la indudable importancia del rol de la mujer en el mercado del trabajo y que inaugura una nueva etapa en la evolución de nuestra normativa laboral, comienza a adquirir importancia luego de la ratificación de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer el año 1989¹⁴. Lo anterior, promovió también que el país, en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, ratificara en 1994 el Convenio N°103 de la OIT, que fija nuevas reglas sobre protección a la maternidad, como asimismo, que en el año 1993 se dictara la Ley N°19.250 que derogó las prohibiciones que afectaban a la mujer para realizar ciertas faenas industriales, con lo cual empieza a desaparecer los resabios de una legislación paternalista que sitúa a la mujer en la misma posición de los menores de edad¹⁵.

Para una mayor inteligencia del análisis comparativo de los derechos entre el sector público y privado que se realizará en el segundo capítulo, es necesario conocer en qué consisten los derechos que conforman dicha protección. Pues bien, a partir de un análisis doctrinario y de las normas legales, en este capítulo se detallarán los derechos más importantes relacionados con la maternidad que se pueden desprender de nuestro ordenamiento jurídico, a saber, los descansos generales de maternidad y paternidad - con especial referencia al prenatal, postnatal y permiso posnatal parental- los subsidios de maternidad, el derecho a fuero maternal y el derecho a salas cunas.

¹³ MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe, *El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2009), p. 559.

¹⁴ Esta convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, fue ratificada por Chile a través del decreto supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N°789 del año 1989.

¹⁵ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Pasado, presente y futuro de la situación jurídica de la mujer trabajadora* (2012), ahora en ÉL MISMO, *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Santiago, Thomson Reuters, 2012), p.268.

1. Bien jurídico protegido: la maternidad, la paternidad y vida familiar.

En la actualidad, para la legislación en general, el bien jurídico consiste en los intereses que necesitan protección por parte del derecho, principalmente por ser estimados como necesarios para asegurar la convivencia social. Así, siguiendo la doctrina penal, que se ha encargado mayormente de proporcionar definiciones en esta materia, en manos de Von Liszt es que encontramos un apropiado acercamiento sobre lo que es un bien jurídico. Este autor, señala que “los bienes jurídicos son los intereses protegidos por el derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido, todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico”¹⁶. En consecuencia, en nuestro ordenamiento se tutelan diversos intereses vitales que sirven para el desarrollo del individuo y de la comunidad y se elevan a bienes jurídicos, generalmente dependiendo de cada rama del derecho. Bienes jurídicos como la vida, la integridad física, la propiedad, etc.

Pues bien, en el caso del Derecho del Trabajo, concretamente las normas que regulan la protección a la maternidad, se debe tener en cuenta que, hasta el año 2014, su título II del libro II se titulaba “de la protección a la maternidad”, siendo la maternidad el bien jurídico protegido. Si bien se ha sostenido que la maternidad tiene un carácter de bien jurídico en sentido amplio, ya que al tutelarse a la madre no sólo se la cuida a ella sino que también al hijo, y con ella a toda la comunidad¹⁷, el artículo 1° de la ley N° 20.764¹⁸ sustituyó el epígrafe de ese título, por “la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar”.

De este modo, el bien jurídico de este título ya no es sólo la maternidad, sino que, ahora reconocido de manera expresa, es también la paternidad y la vida familiar. En efecto, la protección a la maternidad de este cuerpo normativo, en sentido estricto, consiste en la protección a la mujer en la estabilidad y condiciones de su empleo, implicando un conjunto de normas jurídico-públicas tuitivas del trabajo de la mujer embarazada o púérperas, destinadas a facilitar a la madre el cumplimiento de sus obligaciones maternas (permisos, salas cunas, etc.)¹⁹. En lo que dice relación con la protección a la paternidad, aunque un tanto limitada, consiste en que varones trabajadores gocen de las garantías necesarias en el ámbito del trabajo para que puedan cuidar a sus hijos en sus primeros momentos de su vida, y eventualmente, en caso de enfermedad grave de sus hijos en edades superiores²⁰. Por otra parte, la protección a la vida familiar, se constituye a partir de normas que concilian la vida laboral y la vida

¹⁶ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, (1881, trad. cast. Argentina, 2007), p.235.

¹⁷ WALKER ERRÁZURIZ, Francisco y ARELLANO ORTIZ, Pablo, *Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo* (Santiago, Librotecnia, 2016), p.225.

¹⁸ Ley n° 20.764, del Ministerio del Trabajo y previsión social; subsecretaría del trabajo, que modifica el código del trabajo en materia de protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar y establece un permiso por matrimonio del trabajador, publicado en el D.O. el 18 de julio del 2014.

¹⁹ THAYER ARTEAGA, William; NOVOA FUENZALIDA, Patricio, *Manual de Derecho del Trabajo*, (Santiago, editorial jurídica, 2009), IV, p. 139.

²⁰ ROJAS MIÑO, Irene, *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2015), p. 327.

familiar, a pesar que no hay una sistematización o una concreción normativa explícita de esto en nuestra legislación laboral.²¹

2. Ámbito de aplicación.

En virtud del artículo 194 del Código del Trabajo es posible sostener que las normas sobre protección a la maternidad son de aplicación general²². En efecto, el tenor del artículo 194 es el siguiente:

“La protección a la maternidad 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 comprender las sucursales o dependencias de los establecimientos, empresas o servicios indicados.

Estas disposiciones beneficiarán a todos los trabajadores que dependan de cualquier empleador, comprendidos aquellos que trabajan en su domicilio, y en general, a todos los que estén acogidos a algún sistema provisional”.

Los incisos 1° y 3° del artículo transcrito, fueron incorporados por el N° 2 del artículo único de la ley N°20.764. De su texto se puede desprender que las normas del artículo 194 y siguientes del Código de Trabajo, buscan proteger la maternidad, la paternidad y la vida familiar. Asimismo, el inciso tercero, ratifica lo anterior, al no hacer distinción de género entre los dependientes a quienes busca proteger el referido conjunto normativo, incorporando a los padres trabajadores²³.

En síntesis, estas normas rigen tanto para los trabajadores regidos por el código del trabajo (sector privado y empresas del estado), como para aquellos regidos por el Estatuto Administrativo²⁴.

3. Derechos de protección a la maternidad y a la paternidad.

Para efectos de este trabajo, se desarrollarán los derechos más importantes que consagra nuestra legislación en materia de protección a la maternidad. En el mismo

²¹ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Conciliación de trabajo y vida familiar. un análisis desde la perspectiva del derecho del trabajo chileno*, en Revista de Derecho. 16 (Valdivia, 2004), p. 59-82 59.

²² Corte Suprema, 6 de junio de 2006, Rol N° 6035-2004, N° Legal Publishing: 3497, el ámbito de aplicación de la “Protección a la Maternidad”, es bastante amplio y se hace extensivo a todas las entidades y empresas de los sectores público y privado, sin excepción alguna. De modo que es aplicable aunque el trabajador y su empleador se encuentren unidos por una relación de naturaleza estatutaria, como ocurre entre los funcionarios municipales y la Municipalidad. Para poner término al nexo que las unía, la Municipalidad debe solicitar el desafuero ante un Tribunal del Trabajo, cit. por, *Código del Trabajo sistematizado con jurisprudencia*, (Santiago, Abeledo Perrot, 2012), III, p. 1714

²³ El Dictamen N° 3.342/048, 1 de septiembre de 2014, fija sentido y alcance de los artículos 194 y 207 bis, del Código del Trabajo en su texto fijado por la Ley N° 20.764.

²⁴ WALKER ERRÁZURIZ, Francisco y ARELLANO ORTIZ, Pablo, *Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo* (Santiago, Librotecnia, 2016), p. 226.

orden con que se encuentran regulados en el título II del Código del Trabajo, se tratarán los derechos de descansos y permisos, el derecho a subsidio, de fuero maternal, y derecho a las salas cunas.

4. Descansos y permisos.

En lo que dice relación con los derechos de descanso y permisos, se debe hacer un alcance. Estos derechos tienen rasgos comunes, pero a su vez tienen puntos disímiles. Por lo tanto, desde la doctrina se ha planteado un examen separado de cada figura desde sus respectivos regímenes jurídicos. De esta forma, se distinguen tres categorías i) descansos generales de maternidad y paternidad ii) permiso postnatal parental iii) permiso del padre en vinculación al parto y al proceso de adopción y iv) otros permisos de maternidad paternidad.²⁵

a. Descansos generales de maternidad y paternidad.

Los descansos de maternidad y paternidad son los que corresponden a la madre trabajadora y al padre trabajador, en el caso que proceda en conformidad a derecho, a fin de proteger al que está por nacer y a la madre en su salud durante el embarazo, después del parto, y además resguardan el vínculo con el padre²⁶.

En virtud del artículo 198 del Código del Trabajo, estos descansos se pueden clasificar en dos categorías: i) descansos prenatal y postnatal ii) los descansos suplementarios de plazo ampliado²⁷.

i) Descanso prenatal y postnatal.

Se debe tener en cuenta una idea general en la cual, existiendo estado de embarazo y posterior parto, los descansos de pre y postnatal proceden necesariamente. En primer lugar, porque la ley señala que estos derechos no podrán renunciarse, quedando prohibidos los trabajos durante los períodos de descansos para las mujeres embarazadas y púerperas. Y, en segundo lugar, la jurisprudencia administrativa, en el caso del postnatal, ha sostenido que basta con que haya habido parto, ya que la ley no condiciona la existencia de este derecho a la circunstancia de que la criatura nazca viva, ni exige que sobreviva con posterioridad²⁸. Esto se verá enseguida.

Además, el artículo 197 del mismo cuerpo legal, regula las formalidades para acogerse a los referidos descansos, obligando a la trabajadora a presentar ante el respectivo jefe de su empresa, servicio o empleador, un certificado médico o de matrona, que certifique su condición de embarazo y que se encuentre en el periodo fijado para su obtención²⁹.

²⁵ ROJAS MIÑO, Irene, *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2015), p.330.

²⁶ *Ibid.* p.330

²⁷ *Ibid.* P. 330.

²⁸ WALKER ERRÁZURIZ, Francisco y ARELLANO ORTIZ, Pablo, *Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo* (Santiago, Librotecnia, 2016), p. 229.

²⁹ MORAGA NEIRA, René, *Código del Trabajo comentado* (Santiago, Legal Publishing, 2009), p.603.

Dicho lo anterior, a las trabajadoras en Chile se les ha otorgado el derecho de prenatal, consistente en un descanso de seis semanas antes del parto, y el descanso postnatal, de doce semanas después del parto.

Respecto del descanso prenatal, que consiste en un descanso de seis semanas antes del parto, debe ser tomado necesariamente por la madre trabajadora, ya que su principal objetivo es permitir a la madre el adecuado descanso y reposo antes del parto, preparándose de esa forma para la llegada del hijo³⁰.

Ahora, si el parto se produjere después de las seis semanas siguientes a la fecha en que la mujer hubiere comenzado el descanso de maternidad, el descanso prenatal se entenderá prorrogado hasta el alumbramiento y desde la fecha de éste, se contará el descanso puerperal, lo que deberá ser comprobado, antes de expirar el plazo con el correspondiente certificado médico o de la matrona. En sentido contrario, se ha entendido que si el parto se adelanta, la madre trabajadora pierde los días de descanso de maternidad que le hubieren correspondido³¹.

Relativo al descanso postnatal, al igual que el prenatal, debe tomarlo la madre trabajadora. El objetivo de este descanso es permitir, por una parte, la recuperación de la madre, y por otra, el contacto, cercanía, alimentación y afectividad con el menor, tan necesarios en las primeras semanas de vida³².

