



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Caamaño Rojo, Eduardo

Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres
y mujeres en el trabajo

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXIII, 2009, pp. 175-214

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173613294004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

2.

Derecho del trabajo

LOS EFECTOS DE LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD PARA LA CONCRECIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL TRABAJO

["The Effects of Maternity Protection to Establish Equality of Treatment
Between Men and Women at Work"]

EDUARDO CAAMAÑO ROJO*

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

RESUMEN

La legislación laboral, nacida como respuesta a la problemática social de comienzos del siglo XX, fue estructurando un modelo de protección de la mujer que terminó por marginarla paulatinamente del mercado de trabajo y, a la vez, fue consolidando un pacto de producción y reproducción a partir del arquetipo de hombre proveedor y mujer cuidadora. Esto es evidente en la configuración de las normas de protección a la maternidad contenidas en el *Código del Trabajo*, las que desconocen la corresponsabilidad de hombres y mujeres frente al empleo y la familia, limitando fuertemente las posibilidades de desarrollo laboral de las mujeres al responsabilizarlas exclusivamente del cuidado de los hijos. A su vez esta legislación mantiene el esquema tradicional de imposición de obligaciones al

ABSTRACT

The labor legislation, originated as a response to the social issues of the early 20th century, structured a women protection model which gradually marginalized her from the labor market and, in turn, consolidated a pact of production and reproduction from the archetype of man as a provider and woman as a caregiver. This is evident in the configuration of the maternity protection regulations provided by the *Labor Code*, which ignore the co-responsibility of men and women regarding employment and family, strongly limiting the possibility of professional development of women when making them exclusively responsible for the care of their children. In turn, this legislation still has the traditional philosophy of imposing obligations to the employer regarding the employment of women,

* Doctor en