Pero, además el artículo 195 se ha puesto en el supuesto de fallecimiento de la madre en el parto o durante el período postnatal. En dicho evento, este permiso, o el resto que queda de él, y que sea destinado al cuidado del hijo, corresponderá al padre o a quien le fuere otorgada la custodia del menor. Por lo tanto tenemos un nuevo beneficiario del descanso postnatal que además la ley lo ampara con la prerrogativa de fuero establecida en el artículo 201 del Código del Trabajo, con derecho al subsidio contemplado en el artículo 198 del mismo cuerpo legal el cual será equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba³³.

A su vez, en conformidad al artículo 196 del Código del Trabajo, se puede señalar que el descanso postnatal, aumentará su extensión en dos supuestos. En primer lugar, se extenderá en dieciocho semanas si el parto se produjere antes de iniciada la trigésima tercera semana de gestación, o si el niño al nacer pesare menos de 1.500 gramos. En segundo lugar, aumentará su extensión en caso de parto de dos o más niños. En esta circunstancia, el descanso se incrementará en siete días corridos por cada niño nacido a partir del segundo. Finalmente, si concurren simultáneamente los dos supuestos

³⁰ MELIS VALENCIA, Christian; SÁEZ CARLIER, Felipe, *El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2009), p. 598.

³¹ ROJAS MIÑO, Irene, *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2015), p. 331.

³² MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe, *El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2009), p. 599.

³³ El Dictamen N° 4.052/083, de 17 de octubre de 2011, fija sentido y alcance de los artículos 195, 196, 197 bis, 198, 200 y 201 del Código del Trabajo en su texto fijado por la Ley N° 20.545 y primero, segundo y tercero transitorios de este último cuerpo legal.

enunciados, la duración del descanso postnatal será la de aquel que posea mayor extensión.

Es necesario en esta materia tener en cuenta que por disponerlo así expresamente el inciso 2° del artículo primero transitorio de la ley N° 20.545, el referido incremento del descanso posnatal se aplica a quienes se encuentren haciendo uso de su permiso posnatal al 17 de octubre de 2011, fecha de entrada en vigencia de esta ley³⁴.

Como se mencionó anteriormente, la jurisprudencia administrativa ha señalado que el descanso postnatal procede a pesar de la pérdida del hijo. En este sentido, el Dictamen de la Dirección del Trabajo N°2.974, establece que el postnatal procede por el sólo hecho de la ocurrencia del parto y con prescindencia de las circunstancias de que la madre trabajadora sufra la pérdida del hijo recién nacido o que éste nazcan muerto.³⁵ Este pronunciamiento se requirió frente a la duda del mantenimiento del derecho al postnatal, por una mujer trabajadora quien inició su período prenatal, pero luego del parto su hijo falleció dos días después.

ii) Descanso suplementario y de plazo ampliado.

El descanso suplementario es aquel al que tiene derecho la madre trabajadora con ocasión de una enfermedad que se le presente como consecuencia del estado de embarazo³⁶. Esta enfermedad deberá ser comprobada por certificado médico y la duración del descanso suplementario lo determinará el servicio que tenga a su cargo las atenciones médicas preventivas, en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 196 del Código.

Por otra parte, el descanso de plazo ampliado, es aquel descanso al que tiene derecho la madre trabajadora en el supuesto que se le produjese enfermedad con ocasión del parto y le impidiese regresar al trabajo, por un plazo superior al descanso postnatal, el que deberá ser prolongado³⁷. La enfermedad, al igual que el caso anterior, deberá ser comprobada por certificado médico, y la prolongación del descanso puerperal, la determinará el servicio que tenga a su cargo, las atenciones médicas curativas.

Finalmente, la mujer que se encuentre en el período de descanso de maternidad, ya sea prenatal o postnatal, de descansos suplementario y de plazo ampliado, como también los trabajadores que hagan uso del permiso postnatal parental, recibirán un

³⁴ El Dictamen N° 4.052/083, de 17 de octubre de 2011, fija sentido y alcance de los artículos 195, 196,197 bis, 198, 200 y 201 del Código del Trabajo en su texto fijado por la Ley N° 20.545 y primero, segundo y tercero transitorios de este último cuerpo legal.

³⁵ Dictamen N° 2.974/85, de 25 de julio de 2003, el descanso posnatal que contempla el inciso primero del artículo 195 del Código del Trabajo, procede por el solo hecho de la ocurrencia del parto y con prescindencia de la circunstancia de que la madre trabajadora sufra la pérdida del hijo recién nacido o que este nazca muerto.

³⁶ ROJAS MIÑO, Irene, *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2015), p. 333.

³⁷ *Ibid.* p. 333.



subsidio calculado conforme a los dispuesto en el DFL n°44 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social³⁸.

b. Permiso posnatal parental.

i) Definición y objetivos.

El permiso postnatal parental fue introducido en el año 2011 por la ley N°20.545, que además modifica algunas normas sobre protección a la maternidad. Esta nueva figura se trata de un nuevo derecho para la mujer, consistente en un permiso adicional al descanso postnatal, de carácter irrenunciable.³⁹

Respecto de las finalidades de su creación, se ha sostenido que, así como el postnatal está referido al cuidado del hijo y también de la madre, este permiso se puede compartir con el padre del menor, para atender al cuidado, primera educación y apego del niño⁴⁰. Como consecuencia, este permiso no procede en caso de fallecimiento del hijo recién nacido o cuando éste nazca muerto.⁴¹

Así quedó manifestado en la historia de la ley, en el mensaje n°611-358 enviado por el ex presidente de la República, Sebastián Piñera. Al respecto, se establecieron tres objetivos que busca la ley que crea este permiso.

Como primer objetivo, se busca garantizar el mejor cuidado de los hijos. De este modo, la extensión del postnatal no solo corresponde a un beneficio para la madre, como se ha señalado, sino que también vela por el futuro del país, que precisamente son los hijos. Por ello, se vela para que tengan una mejor salud, desarrollo y para que tengan lazos de mayor apego con sus padres.

En segundo lugar, se busca permitir que más mujeres trabajadoras se beneficien con la protección a la maternidad. Con esto, principalmente, se busca beneficiar a un gran número de trabajadoras con contratos temporales, quienes son las más vulnerables. Esto debido a que ellas, muchas veces no acceden a los beneficios de la protección a la maternidad, por no estar trabajando en el momento de su prenatal. Como solución a este problema, con esta ley recibirán el subsidio cuando se compruebe su historial de trabajadora.

Un tercer objetivo de esta ley, 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. Este objetivo es importante toda vez que guarda estrecha relación con nuestra Constitución que consagra a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, de esta forma, no sólo reconoce el rol de la madre

³⁸ El Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1 de junio de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, establece normas comunes para subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado, publicado en el D.O el 24 de julio de 1978.

³⁹ CIFUENTES LILLO, Hugo; ARELLANO ORTIZ, Pablo; WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *Protección por Maternidad y Permiso Posnatal Parental*, en Revista Laboral Chilena, n°11, Noviembre 2011, p. 49.

⁴⁰ *Ibid.* p. 49.

⁴¹ El Dictamen N°4.843/095 de 7 de diciembre de 2011, concluye que el permiso posnatal parental no procede en caso de que la madre sufra la pérdida del hijo recién nacido, o que este nazca muerto.

en la crianza, sino que también reconoce la importancia del padre en la misma. Esto último se encuentra en armonía con la sociedad actual que busca enterrar sistemas y estructuras machistas, en los cuales las mujeres son las que únicamente se ocupan de la crianza de los hijos.

ii) Modalidades del permiso postnatal parental.

Las trabajadoras que a la fecha de entrada en vigencia de la ley, no habían hecho uso del descanso pre o posnatal, tendrán derecho a gozar de este beneficio a través de las siguientes modalidades⁴².

En conformidad al nuevo artículo incorporado, el art. 197 bis del Código del Trabajo, la extensión del permiso posnatal parental es de 12 semanas a continuación del período de licencia médica por postnatal, siendo ésta la modalidad general. Este artículo señala que durante el permiso, las trabajadoras recibirán un subsidio cuya base de cálculo será la misma respecto de los descansos pre y postnatal.

La modalidad subsidiaria, en cambio, es de 18 semanas. Será así, si la trabajadora opta por reincorporarse a sus labores una vez terminado éste por la mitad de su jornada, en conformidad a la facultad en tal sentido le otorga el inciso 2° del artículo 197 bis del Código del Trabajo. La trabajadora que decida tal reincorporación, percibirá durante dicho lapso, el 50% del subsidio y, a lo menos el 50% de los estipendios fijos establecidos en el contrato de trabajo más las remuneraciones variables a que tenga derecho; monto éste sobre el cual el empleador deberá efectuar las cotizaciones de la Ley N°. 16.744, sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades profesionales⁴³.

En este permiso, se debe tener en cuenta que ejercida cualquiera de estas opciones, no es posible enmendar la elección.⁴⁴

El inciso tercero del 197 bis, señala que las trabajadoras exentas del límite de jornada de trabajo, en conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 22, podrán ejercer esta opción, en los términos de dicho precepto y conforme a lo acordado con su empleador.

iii) Acceso del padre al permiso postnatal parental.

Una de las novedades del permiso postnatal, como se señaló en la historia de la ley, es la posibilidad del acceso del padre trabajador a dicho permiso. Este acceso dependerá de la modalidad del permiso que se trate.

⁴² El Dictamen N° 4.052/083, de 17 de octubre de 2011, fija sentido y alcance de los artículos 195, 196, 197 bis, 198, 200 y 201 del Código del Trabajo en su texto fijado por la Ley N° 20.545 y primero, segundo y tercero transitorios de este último cuerpo legal.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ GAMONAL, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina, *Manual del Contrato de Trabajo* (Santiago, Thomson Reuters, 2015), p.336.

En primer lugar, si la madre trabajadora fallece o el padre tuviere el cuidado personal del menor por sentencia judicial, corresponderá al padre el total de este permiso o lo que reste de él, con derecho subsidio o subsidio y remuneración, en su caso⁴⁵.

En segundo lugar, el padre podrá acceder en cualquiera de las modalidades alternativas de ejercicio del permiso posnatal parental, señaladas precedentemente (doce semanas o dieciocho semanas de extensión), en el supuesto de que padre y madre sean trabajadores. En este caso, el padre podrá gozar del permiso posnatal parental, cuando así la madre lo determine, a partir de la séptima semana del mismo, por el número que ella indique. En todo caso, las semanas utilizadas por el padre deben ubicarse en el período final del permiso. La ley también señala que esto dará derecho al subsidio establecido en el mismo precepto, calculado en base a sus remuneraciones.

Cabe precisar que el derecho de opción entre una u otra alternativa de ejercicio del permiso posnatal 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 posnatal que comprende en tal caso el referido permiso. En el caso si la madre hubiere optado por la segunda alternativa, el padre deberá hacer uso del permiso del permiso en conformidad a ésta, laborando media jornada, previo cumplimiento de los requisitos legales⁴⁶.

iv) Formalidades.

Para ejercer los derechos que establece el referido artículo 197 bis, deben cumplir con ciertas formalidades la trabajadora, el padre trabajador y la empresa en relación con el subsidio en caso de permiso a tiempo completo o a mitad de jornada.

Para el caso de las trabajadoras, para ejercer los derechos de opción de la modalidad de su permiso posnatal parental, deben dar aviso a su empleador mediante carta certificada, enviada con a lo menos treinta días de anticipación al término del período posnatal, con copia a la inspección del trabajo. En caso contrario, es decir, de no existir tal comunicación, la ley establece que la mujer deberá ejercer el permiso posnatal parental de doce semanas.

Es del caso señalar, que ha sido recomendado que las trabajadoras den el aviso con 30 días de anticipación en cualquier evento, ya que ello permite dar certeza de la opción y modalidad en que hará uso de derecho. A su vez, ello permite a las empresas organizar oportunamente los reemplazos necesarios.⁴⁷

La formalidad que debe cumplir el padre trabajador, es similar a la anterior; se trata de una comunicación por carta certificada, la que debe darse al empleador. La

⁴⁵ El Dictamen N° 4.052/083, de 17 de octubre de 2011, fija sentido y alcance de los artículos 195, 196, 197 bis, 198, 200 y 201 del Código del Trabajo en su texto fijado por la Ley N° 20.545 y primero, segundo y tercero transitorios de este último cuerpo legal.

⁴⁶ El Dictamen N° 4.052/083, de 17 octubre de 2011, fija sentido y alcance de los artículos 195, 196, 197 bis, 198, 200 y 201 del Código del Trabajo en su texto fijado por la Ley N° 20.545 y primero, segundo y tercero transitorios de este último cuerpo legal.

⁴⁷ CIFUENTES LILLO, Hugo; ARELLANO ORTIZ, Pablo; WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *Protección por Maternidad y Permiso Posnatal Parental*, en Revista Laboral Chilena, n°11, Noviembre 2011, p.51.

diferencia es que se realiza con una anticipación de, a lo menos, 10 días. Se debe enviar con copia a la inspección del trabajo y al empleador de la madre del hijo que genera el derecho y que le cede parte del permiso.⁴⁸

El empleador, por su parte, debe comunicar a la entidad de afiliación de salud, que su trabajador hará uso de permiso posnatal parental, con anterioridad al inicio de éste. Esto es, tan pronto reciba la comunicación de la trabajadora o ante su falta. Para hacer uso de este permiso la trabajadora no debe acompañar licencia médica específica⁴⁹.

v) Financiamiento del subsidio de maternidad.

Por ahora, es pertinente señalar que según el artículo 197 bis en su inciso 10, el subsidio derivado del permiso posnatal parental se financiará con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidio de Cesantía del Decreto con Fuerza de Ley n° 150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1982⁵⁰.

Este subsidio se especificará más adelante.

vi) Sanciones al impedimento del ejercicio del derecho.

En conformidad a lo dispuesto en el inciso final del artículo 197 bis del CT se podrá sancionar a los empleadores que realicen cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible el uso del permiso posnatal parental. En caso de ocurrir dichas prácticas, el empleador podrá ser sancionado con multas a beneficio fiscal de 14 a 150 UTM. A su vez, cualquier infracción a lo dispuesto en esta norma puede ser denunciada a la inspección del Trabajo, entidad que puede proceder de oficio⁵¹.

c. Permiso del padre en vinculación al parto y al proceso de adopción.

Una de las razones para sostener que no sólo el bien jurídico protegido es la maternidad, incluso en su sentido más amplio de la palabra, es el derecho otorgado al padre en caso de nacimiento de un hijo o de proceso de adopción. Pero como bien acordamos, los derechos a la paternidad son un tanto limitados.

Pues bien, el artículo 195 señala que el padre trabajador⁵² 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 bien, podrá distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha del

⁴⁸ *Ibíd.* p.51.

⁴⁹ *Ibíd.* p.51.

⁵⁰ El D.F.L. N° 150, de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de las normas sobre Sistema Único de Prestaciones Familiares y Sistema de Subsidios de Cesantía para los trabajadores de los sectores privado y público, contenidas en los Decretos leyes N°s. 307 y 603, ambos de 1974.

⁵¹ ROJAS MIÑO, Irene, *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2015), p. 347.

⁵² El Dictamen N° 4.680/086, de 25 de noviembre de 2008, concluye que esta norma es aplicable a los trabajadores contratados con jornada a tiempo parcial, de manera que los mismos, al igual que aquellos contratados con jornada completa, tienen derecho a cinco días de permiso pagado en caso de nacimiento de un hijo, los que deben hacerse efectivos en aquellos días en que se encuentra distribuida su respectiva jornada laboral.

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°19.620.⁵³

El régimen jurídico de este derecho establece que es irrenunciable, y es pagado por la empresa en la que labore el trabajador⁵⁴.

d. Permisos que amplían la protección a los hijos.

Existen varios permisos de maternidad o paternidad que corresponden para un mejor cuidado de los hijos. Para efectos de este trabajo, de manera resumida trataré lo más importantes.

En primer lugar, conforme a lo dispuesto en el artículo 199 del Código del Trabajo, está el permiso para el cuidado del menor de un año, cuyo supuesto es la enfermedad grave del hijo que requiera atención en el hogar, acreditada mediante certificado médico ratificado por los servicios de atención médica. Dispone de este permiso la madre trabajadora o el padre trabajador, a elección de la madre. En todo caso, gozará de ellos el padre cuando la madre hubiere fallecido o él tuviere la tuición del menor por sentencia judicial⁵⁵. Este derecho también corresponde a la trabajadora o al 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; además, este derecho se extiende al cónyuge en forma similar que el permiso del hijo menor de un año. Y, en ambos casos procede, además el derecho a subsidio de maternidad⁵⁶.

Otro permiso es aquel para el cuidado del hijo menor de dieciocho años, contemplado en el artículo 199 bis del CT. El permiso a que se refiere la norma puede tener su origen en un accidente grave, en una enfermedad terminal en su fase final o en una enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte y, le corresponde en primer término, a la madre trabajadora. Si ambos padres son trabajadores dependientes, cualquiera de ellos a elección de la madre.⁵⁷

⁵³ Ley N°19.620 del Ministerio de Justicia, dicta normas sobre adopción de menores, publicado en el D.O el 5 de agosto de 1999.

⁵⁴ ROJAS MIÑO, Irene, *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2015), p. 338

⁵⁵ El Dictamen DT N°2.846/104, 5 de septiembre de 2005, El derecho del padre a gozar del permiso de maternidad postnatal o del resto de él que sea destinado al cuidado del hijo en conformidad al [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, hacer uso de dicho beneficio en caso de sobrevivencia de la madre, aun cuando ésta estuviere aquejada de una enfermedad grave que le impida atender al cuidado del menor. Sin perjuicio de ello, el padre trabajador, cuyo es el caso del recurrente, podrá en tal caso impetrar el permiso y subsidio a que se refiere el [artículo 199 del Código del Trabajo](#), en el evento de que la salud del menor requiera de atención en el hogar a causa de enfermedad grave, debiendo para ello acreditar el cumplimiento de las exigencias previstas en dicha norma, analizadas en el cuerpo del presente informe.

⁵⁶ ROJAS MIÑO, Irene, *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2015), p. 339.

⁵⁷ MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe, *El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2009), p.613.

Este permiso, consiste en la facultad de la madre 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. Además, si ambos padres son trabajadores dependientes, por elección de la madre, el padre podrá gozar de este permiso. Con todo, dicho permiso se otorgará 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. A falta de ambos padres, quien gozará de este permiso, será quien acredite su tuición o cuidado del menor.

Pero, hasta febrero del año 2018, este período de permiso no estaba cubierto por el subsidio de maternidad y tampoco por otro instrumento de la seguridad social. Esto es así porque el artículo 199 bis señala que se entenderá trabajado para todos los efectos legales, pero el respectivo trabajador o trabajadora deberá restituirlo con imputación a los días administrativos, cuando proceda, a su feriado anual, a horas extraordinarias u otra modalidad que se convenga⁵⁸. Luego, el inciso cuarto dispone que *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.*

Dado el problema anterior, en junio del año 2017 se firmó el Proyecto de Ley que crea el Seguro para el Acompañamiento de los Niños y Niñas (Ley SANNA)⁵⁹, que busca regular la cobertura, los requisitos de acceso y las prestaciones de un seguro solidario, que será financiado por el Fondo creado en abril de 2017 por la Ley N°21.010⁶⁰.

Dicho seguro es obligatorio para las madres y los padres trabajadores de niños mayores de un año y menores de 15 o 18 años de edad, según corresponda, afectados por una condición grave de salud, que les permite ausentarse justificadamente de su trabajo durante un tiempo determinado, con el objeto de prestarles atención, acompañamiento o cuidado personal y directo. Lo nuevo que se incorpora en esta ley, es que los trabajadores que cumplan los requisitos para acceder al seguro, tendrán derecho, como prestaciones del mismo, a una "licencia médica" y a un "permiso para ausentarse justificadamente de su trabajo" durante un tiempo determinado y, al pago de "un subsidio" que reemplace total o parcialmente su remuneración o renta mensual, durante el período que el menor requiera atención, acompañamiento o cuidado personal⁶¹. Más adelante se detallará el contenido de esta nueva ley.

⁵⁸ ROJAS MIÑO, Irene, *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2015), p.340.

⁵⁹ Contenido disponible en el siguiente link <http://web.minsal.cl/presidenta-bachelet-en-firma-de-proyecto-de-ley-que-crea-el-seguro-para-el-acompanamiento-de-ninos-y-ninas-acompanar-a-hijos-en-momentos-tan-duros-no-es-ni-puede-ser-un-lujo/> consultado el 8 de noviembre de 2017.

⁶⁰ Ley N°21.010 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, extiende y modifica la cotización extraordinaria para el seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y crea el fondo que financiará el seguro para el acompañamiento de los niños y niñas, publicado en el D.O el 28 de abril de 2017.

⁶¹ Contenido disponible en el siguiente link http://www.senado.cl/con-rotundo-respaldo-ley-sanna-avanza-a-segundo-tramite-constitucional/prontus_senado/2017-10-10/124631.html consultado el 8 de noviembre de 2017.

5. Subsidios de maternidad.

El subsidio consiste en un beneficio económico que tiene por objeto reemplazar el ingreso de la trabajadora durante los períodos en que, sea por descansos de maternidad o permisos, no pueda laborar⁶². Es decir, y como bien se ha sostenido, el código del Trabajo dispone del derecho a subsidio para cautelar que efectivamente la trabajadora no sufra perjuicio patrimonial producto de su embarazo⁶³.

En efecto, el artículo 198 del CT, señala que durante los períodos de descanso pre y posnatal y los lapsos suplementarios que puedan presentarse, como también los trabajadores que hagan uso del permiso postnatal parental, la trabajadora recibirá un subsidio equivalente al total de sus remuneraciones y asignaciones que percibe, del cual sólo se deducirán las imposiciones previsionales y documentos legales que corresponden.⁶⁴ Este subsidio será calculado conforme a lo dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley n°44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social de 1978⁶⁵ y en el artículo 197 bis.

Ahora bien, para poder acceder a dicho subsidio, se debe estar afiliado al respectivo régimen de seguridad social y cumplir los requisitos de cotización para acceder al beneficio⁶⁶.

Respecto del financiamiento de esta prestación, se plantea una particularidad en cuanto para acceder a la misma se debe ser afiliado y beneficiario del régimen de salud en el área de la seguridad contributiva, pero su financiamiento proviene de fondos del Estado, lo que su financiamiento es de carácter “no contributivo”⁶⁷.

Finalmente, si se produce el desafuero de la madre o padre mientras están haciendo uso de su descanso de maternidad, del artículo 195 y 196 del CT, o del beneficio parental, del artículo 197 bis, continuarán percibiendo el subsidio de maternidad hasta la conclusión del período de descanso o del respectivo permiso. Si hubiere lugar al subsidio de cesantía, se entiende que el contrato de trabajo termina cuando se deja de percibir por maternidad⁶⁸.

⁶² MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe, *El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2009), p.614.

⁶³ GAMONAL, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina, *Manual del Contrato de Trabajo* (Santiago, Thomson Reuters, 2015), p.239.

⁶⁴ WALKER ERRÁZURIZ, Francisco y ARELLANO ORTIZ, Pablo, *Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo* (Santiago, Librotecnia, 2016), p.289.

⁶⁵ El Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1.06.78, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, establece normas comunes para subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado, publicado en el D.O el 24 de julio de 1978.

⁶⁶ ROJAS MIÑO, Irene, *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2015), p. 340.

⁶⁷ *Ibid.* p. 341.

⁶⁸ GAMONAL, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina, *Manual del Contrato de Trabajo* (Santiago, Thomson Reuters, 2015), p. 240.

6. Fuero maternal.

Para la Dirección del Trabajo el fuero maternal es el derecho que tiene la mujer que se encuentra protegida por los beneficios por maternidad⁶⁹. Consiste en la imposibilidad, por un período determinado, de ser despedida de su trabajo o que el empleador o quien lo represente ponga término a la relación laboral, sin una autorización judicial previa⁷⁰.

Según el artículo 201 del CT, durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental, la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174.

En esta parte del artículo, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que al señalar el texto legal que dicho estatuto se extiende “hasta un año después de expirado el descanso de maternidad”, se infiere que cuando el descanso postnatal ha sido ampliado, el plazo de un año se cuenta a partir del término de la ampliación y no desde el término del período normal de las 12 semanas del descanso puerperal⁷¹.

Por otra parte, la trabajadora sólo puede ser despedida por las causales previstas en el artículo 160 y siempre que medie un juicio de desafuero previo. En efecto, puede ser despedida cuando se configuren dos causales objetivas de terminación, a saber, el vencimiento del plazo convenido y la conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato⁷².

También, se regula el caso que sea el padre quien haga uso del permiso postnatal parental. En dicho evento, el padre 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.

Otro grupo de trabajadores cubiertos por el fuero maternal, son las mujeres y hombres solteros o viudos que manifiesten su voluntad de adoptar un hijo de acuerdo a la Ley de Adopción⁷³. Ellos tendrán derecho a un año de fuero que se contará desde que el juez entregue el cuidado personal o tuición del menor. Sin embargo, cesa el fuero en

⁶⁹ El Dictamen DT N°795/63, 1 de marzo de 2000 “...el fuero de la mujer embarazada ha sido establecido en razón de la maternidad, independientemente de toda otra consideración, siendo el bien jurídico protegido, la maternidad, lo que resulta valedero ante cualquier empleador”.

⁷⁰ Contenido disponible en el siguiente link http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-60024_recurso_1.pdf (consultado el 8 de noviembre de 2017).

⁷¹ THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio, *Manual de Derecho del Trabajo* (Santiago, editorial jurídica, 2009), IV, p. 150.

⁷² *Ibid.* p.151.

⁷³ El inciso tercero del artículo 24 de la Ley de Adopción (19.620, D.O.: 5.08.99), señala: “Si los solicitantes no tienen el cuidado personal del menor, deberán solicitarlo conjuntamente con la adopción, procediendo el juez a resolver en la audiencia preparatoria, pudiendo disponer las diligencias que estime pertinentes para establecer la adaptación a su futura familia.”

los supuestos que quede sin efecto la entrega del cuidado personal del menor o de su tuición.⁷⁴

Si por ignorancia del estado de embarazo o del cuidado personal o tuición de un menor se hubiere puesto término al 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 una copia autorizada de la resolución del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor, sin perjuicio de su derecho a la remuneración por el tiempo en que indebidamente haya permanecido fuera del trabajo; la afectada deberá reclamar dentro del plazo de 60 días hábiles, contado desde el despido⁷⁵.

Finalmente procede el derecho a subsidio en caso de desafuero mientras la mujer estuviere gozando del descanso maternal o permiso paternal. En esta circunstancia, la mujer 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 maternal⁷⁶.

7. Derecho a salas cuna.

El derecho a sala cuna es el derecho que tiene la madre trabajadora, o el padre trabajador, en los casos que proceda, a disponer de sala cuna en donde puedan dejar a sus hijos menores de dos años, mientras estén en el trabajo y, además, darle alimentos, siempre que la empresa en donde laboran esté obligada a otorgar el beneficio de salas cuna en conformidad a la ley⁷⁷.

Conforme al artículo 203 del CT, existen dos tipos de empresas las que se encuentran obligadas a mantener dichas salas cunas⁷⁸. En primer lugar, son las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil. Y en segundo lugar, se encuentran los centros o complejos comerciales e industriales y de servicios administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, cuyo establecimientos ocupen entre todos, veinte, o más trabajadoras.⁷⁹

En cuanto al lugar, de acuerdo a la ley, se trata de una edificación o sala anexa e independiente del local de trabajo. Con todo, el inciso tercero del artículo 203, señala que los establecimientos de las empresas a que se refiere el inciso primero, y que se encuentren

⁷⁴ ROJAS MIÑO, Irene, *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2015), p. 342.

⁷⁵ HUMERES NOGUER, Héctor, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, I: Derecho individual del trabajo y procedimiento laboral* (Santiago, Editorial Jurídica, 2016), p. 297.

⁷⁶ Art. 201 parte final del Código del Trabajo.

⁷⁷ ROJAS MIÑO, Irene, *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2015), p. 343.

⁷⁸ Dictamen DT N°3.126/85 de 21 de julio de 2005, concluye que la obligación del empleador para el mantenimiento de las salas cuna comprende la de cuidar y conservar salas cuna en condiciones que permitan la permanencia, cuidado y atención de los menores de dos años, como asimismo, la de suministrar o proveer la alimentación que los menores requieren mientras permanecen en esos establecimientos. Por el contrario, el empleador no está obligado a pagar los gastos de los útiles de trabajo y de los útiles de aseo, utilizados por los menores de dos años que son llevados por la madre trabajadora a una sala cuna, salvo que las partes así lo hayan pactado expresa o tácitamente.

⁷⁹ ROJAS MIÑO, Irene, *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2015), p. 344.

en una misma área geográfica, podrán previo informe favorable de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, contribuir o habilitar y mantener servicios comunes de salas cunas para la atención de las trabajadoras de todos ellos. Además, las salas cunas deberán reunir las condiciones de higiene y seguridad que determine el reglamento respectivo.

Un aspecto importante de este derecho, es que esta obligación puede tener un cumplimiento alternativo por parte del empleador. De este modo, se entenderá que el empleador cumple con la obligación, si paga los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que la mujer trabajadora lleve sus hijos menores de dos años. En este supuesto, el empleador designará la sala cuna entre aquellas que cuenten con la autorización de la Junta Nacional de Jardines Infantiles. Además, tendrá la obligación de pagar el valor de los pasajes por el transporte de ida y vuelta del menos al respectivo establecimiento.

En esta materia, se debe tener en cuenta que nuestra legislación no cubre el pago de los gastos que realice la madre cuando deje a su hijo en casa. En ese caso, si el empleador pagara esos gastos sería considerado como remuneración, en circunstancias que el pago de la sala cuna tiene un carácter previsional y no es considerada remuneración para ningún efecto legal.⁸⁰

Finalmente, la ley N°20.399 agregó dos incisos finales al artículo 203, extendiendo el derecho a sala cuna al trabajador o a la trabajadora que por sentencia judicial tenga el cuidado del menor de dos años, cumpliendo con la hipótesis de esta norma. Además, indica que si la madre fallece, el padre tendrá derecho a sala cuna salvo que haya sido privado del cuidado del menor por sentencia judicial⁸¹.

8. Novedades en la regulación de la protección a la maternidad. La Ley “SANNA”

Como se pudo adelantar anteriormente, se creó la nueva Ley N° 21.063 que crea un seguro para el acompañamiento de niños y niñas que padezcan las enfermedades que indica y modifica el Código del Trabajo para estos efectos. Esta ley, conocida como la Ley “SANNA”, fue publicada en el Diario Oficial en el 30 de diciembre del 2017.

Se debe tener presente que los beneficiarios del seguro son los padres, madres y quienes tengan el cuidado personal del niño o niña, otorgada por resolución judicial, que sean trabajadores dependientes regidos por el Código de Trabajo, del sector público, los independientes que cumplan los requisitos legales y los trabajadores y trabajadoras temporales cesantes. Es importante también destacar que este seguro se financia con una cotización mensual de cargo del empleador o del trabajador o trabajadora independiente, según corresponda cuyo monto en régimen será de un 0,03% de las remuneraciones imponibles.⁸²

⁸⁰ WALKER ERRÁZURIZ, Francisco y ARELLANO ORTIZ, Pablo, *Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo* (Santiago, Librotecnia, 2016), p. 242.

⁸¹ GAMONAL, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina, *Manual del Contrato de Trabajo* (Santiago, Thomson Reuters, 2015), p. 245.

⁸² Contenido disponible en el siguiente link http://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-114443_recurso_2.pdf consultado el 19/06/18.

La ley SANNA, norma sobre el seguro en general, las prestaciones, el financiamiento del seguro y del fondo, las facultades de la superintendencia de Seguridad Social y sobre las sanciones penales. Para lograr el cometido de este trabajo, se tratará a continuación sobre las prestaciones y el subsidio que se regulan.

En relación a las prestaciones, en primer lugar se encuentra la licencia médica, establecida en el artículo 13 de la ley. Esta disposición señala que se otorgará la licencia médica por períodos de hasta 15 días y puede prorrogarse por períodos iguales de forma continua o discontinua. Este plazo se extiende en el caso de las licencias médicas por media jornada en los casos de cáncer, trasplante de órgano sólido y fase o estado terminal de la vida, ya que podrá tener una duración hasta 30 días cada una de ellas, en virtud del artículo 14 de la misma ley. Se señala a su vez, que en el caso de accidente grave con riesgo de muerte o de secuela funcional grave y permanente la licencia médica solo podrá otorgarse a partir del día décimo primero de ocurrido el accidente.

En segundo lugar, dentro de las prestaciones, está el permiso, el cual tiene una duración variable. Pues bien, en caso de cáncer tendrá una duración de hasta 90 días por cada hijo o hija afectado por esa condición grave de salud, dentro de un período de 12 meses, contados desde el inicio de la primera licencia médica. Se aclara en el artículo 14, que el permiso podrá ser usado por hasta dos períodos continuos respecto del mismo diagnóstico. En caso de trasplante de órgano sólido y de progenitores hematopoyéticos tendrá una duración de hasta 90 días, y en caso de accidente grave tendrá una duración máxima de hasta 45 días, en relación al evento que lo generó. Ambos casos, será por cada hijo o hija afectado por esa condición grave de salud, contados desde el inicio de la primera licencia médica. A su vez, esta disposición permite que estos permisos puedan usarse por media jornada en aquellos casos en que el médico tratante prescriba que la atención, el acompañamiento o el cuidado personal del hijo o hija pueda efectuarse bajo esta modalidad

Por otra parte, en el artículo 16 de la ley se incluye el pago de un subsidio con cargo al Seguro, por el período de duración del permiso, si se cumple con los requisitos de afiliación y cotización que establece la ley, y este subsidio reemplaza la remuneración del trabajador o trabajadora. Esto último es importante para el sector público, ya que en virtud del artículo 106 del DFL N°29 de 2004 del Ministerio de Hacienda que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.334 sobre Estatuto Administrativo, los trabajadores del sector público que hagan uso de licencia médica, tienen derecho a que el empleador le pague el total de sus remuneraciones. Sin embargo, lo anterior no es aplicable, ya que las normas relativas a este seguro otorgan derecho a percibir un subsidio calculado conforme a lo previsto en el artículo 16⁸³ recién mencionado de esta ley, como se verá a continuación.

Para establecer el monto diario del subsidio, es necesario distinguir los siguientes casos.

⁸³ Dictamen SUSESO N°. 16.883, 5 de abril de 2018.

Para los trabajadores dependientes el monto diario se calculará sobre la base del promedio de las remuneraciones netas y de los subsidios por incapacidad de origen común, laboral o maternal, o bien de este Seguro, percibidos en los últimos tres meses calendarios anteriores más próximos al inicio del permiso. Respecto de los trabajadores independientes, el subsidio se calculará sobre la base de las rentas netas y subsidios percibidos dentro de los cinco meses anteriores más próximos al mes en que se inicia el permiso.

En todo caso, a partir del mismo artículo, el subsidio a que da lugar esta ley será imponible para previsión y salud de conformidad al artículo 17 del decreto N°3.500 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social de 1980. Y, durante el período en que el trabajador esté percibiendo este subsidio el empleador deberá continuar declarando y pagando las cotizaciones que son de su cargo.

III. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD ENTRE SECTOR PÚBLICO Y PRIVADO.

Revisados los derechos que componen la protección a la maternidad, paternidad y vida familiar, ahora es pertinente introducirnos en los objetivos específicos de este trabajo cual es analizar de forma comparativa a la luz de las nuevas regulaciones la protección a la maternidad, pero ahora en sus dos caras; una del sector público y otra del sector privado.

Para empezar, es necesario hacer ciertas precisiones, ya que existen matices en tal separación al existir instituciones cuyas regulaciones, en principio, son complejas de encasillar en uno u otro sector. Luego, en los siguientes párrafos, se analizará la realidad normativa de los sectores señalados, intentando ser fiel a la cronología de la historia legislativa en cada caso.

1) Alcances de la mujer trabajadora ante el ordenamiento jurídico.

Dada la incorporación creciente de la mujer en el mundo laboral, la cual según la encuesta Casen del año 2015, su fuerza laboral corresponde al 47,4%, ha aumentado con ello diversas problemáticas sobre los derechos que la amparan, por sobre todo en lo tocante a la protección a la maternidad. Si bien, el artículo 194 del Código del Trabajo establece una aplicación general de las disposiciones protectoras a la maternidad, debemos hacer ciertas precisiones en lo que dice relación con los diversos contratos de trabajo, con especial referencia al contrato a honorario que celebran las mujeres.

El contrato a honorario, no tiene una definición legal, sin embargo a partir de diversos elementos se ha definido como una convención en virtud de la cual una parte se encuentra obligada a prestar servicios específicos, por un tiempo determinado a favor de otro, el que a su vez se obliga a pagar una cierta cantidad de dinero por dichos servicios. Este contrato no puede tener una duración superior al necesario para desarrollar la labor

específica para la cual se celebró, lo cual a la simple lectura nos podemos dar cuenta que es un contrato totalmente distinto a un contrato de trabajo⁸⁴.

Esta situación especial, no se regula por el Código del Trabajo, sino que por el Código Civil, específicamente por las normas que regulan el arrendamiento de servicios inmateriales, contenidas en el art. 2006, que se refiere a los profesionales, técnicos o personas que prestan servicios con cierta independencia. Como consecuencia, según el Centro de Consultas Laborales de la Dirección del Trabajo, las personas que prestan sus servicios a honorarios no se rigen por el Código del Trabajo, de manera que no les asiste ninguno de los derechos de tal normativa⁸⁵. En este sentido, los derechos de protección a la maternidad y beneficios a los padres, no les serían aplicable a los trabajadores a honorarios, así como el resto de los derechos establecidos en el Código, como el pago de sobre tiempo, los feriados, indemnizaciones por años de servicio, etc.

Si bien, el contrato honorario, que corresponde a un contrato de arrendamiento de servicios, guarda similitud con el contrato de trabajo, desgraciadamente, los empleadores para tratar burlar la legislación del trabajo, celebran contratos a “honorarios”, en circunstancias que existe un verdadero contrato de trabajo, aun cuando se lo matice en algo⁸⁶.

Con todo, en el sector público, la jurisprudencia administrativa, en el dictamen N° 79.523 de la Contraloría General de la República⁸⁷, ha señalado que si bien, en conformidad al artículo 11 del Estatuto Administrativo, quienes trabajan por la Administración a honorarios no son servidores públicos, la principal norma reguladora de sus relaciones con ella es el propio acuerdo, por lo que las prerrogativas en los artículos 194 y siguientes del Código del Trabajo, le asistirán en la medida que así se hubiese acordado en el respectivo instrumento. En otras palabras, las normas de protección a la maternidad serán aplicables a las mujeres contratadas a honorario siempre y cuando se hayan incorporado en el convenio.

También en el sector público, se ha generado cierto cuestionamiento sobre la aplicación de derechos de protección a la maternidad a las trabajadoras a contrata. En esta materia, el dictamen N°2.963 de la Contraloría General de la Republica⁸⁸ del 26 de

⁸⁴ Moción parlamentaria Cámara de Diputados 1er trámite constitucional. Boletín n°6699-13 ingresó el 15 de septiembre de 2009.

⁸⁵ Consultado <http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-article-60764.html> consultado el 28 de octubre de 2017.

⁸⁶ THAYER ARTEAGA, William; NOVOA FUENZALIDA, Patricio, *Manual del Derecho del trabajo*, (Santiago, Editorial Jurídica, 2010), III, p. 48.

⁸⁷ Dictamen CGR N°79.523 del 28 de octubre del 2016, Normas de protección a la maternidad se aplican a las contratadas a honorarios en la medida que se hayan estipulado en el convenio.

⁸⁸ Dictamen CGR N°2963 del 26 de enero de 1999, a ex empleada de un hospital perteneciente a un servicio de salud, que al cesar en funciones por vencimiento del plazo del contrato, tenía un mes de embarazo, debe reincorporarse y pagársele remuneraciones por el tiempo que permaneció indebidamente alejada. ello, porque acorde art/201 del código del trabajo, la interesada estaba protegida por el fuero maternal, de modo que el empleador no podría poner término a su contrato sino, por las causales indicadas en el art/174 del mismo ordenamiento, entre las cuales se encuentra incluido el vencimiento del plazo, y previa autorización judicial, requisito este último que en el caso en estudio no se cumplió. Además, según el ya citado art/201, si por ignorancia del embarazo, lo cual ocurría en la situación en análisis, se dispone el termino del contrato en contravención al art/174, la medida ha de quedar sin efecto y la trabajadora volver a sus labores, para lo cual basta la sola

enero de 1999, señaló que las normas de protección a la maternidad poseen un ámbito amplio de aplicación, de manera que sus reglas benefician, entre otras, a las funcionarias de la Administración del Estado, cualquiera sea el régimen estatutario a que se encuentren sujetas, y con independencia de que sirvan al cargo como titular o a contrata, careciendo de relevancia, en este último caso, que el contrato tenga plazo fijo o indefinido, pues el legislador no distingue al respecto.

2) Situación de la mujer en el sector privado.

Respecto a los derechos de la mujer trabajadora del sector privado, a diferencia de las funcionarias públicas, se encuentran regulados fundamentalmente por el Código del Trabajo, sin perjuicio de ciertas leyes especiales establecidas para regular determinadas situaciones. Como consecuencia, en un plano deontológico, todos los derechos consagrados en el Código del Trabajo, indiscutiblemente regirán en su plenitud, y de la misma forma como lo establece ese cuerpo normativo.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener en cuenta ciertas modificaciones y nuevas prestaciones que se han incorporado en la batería de derechos protectores de la maternidad, particularmente, el permiso postnatal parental y el derecho a salas cunas. Lo anterior se debe a que estos mismos derechos, en la práctica, tienen una diferente aplicación, dependiendo del sector en que se encuentre la mujer trabajadora, o padre en los casos que corresponda; es decir, depende si se encuentra en el sector público o en el sector privado.

Como se pudo adelantar, durante el período en que el beneficiario hace uso del permiso postnatal parental, se otorga un subsidio por incapacidad laboral. Este subsidio, la Sucesión lo ha conceptualizado como “el beneficio previsional consistente en una prestación en dinero que se paga en reemplazo de la remuneración de la trabajadora o trabajador del sector público o privado, o en reemplazo de la renta de la trabajadora o trabajador independiente, siempre que se cumplan los requisitos que exige la ley”.⁸⁹

Tal beneficio, para los trabajadores del sector privado, se encuentra principalmente regulado por el DFL N°44 del año 1978, que fija normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado.

De acuerdo al artículo 197 bis del CT, la base de cálculo de subsidio que origine el permiso postnatal parental será la misma del subsidio derivado del descanso de maternidad a que se refiere el inciso primero del artículo 195 del mismo Código. En consecuencia, según el artículo 8° del Decreto con Fuerza de Ley N°44, la base del cálculo para la determinación del monto de los subsidios considerará los datos existentes

presentación del correspondiente certificado médico o de matrona, que la ocurrente acompañe. las reseñadas normas de protección a la maternidad poseen un ámbito amplio de aplicación, de manera que sus reglas benefician, entre otras, a las funcionarias de la administración del estado, cualquiera sea el régimen estatutario a que se encuentren sujetas y con independencia, también, de que sirvan el cargo como titular o a contrata, careciendo de relevancia, en este último caso, que el contrato tenga plazo fijo o indefinido, pues el legislador no distingue al respecto

⁸⁹ ROMANIK FONCEA, Katy, *Evolución de la Legislación sobre protección a la maternidad*, en Cuaderno de Investigación n°58 del Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Diciembre 2014, p. 62.

a la fecha de iniciación de la licencia médica y será una cantidad equivalente al promedio de la remuneración mensual neta, del subsidio, o de ambos, que se hayan devengado en los tres meses calendario más próximos al mes en que se inicia la licencia.

El monto diario de este subsidio no podrá exceder del equivalente a las remuneraciones mensuales netas, subsidios o de ambos, devengados por las trabajadoras dependientes en los tres meses anteriores más próximos al séptimo mes calendario que precede al del inicio de la licencia, dividido por noventa, aumentada en el 100% de la variación experimentada por el Índice de Precio al Consumidor en el período comprendido por siete meses anteriores al mes precedente al del inicio de la licencia, e incrementada en un 10%. Luego, el artículo octavo señala que los tres meses referidos precedentemente, deberán estar comprendidos dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al séptimo mes calendario que precede al mes de inicio de la licencia. Si dentro de dicho período sólo se registraren uno o dos meses con remuneraciones y/o subsidios, para determinar el límite del subsidio diario, se dividirá por 30 o 60, respectivamente.

A su vez, el artículo 17 del mismo decreto, dispone que el monto diario de los subsidios, no podrá ser inferior a la trigésima parte del cincuenta por ciento del ingreso mínimo que rija para el sector privado. Con todo, tratándose de trabajadores que tengan más de un empleador o que revistan a la vez, las calidades de trabajador dependiente e independiente, tendrán derecho a este subsidio mínimo en el evento que la suma de los subsidios que hubieren devengado en un mismo período no supere el monto de aquel.

Por otra parte, los trabajadores independientes tendrán derecho a este permiso, el cual podrán ejercer por doce semanas, percibiendo la totalidad del subsidio, o por dieciocho semanas, percibiendo la mitad de aquel, además de las rentas o remuneraciones que pudieren percibir, dando aviso a la entidad pagadora del subsidio antes del inicio del período. La base de cálculo de este subsidio también será la misma del descanso de maternidad a que se refiere el artículo 195 en su inciso primero.

Todo lo anterior, es una regulación general respecto al cálculo del subsidio para quien tome el permiso posnatal parental, tanto para una trabajadora del sector privado, como para una del sector público. Sin embargo, actualmente para las trabajadoras del sector privado, rige un tope para el monto del subsidio.

El tope establecido para el subsidio por maternidad va a depender de la modalidad en que la madre tome el descanso. Pues bien, si el descanso se extiende a 24 semanas, incluyendo el posnatal normal y posnatal parental, el subsidio es equivalente a la remuneración, con tope de 73,2 UF. En cambio, si el descanso es de 12 semanas de descanso completo para las madres y a continuación de 18 semanas media jornada. En esta segunda etapa se cancelará el 50% del subsidio, con un tope consistente en 36,6 UF⁹⁰.

Sin embargo, una de las características del trabajo en el sector privado, que contrarresta en algún sentido los efectos de la existencia de topes al monto de los

⁹⁰ Contenido disponible en <https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/ver/8647>, consultado el 15 de octubre de 2017.

subsidios, es la posibilidad de renegociar las remuneraciones. En efecto, muchas empresas convienen vía negociación colectiva, la mantención de la renta total, lo que no es posible en el sector público⁹¹.

3) Funcionarias públicas a la luz de la evolución normativa.

La situación de las mujeres en el sector público ha sido diferente en ciertas materias en relación a las funcionarias del sector privado. Como se ha señalado con anterioridad, las normas protectoras de la maternidad que rigen para las funcionarias públicas son las que señala el Código del Trabajo. Pero, la diferencia radica principalmente a que ellas se encuentran regidas por el Estatuto Administrativo, y con ello, les son aplicables otras normas especiales.

A su vez, el estado de cosas de hoy en día en el sector público, no ha sido invariable a través del tiempo en materia de protección a la maternidad. Las formas de operar de determinados derechos, desde el punto de vista de las funcionarias públicas, han ido avanzando en pro a las funcionarias, pero también han ido retrocediendo en su contra.

Por lo mismo, es necesario a continuación revisar ciertas normas aplicables al sector público que han cambiado el panorama regulativo de la maternidad -que en principio era general- por una regulación específica, que ha beneficiado, y en ocasiones afectado a la mujer trabajadora del sector público.

a) Consagración del derecho a la remuneración íntegra a la luz del DFL n°1 año 2006.

En comparación a la regulación establecida para el sector privado, donde el subsidio para el permiso postnatal parental se encuentra limitado por un tope máximo, para los funcionarios públicos, en virtud del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del año 2006 del Ministerio de Salud, en principio, el subsidio para esta prestación no tiene límite alguno.

Concretamente el artículo 153 de este decreto, establece el derecho a licencia médica por enfermedad, por descanso de maternidad, o enfermedad grave del hijo menor de un año y el derecho a permiso postnatal parental del personal afecto al Estatuto Administrativo. Para tales eventos, esta disposición señala que los trabajadores tienen derecho, durante el goce de la licencia y el permiso postnatal parental, a la mantención del total de sus remuneraciones, y su pago corresponderá al servicio o institución empleadora, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 12 de la Ley N° 18.196.

En otras palabras, a partir del artículo 153 del DLF n°1 del Ministerio de Salud, a los funcionarios públicos que utilicen el permiso de posnatal parental, no se les aplica el tope máximo señalado para el sector privado para dicho subsidio, ya que este se consagra el derecho a la remuneración íntegra.

⁹¹ CIFUENTES LILLO, Hugo; ARELLANO ORTIZ, Pablo; WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *Protección por Maternidad y Permiso Posnatal Parental*, en Revista Laboral Chilena, n°11, Noviembre 2011, p. 54.

Sin embargo, esta normativa particular para esta categoría de trabajador tiene una excepción en relación con el tope del subsidio posnatal parental establecida en el artículo 6 de la ley N°20.545 en donde expresamente se establece que el artículo 153 no es aplicable en esta materia⁹²

b) Regulación del subsidio por permiso posnatal parental a propósito de la creación de la Ley N°20.545.

La Ley N° 20.545 del año 2011, como lo establece su nombre, modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso posnatal parental. Respecto a este último permiso, en su texto original, la ley estableció un cambio en la aplicación de la norma que contiene el derecho a la remuneración íntegra referida anteriormente.

El artículo sexto de esta ley, señala que las y los funcionarios del sector público establecidos en el artículo 194 del Código del Trabajo, tendrán derecho al permiso posnatal parental y al subsidio que éste origine en los mismos términos del artículo 197 bis de ese cuerpo legal. Pero indicaba este artículo, hasta antes del año 2016, que a este subsidio se le aplicarán las normas correspondientes del Decreto con Fuerza de Ley N°44 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social del año 1978. Es decir, en lo que dice relación a este subsidio, se aplicarán las mismas reglas que rigen para el sector privado.

A su vez, el legislador fue más allá de una mera enunciación sobre la igual aplicación de un mismo régimen a dos sectores distintos, ya que en el inciso segundo de la misma disposición, expresamente estableció que a este permiso no le será aplicable lo dispuesto en el artículo 153 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Salud antes visto. De esta forma, los funcionarios públicos están sujetos al mismo tope máximo remuneracional para el uso de este permiso, al igual que los trabajadores beneficiarios del sector privado, sin poder ejercer su derecho a mantener su remuneración íntegra, como lo establece el decreto con fuerza de ley n°1 del Ministerio de Salud del año 2006.

En el mismo orden de ideas, la Superintendencia de Seguridad Social, en su oficio n°17.341 del año 2016, señaló que por otra parte, el artículo 7 del D.S n°1.433 del año 2011, del Ministerio de Hacienda, que aprobó el Reglamento para la aplicación del derecho al permiso posnatal parental establecido en la ley N°20.545, para el sector público; “las funcionarias que hagan uso del permiso posnatal parental de doce semanas a continuación del período posnatal, recibirán un subsidio cuya base de cálculo será la misma del subsidio por descanso de maternidad a que se refiere el inciso primero del artículo 195 del Código del trabajo. Este subsidio será calculado conforme a lo dispuesto en el decreto con fuerza de ley n°44, de 1978”.

En consecuencia, a partir de esto, se concluye, que durante el permiso posnatal parental, no les será aplicable a las funcionarias y funcionarios públicos el derecho a la remuneración íntegra.

⁹² ARELLANO ORTIZ, Pablo, *Lecciones de Seguridad Social*, (Santiago, Librotecnia, 2017), p. 274.

c) Sentencia del Tribunal Constitucional N° rol 2250 del año 2013 sobre la inaplicabilidad del artículo sexto introducido por la ley N°20.545.

A partir de la entrada en vigencia de la ley N°20.545 en el año 2011, como primera impresión se puede observar que las nuevas normas crearon un escenario desfavorable para los funcionarios públicos, toda vez que el artículo sexto les hace desaparecer la posibilidad de mantener la integridad de sus remuneraciones al tomar el permiso postnatal parental.

Po lo anterior, Carolina Llanos, Luz Celedón y Paola Rivas, todas juezas titulares, el 14 de junio del año 2012⁹³, requirieron la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dicho artículo. Los argumentos más importantes son los siguientes.

En primer lugar, señalan que el nuevo artículo 197 bis del CT permite que las mujeres con un sueldo superior al tope indicado del subsidio, gocen del permiso a medio tiempo con dicho subsidio y se reincorporen al trabajo a media jornada con al menos un 50% de sus remuneraciones. Esto se entiende cuando las remuneraciones son negociables, sin embargo eso no ocurre en el sector público.

En segundo lugar, exponen que antes de la entrada en vigencia de la esta nueva ley, para las funcionarias públicas, no había tope para el subsidio por el descanso por maternidad posnatal, ya que únicamente estaban regidas por el art. 153 del DFL N°1 del año 2006 del Ministerio de Salud.

Como consecuencia de la aplicación del artículo sexto de la nueva ley, las requirentes señalan que sus ingresos disminuirían cerca del 70%, dado que el tope de remuneraciones imponibles, en ese momento ascendía a 67,4 UF.

En tercer lugar, señalan que también se les había notificado de la pérdida del bono de gestión institucional. A su vez, sólo se dejó a salvo del tope por subsidio la asignación de zona para los funcionarios de zonas extremas, porque no es imponible, y por lo mismo no ingresaba al cálculo del subsidio.

Todo lo anterior, provoca, bajo el parecer de las requirentes, una serie de infracciones que van desde la vulneración de garantías constitucionales hasta la de tratados internacionales específicos en la materia. Así, se vulneraría el artículo primero de la Constitución que consagra la protección a la familia, el inciso segundo de su artículo 5° en relación a los artículo s7, a), i) y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativo al salario equitativo e igual, por trabajo de igual valor, y a la protección a la maternidad. También se infringirían los artículos 1° y 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer del año 1989, en lo que dice relación a la no discriminación de la mujer en el empleo. y finalmente, consideran vulnerado el artículo 19n°18 sobre el derecho a la

⁹³ Sentencia N° Rol 2250 de Tribunal Constitucional 18 de junio 2013.

seguridad social, y el deber de progresividad y mayor cobertura posible establecido respecto de los derechos de seguridad social, establecido en el art. 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La vulneración más importante de garantías constitucionales que señalan, es la igualdad ante la ley, reconocida en el artículo 19 n°2 de la Constitución. Para fundamentar esto, sostienen que en la práctica, únicamente para las funcionarias públicas judiciales con remuneraciones superiores al tope imponible, no existe el derecho al subsidio por la remuneración completa en el permiso posnatal parental, siendo la maternidad el elemento diferenciador respecto de todos los funcionarios públicos que conservan remuneración completa en todo caso de subsidio, aun cuando concurre el mismo derecho al subsidio contemplado en el DFL N° 44 aludido y la maternidad es la misma para ambos casos, esto es, permiso de maternidad posnatal y permiso posnatal parental.⁹⁴

En segundo lugar, estiman que se vulnera tal garantía, toda vez que en el caso de licencias médicas, por otras causas diferentes a la maternidad, tiene aplicación lo establecido en el art. 153 del Decreto con Fuerza de Ley n°1 del año 2006 del Ministerio de Salud. Es decir, frente a otros motivos señalados en la licencia médica, el derecho al pago de las remuneraciones es total, sin tope alguno.

Además, consideran que esta infracción a la igualdad ante la ley, al tomar como elemento diferenciador la maternidad, está fundada en razón de sexo, ya que quienes toman la mayoría de este permiso son las mujeres, y no los funcionarios hombres.

Sin embargo, como lo sostuvo la parte requerida y como así lo entendió la Magistratura Constitucional, la parte requirente confundió dos beneficios sustancialmente distintos, como es el permiso posnatal puerperal y el permiso posnatal parental.

La causa de esta diferencia sustantiva radica, principalmente, en que el permiso posnatal parental es una prestación nueva, inexistente hasta el año 2011, con un solo estatuto, que es distinto del subsidio del postnatal de las 12 semanas siguientes al parto que preexistía con anterioridad a esta ley.

Una principal diferencia sustancial como lo señala el considerando séptimo del fallo en comento, dice relación con los fundamentos y fines de ambos permisos; mientras que el descanso por maternidad encuentra sus fundamentos en la salud de la mujer, que se encuentra en vulnerabilidad producto del embarazo, el permiso posnatal parental, se preocupa del recién nacido, teniendo como finalidad el mejor desarrollo psicológico del

⁹⁴ El considerando tercero del respectivo fallo indica: *que, en otras palabras, según este primer capítulo, se estaría vulnerando la igualdad de trato entre funcionarios públicos de renta superior al tope, puesto que las mujeres funcionarias que gozan automáticamente de su permiso posnatal parental, una vez expirado el descanso posnatal por maternidad, ven significativamente reducida su renta, la que alcanza sólo hasta el tope durante el permiso posnatal parental, en circunstancias que a todos los otros funcionarios y funcionarias públicas que gozan del subsidio por licencia médica, se les mantiene el total de la remuneración, incluso superior al tope e independientemente de la remuneración que perciban. Ello, además, redundaría en la infracción de otros derechos asegurados constitucionalmente, tales como ciertos derechos garantizados por tratados internacionales de derechos humanos, cuales son el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, las condiciones de trabajo no discriminatorias para la mujer, especialmente en función de sus procesos reproductivos, así como otros derechos establecidos en la misma Constitución, tales como la seguridad social y el derecho a la intangibilidad de la esencia de los derechos garantizados constitucionalmente.*

menor, fortaleciendo el apego del mismo a sus figuras parentales, es decir, cualquiera de ambos progenitores en sus respectivos roles ⁹⁵. La consecuencia práctica de esta distinción se puede verificar en caso de fallecimiento del hijo durante el parto, o con posterioridad a éste. Esto se debe porque sin perjuicio de su fallecimiento, la mujer aún tiene derecho al posnatal pero no así, al post posnatal parental.

Otra diferencia esgrimida por esta Magistratura, dice relación con la posibilidad de ceder tales permisos. El permiso posnatal puerperal no es posible de ceder al padre, pero sí se puede ceder al padre el permiso posnatal parental, incluso cuando ambos padres están vivos, cumpliendo con las exigencias que establece la ley.

Guarda relación con lo anterior, la disponibilidad de estos permisos. El permiso posnatal puerperal, es indisponible, señala este tribunal, absolutamente. Mientras que el posnatal parental, se puede renunciar parcialmente, pudiendo la mujer volver a su trabajo por media jornada, recibiendo la mitad del subsidio, y más la mitad de sus estipendio pactado.

Finalmente, una diferencia transcendental para este caso, es la que dice relación con el régimen de subsidio que corresponde a cada permiso, aun cuando para ambos permisos procede un subsidio que se calcula de la misma manera y tiene la misma fuente de financiamiento, como así lo aclara el considerando decimoquinto del fallo.

Pues bien, en el permiso posnatal puerperal, la licencia médica la cual el permiso se formaliza, viene a constituir la causa del derecho al subsidio, el cual se otorga por incapacidad laboral temporal, es decir, se asimila a una enfermedad común o no profesional o accidental del trabajo⁹⁶

En cambio, en el caso del permiso posnatal parental, el subsidio deriva directamente de la ley que otorga automáticamente el permiso mismo, sin siquiera requerir aviso previo como solución de continuidad, es decir es un beneficio de seguridad social per se, puro, que no se asimila a una enfermedad o incapacidad temporal laboral

En concordancia con lo anterior, el artículo 12, incisos primero y segundo, de la Ley N°18.196 de 29 de diciembre, de 1982, dispone el pago del subsidio por

⁹⁵ Considerando séptimo fallo del respectivo fallo indica: "El permiso posnatal parental es un nuevo beneficio de seguridad social, sui géneris, de naturaleza jurídica diversa al descanso por maternidad, previsto tradicionalmente en la legislación laboral, sea este último prenatal o posnatal puerperal. Las diferencias entre ambos son evidentes y las perfilaremos a continuación"

⁹⁶ El considerando decimoquinto del respectivo fallo indica: "Que, efectivamente, tanto en el caso de permiso posnatal puerperal como del permiso posnatal parental, procede un subsidio que se calcula de la misma manera, y tiene la misma fuente de financiamiento, pero cuya naturaleza es diversa. Así las cosas, en caso de permiso posnatal puerperal, la licencia médica mediante la cual éste se formaliza, una vez aprobada real o presuntivamente, en los términos de los artículos 25, 26 y 37 del Decreto Supremo N° 3, de Salud, de 28 de mayo de 1984, es la causa del derecho al subsidio, el cual se otorga por incapacidad laboral temporal, es decir, se asimila a una enfermedad común o no profesional o accidental del trabajo. En cambio, en el caso del permiso posnatal parental, el subsidio deriva directamente de la ley que otorga automáticamente el permiso mismo, sin siquiera requerir aviso previo como solución de continuidad, en los términos del artículo 197 bis, inciso décimo, del Código del Trabajo, es decir, es un beneficio de seguridad social per se, puro, que no se asimila a una enfermedad o incapacidad temporal laboral. Con todo, la licencia médica se considera como referente también en este caso, según dispone el artículo 5° del D.F.L. N° 44, de 24 de julio de 1978, conforme al cual: "El subsidio que origina el permiso posnatal parental establecido en el artículo 197 bis del Código del Trabajo se otorgará sobre la base de la licencia médica por reposo postnatal y conforme a las instrucciones que imparta la Superintendencia de Seguridad Social". (Lo destacado es nuestro). Porque el subsidio posnatal puerperal en sí, conforme al artículo 15 del D.F.L. N° 44, dura sólo hasta el término de la correspondiente licencia;



incapacidad laboral temporal en caso de licencia médica al servicio o institución pública empleadora y no a la trabajadora. En consecuencia, el tribunal en el considerando vigesimosexto establece que son estas normas que “*acuerdan el beneficio de la remuneración completa durante el goce de la licencia médica, la que sólo se otorga en el caso del permiso posnatal puerperal y no en el posnatal parental*”.

Por lo tanto, el artículo 153 del DFL n°1 del año 2006, viene a confirmar, desde la perspectiva de las entidades obligadas al pago del subsidio por incapacidad laboral temporal derivado de licencia médica en cualquiera de las hipótesis en que ésta procede sobre la base de la licencia médica, como la enfermedad, descanso de maternidad – puerperal- o enfermedad grave del hijo menor, entre otros, que se aplica el Estatuto Administrativo, en términos que “el derecho a licencia... se regirá por lo establecido en dicho cuerpo legal”⁹⁷. De donde se sigue que el beneficio se acuerda por el uso de la licencia médica y no por el permiso posnatal en especial. Y dado, que sólo el permiso posnatal puerperal se otorga bajo la forma de licencia médica, dicho beneficio no se extiende al permiso posnatal parental, por el solo mérito del artículo 153 citado.⁹⁸

El Tribunal, además, toma en cuenta lo que establece el artículo 111 del Estatuto Administrativo sobre la licencia médica. Esta norma entiende que la licencia médica es el derecho que tiene el funcionario de ausentarse o reducir su jornada de trabajo durante un determinado lapso de tiempo, con el fin de atender al restablecimiento de su salud, en cumplimiento de una prescripción profesional certificada por un médico cirujano, cirujano dentista o matrona, según corresponda, autorizada por el competente Servicio de Salud o Institución de Salud Previsional, en su caso. Después, añade que durante su vigencia el funcionario continuará gozando del total de sus remuneraciones. Se concluye en virtud de esta disposición, que el derecho a percibir la totalidad de la remuneración de la funcionaria emana de esta norma legal y está fundado en el hecho de gozar una licencia médica, por cualquiera causa, y no en la circunstancia específica de estar gozando de permiso posnatal puerperal o parental, ni de algunos de los subsidios correspondientes a tales permisos.

Por lo tanto, la aplicación de la parte del artículo sexto impugnado no es decisiva, ya que el artículo 153 del DFL n°1 del año 2006, no es aplicable a dicha especie

⁹⁷ En conformidad a lo dispuesto en el artículo 153 inciso primero DFL n°1 del Ministerio de Salud del año 2006.

⁹⁸ Considerando vigesimosexto del respectivo fallo indica: “*Que, en las condiciones señaladas, resulta de toda evidencia que son las normas legales recién referidas – y no otras – las que acuerdan el beneficio de la remuneración completa durante el goce de la licencia médica, la que sólo se otorga en el caso del permiso posnatal puerperal y no en el posnatal parental. Por lo mismo, lo establecido en el artículo 153 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 24 de abril de 2006, no es sino reconfirmar y reiterar, ahora desde el ángulo o perspectiva de las entidades obligadas al pago del subsidio por incapacidad laboral temporal derivado de licencia médica (en general, ISAPRE o FONASA), en cualquiera de las hipótesis en que ésta proceda sobre la base de licencia médica (enfermedad, descanso de maternidad – puerperal – o enfermedad grave del hijo menor, entre otros), que se aplica el Estatuto Administrativo, en términos que “El derecho a licencia... se regirá por lo establecido en dicho cuerpo legal”. (Artículo 153, inciso primero, del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2006). De donde se sigue que el beneficio se acuerda por el uso de licencia médica y no por el permiso posnatal en especial. Y, dado que sólo el permiso posnatal puerperal se otorga bajo la forma de licencia médica, dicho beneficio no se extiende al permiso posnatal parental, por el solo mérito del artículo 153 citado. Es por ello que el inciso segundo del citado artículo 153 concluye señalando que: “Estos trabajadores tendrán derecho, durante el goce de la licencia, a la mantención del total de sus remuneraciones y su pago corresponderá al Servicio o Institución empleadora, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley N° 18.196”. Es decir, no procede subsidio sino remuneración, aunque el monto del subsidio se traspasa al empleador público*”.

de todas maneras por el mérito de lo que establece este artículo en relación al artículo 11 del Estatuto Administrativo, pero no es porque el artículo sexto en la parte impugnada, declare que no le es aplicable.

Por otra parte, a juicio del Tribunal, la aplicación de la norma impugnada no produce efectos inconstitucionales como señalan las partes requirentes.

Respecto a la diferencia de trato que señalan, respecto de personas puestas en la misma situación, es una diferencia aparente más que real. El Tribunal señala que la situación del permiso postnatal puerperal es objetivamente distinta a la del permiso postnatal parental.

En efecto, el considerando vigesimonoveno señala lo siguiente: *“la raíz de tal diferenciación radica en que el permiso puerperal enfoca la maternidad desde el punto de vista biológico de la mujer, asimilando por ello legalmente la etapa terminal e inmediatamente posterior del proceso reproductivo a una enfermedad, sin ser tal, dada la vulnerabilidad y sensibilidad que ella puede provocar en la salud de la mujer. En cambio, el permiso parental se centra fundamentalmente en el desarrollo psicológico del menor, mediante el apego a cualquiera de las figuras parentales progenitoras, aunque primariamente a la madre, de donde se sigue que no se funda en la vulnerabilidad ni sensibilidad de la salud de la mujer, ni aun por asimilación. Consecuentemente, desde la perspectiva operacional, el permiso posnatal parental no está causado por una enfermedad que se cubra con la licencia médica que sirva de base para un subsidio por incapacidad laboral temporal que, a su vez, en el sector público en realidad no se paga, sino que se reemplaza por la mantención de la remuneración, como un beneficio estatutario remuneracional o retributivo que se radica más allá del estado de necesidad de salud propiamente tal, provocado por una enfermedad o un evento legalmente asimilado a ella”*.

Finalmente, el Tribunal Constitucional resuelve rechazando el requerimiento de inconstitucionalidad deducido, en cuanto pide se declare inaplicable la norma contenida en el inciso segundo, primera parte del artículo 6° de la ley N° 20.545.

d) Protocolo de Acuerdo suscrito entre el gobierno, la Central Unitaria de Trabajadores y la Mesa del Sector Público, y el Protocolo de Acuerdo suscrito entre el Gobierno y la Agrupación Nacional de Empleados Fiscales.

A partir de las diversas problemáticas que aquejaron a las funcionarias públicas a partir de la nueva Ley N°20.545 que crea el nuevo permiso posnatal parental, a través del Protocolo de Acuerdo con la Mesa del Sector Público, coordinada por la Central Unitaria de Trabajadores suscrito en noviembre del año 2014, y el Protocolo de Acuerdo con la Agrupación Nacional de Empleados Fiscales, se estableció que “durante el 2015 se enviará un proyecto de ley para que durante el período de permiso posnatal parental de las funcionarias públicas se les pague la remuneración con igual tratamiento que en el caso del descanso posnatal”.

Del mismo modo, se consideró el cuidado infantil, acordándose la necesidad de avanzar en una modificación legal que habilite el ejercicio del derecho a cuidado infantil por cualquiera de los padres en el caso que ambos sean funcionarios públicos.⁹⁹

e) Nueva Ley N° que perfecciona el permiso posnatal parental y el ejercicio del derecho a sala cuna para las funcionarias y funcionarios públicos.

La nueva Ley N°20.891 que perfecciona el permiso posnatal parental y el ejercicio del derecho a sala cuna para las funcionarias y funcionarios públicos que indica, fue publicada el 22 de enero del año 2016. Su contenido más importante para efectos de este trabajo, es el señalado a continuación.

En primer lugar, una modificación muy importante respecto del permiso postnatal está contenida en su primer artículo, cual es la eliminación de la siguiente frase del inciso segundo del artículo 6 de la ley N°20.545: “A este permiso no le será aplicable lo dispuesto en el artículo 153 del Decreto con Fuerza de Ley sistematizado del decreto ley N°2.763 de 1979, y de las leyes N°18.933 y N°18.469”. Lo que permite concluir que esta ley viene a restablecer beneficios antes aplicados para las funcionarias públicas, como es permitir la continuación del percibimiento de la remuneración íntegra.

Sin perjuicio de lo anterior, la ley fue más clara, concretamente su artículo 4°, al agregar al artículo 111 del Estatuto Administrativo, el siguiente inciso segundo: “durante el período de permiso posnatal parental regulado en el artículo 197 bis del Código del Trabajo, los funcionarios que hagan uso de él también continuarán gozando del total de sus remuneraciones”

En la misma línea, el artículo 5° de esta ley, agrega al artículo 110 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, el siguiente inciso segundo: “Durante el período de permiso posnatal parental regulado en el artículo 197 bis del Código del Trabajo, los funcionarios que hagan uso de él también continuarán gozando del total de sus remuneraciones”.

Otra novedad de esta ley es lo que dice al acceso a las salas cunas. Antes de esta ley, la obligación de sala cuna recaía únicamente en el empleador de la mujer, con el riesgo de limitar el acceso a salas cunas en el caso que no hayan cupos.

Esta ley, en su artículo 12, señala que en caso que ambos padres de un hijo menor de dos años sean funcionarios públicos de algún ministerio o servicio público, que dependa o se relacione con el Gobierno a través de él, la madre podrá elegir que su empleador cumpla con la obligación establecida en el artículo 203 del CT, en la sala cuna que disponga el servicio público empleador del padre, siendo financiado por la institución

⁹⁹ Historia de la ley N°20.891, mensaje en sesión 87, 28 de octubre de 2015. Legislatura 363, contenido disponible en el siguiente link <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4821/> consultado el 9 de noviembre de 2017.

empleadora de la madre. Cabe comentar, que la responsabilidad de sala cuna, sigue siendo de la entidad empleadora de la madre, pero se da la opción que el cumplimiento de esta obligación se realice en la entidad empleadora del padre.

También, en el artículo 13, regula el caso en que ambos padres de un hijo menor de dos años sean funcionarios públicos de alguna municipalidad o universidad estatal. En ese caso, la madre podrá elegir que su empleador cumpla con la obligación establecida en el artículo 203 del CT en la sala cuna que disponga el servicio público empleador del padre, siempre que exista un convenio entre las instituciones empleadores de la madre y el padre. A su vez, señala que lo anterior, también será aplicable cuando uno de los padres sea funcionario de las instituciones antes indicadas y el otro sea funcionario de los servicios señalados en el inciso primero del artículo 12 señalado recientemente.

Respecto del cupo, se da una solución en el inciso segundo del artículo 12. Se señala que la funcionaria que opte por hacer uso del beneficio establecido en el inciso anterior deberá dar aviso a su empleador, el cual solicitará a la institución empleadora del padre la disponibilidad de cupo para ello. En caso de existir cupos limitados, el personal de la institución empleadora del padre tendrá derecho preferente y la institución a la cual pertenece la funcionaria deberá dar cumplimiento al derecho a sala cuna conforme al artículo 203 del CT.

IV. CONCLUSIONES

En primer lugar, una conclusión de carácter general de este trabajo, es el rol importante que tiene la maternidad en la sociedad, de manera que la legislación se hace cargo de aquella protegiéndola a través de diversos mecanismos, cuyo lineamiento principal es el bienestar propio de la sociedad, y para ello no agrava – o intenta no agravar- más la situación de la mujer en estado de embarazo, que luego se traduce en no afectar al desarrollo del recién nacido. Así, derechos como el descanso, fuero, subsidios, entre otros, reflejan la preocupación del legislador de esta realidad humana como es la maternidad, y las consecuencias que ella implica. En este sentido, las nuevas prestaciones que se han creado, como el permiso posnatal parental, vienen a concretizar el derecho de todas las personas a la seguridad social.

En segundo lugar, en lo que dice relación con la aplicación de ciertos derechos, si bien el Código del Trabajo asegura una aplicación universal, en la práctica debemos distinguir entre sector público y privado. Principalmente esto está dado por el hecho de que los funcionarios públicos tienen un régimen estatutario.

Sin embargo, es a partir de esta distinción que resulta complejo sostener que los derechos que se han ido incorporando en estos últimos años, han sido establecidos en favor de ambos sectores de forma equitativa. Pues bien, observamos un ir y venir de derechos en el sector público, que hasta antes del año 2016, era el sector más desventajado. Esto principalmente ocurre con el derecho del permiso posnatal parental. En efecto, el tope de este subsidio, aplicado al sector privado, no existía para los trabajadores públicos, pero luego de la entrada en vigencia de la ley N°20.545, se empezó a aplicar, desconociendo el legislador las diferentes realidades en que se desenvuelven

ambos sectores, como por ejemplo, la posibilidad de renegociar las remuneraciones en el caso del sector privado.

Como consecuencia de lo anterior, otra conclusión a la que se puede arribar dice relación con el caso de las juezas analizado en el segundo capítulo de este trabajo. Pues bien, ante el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma que le prohíbe al sector público mantener sus remuneraciones, el Tribunal Constitucional señala que las requirentes confunden dos prestaciones totalmente distintas, como son los permisos generales por maternidad –prenatal y posnatal- y el permiso posnatal parental. Sin embargo, esto significa desatender a la naturaleza misma de este último permiso, el cual es un derecho, y que a su vez, se encuentra estrechamente relacionado con los descansos generales de maternidad, por sobre todo con el posnatal, ya que el permiso posnatal parental viene a sucederlo de forma automática, sin requerir para ello de licencia médica; el legislador habla de una carta certificada. Por lo mismo, es absurdo que se desnaturalice este derecho y se supedite a la exigencia de la licencia médica, cuando para su procedencia, en virtud de la ley, no se necesita. Esto sumado a la situación de que este permiso en cuanto a derecho, es irrenunciable; las funcionarias deben elegir entre recibir el subsidio con tope o volver al trabajo a media jornada recibiendo un 50% de remuneración, no pudiendo renunciar a este permiso, considerando que era una práctica habitual para mantener sus remuneraciones. Si bien pueden ser permisos diferentes, como lo señaló la Magistratura, la modalidad del subsidio del permiso posnatal parental –con o sin tope- es de importancia, ya que las trabajadoras necesariamente se verán enfrentadas a una disyuntiva entre dos casos que en ningún de ellos logrará volver a su situación económica anterior al permiso posnatal parental.

Sin embargo, pese a los esfuerzos del Tribunal Constitucional en argumentar sobre el rechazo de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo sexto, que afectaba directamente a los trabajadores del sector público, el año 2016 entró en vigencia la ley N°20.891, modificando ese artículo en particular y estableciendo otras modificaciones y creando otros derechos.

Finalmente, se puede concluir que el panorama de una trabajadora del sector público en cuanto a normas de protección a la maternidad, a partir de la nueva ley N°20.891 es más favorable que el de la trabajadora del sector privado. Una de estas ventajas es que para las funcionarias no rige el mismo tope de remuneración que se exige en el sector privado para el mismo subsidio. Y, en materia de sala cuna, si bien la obligación legal de proveer este derecho, sigue siendo del empleador de la funcionaria, la ley habilita dar cumplimiento a esta obligación en los términos que indica, como es el derecho de opción de la madre de ejercer su derecho a sala cuna en la entidad empleadora del padre, existiendo por lo tanto, más acceso a la sala cuna.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARELLANO ORTIZ, Pablo, *Lecciones de Seguridad Social*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2017.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Conciliación de trabajo y vida familiar, un análisis desde la perspectiva del Derecho del Trabajo chileno*, en Revista de Derecho volumen 16, Julio 2004.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, IV*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Código del Trabajo sistematizado con jurisprudencia*, III, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2012.
- CIFUENTES LILLO, Hugo; ARELLANO ORTIZ, Pablo; WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *Protección por maternidad y permiso posnatal parental*, en Revista Laboral Chilena, n°11, Noviembre 2011.
- GAMONAL, Sergio y GUIDI MOGGIA, Caterina, *Manual del contrato de Trabajo*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2015.
- HUMERES NOGUER, Héctor, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, I: Derecho individual del trabajo y procedimiento laboral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2016.
- LANATA FUENZALIDA, Gabriela, *Contrato individual de Trabajo*, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2010.
- MELIS VALENCIA, Christian y SÁEZ CARLIER, Felipe, *El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009.
- MORAGA NEIRA, René, *Código del Trabajo comentado*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009.

- ROJAS MIÑO, Irene, *Derecho del trabajo, derecho individual del trabajo*, Legal Publishing, Santiago, 2015.
- ROMANIK FONCEA, Katy, *Evolución de la legislación sobre protección a la maternidad*, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago de Chile, Diciembre 2014.
- THAYER ARTEAGA, William, *Texto y comentario del Código del Trabajo*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2002.
- THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio, *Manual del derecho del trabajo*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2009.
- THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio, *Manual del derecho del trabajo*, Tomo III, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2010.
- VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Valetta Ediciones, Buenos Aires, 2017.
- WALKER ERRÁZURIZ, Francisco y ARELLANO ORTIZ, Pablo, *Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2016.

LEYES CITADAS

- Ley N° 18.196 del Ministerio de Hacienda, normas complementarias de administración financiera, personal y de incidencia presupuestaria, publicado en el D.O el 29 de diciembre de 1982.
- Ley N° 18.883 del Ministerio del Interior, aprueba Estatuto Administrativo para funcionarios municipales, publicado en el D.O el 29 de diciembre de 1989
- Ley N°19.620 del Ministerio de Justicia, dicta normas sobre adopción de menores, publicado en el D.O el 5 de agosto de 1999.
- Ley N°20.545 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social; subsecretaría del trabajo, que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental, publicado en el D.O el 17 de octubre de 2011
- Ley n° 20.764, del Ministerio del Trabajo y previsión social; subsecretaría del trabajo, que modifica el código del trabajo en materia de protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar y establece un permiso por matrimonio del trabajador, publicado en el D.O. el 18 de julio del 2014.
- Ley N° 20.891 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, perfecciona el permiso posnatal parental y el ejercicio del derecho a sala cuna para los funcionarias y funcionarios públicos que indica, publicado en el D.O el 22 de enero de 2016.
- Ley N°21.010 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, extiende y modifica la cotización extraordinaria para el seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y crea el fondo que financiará el seguro para el acompañamiento de los niños y niñas, publicado en el D.O el 28 de abril de 2017.

DECRETOS CON FUERZA DE LEY CITADOS

- Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Salud; subsecretaría de salud pública, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DL n° 2.763 del 1979 y de las leyes N° 18933 y N° 18469, publicada en el D.O el 24 de abril de 2006

DFL n° 29 del Ministerio de Hacienda, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N°18.834 sobre Estatuto Administrativo, publicado en el D.O el 16 de marzo de 2005

El Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1 de junio de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, establece normas comunes para subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado, publicado en el D.O el 24 de julio de 1978. El D.F.L. N° 150, de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de las normas sobre Sistema Único de Prestaciones Familiares y Sistema de Subsidios de Cesantía para los trabajadores de los sectores privado y público, contenidas en los Decretos leyes N°s. 307 y 603, ambos de 1974.

JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia Corte Suprema, N° Rol 6035-2004, 6 de junio de 2006.

Sentencia Tribunal Constitucional N° Rol 2250, 18 de junio 2013.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA CITADA

Dictamen CGR N°79.523 del 28 de octubre del 2016.

Dictamen CGR N° 2.963 del 26 de enero de 1999.

Dictamen DT N°3.143, de 27 de mayo de 1985.

El Dictamen DT N°795/63, 1 de marzo de 2000.

Dictamen DT N° 2.974/85, de 25 de julio de 2003.

Dictamen DT N°3.126/85 de 21 de julio de 2005.

El Dictamen DT N°2.846/104, 5 de septiembre de 2005,

El Dictamen DT N° 4.680/086, de 25 de noviembre de 2008.

El Dictamen DT N° 4.052/083, de 17 de octubre de 2011.

El Dictamen DT N°4.843/095 de 7 de diciembre de 2011.

El Dictamen DT N° 3.342/048, 1 de septiembre de 2014.

El Dictamen SUSESO N°16883, 5 de abril de 2018.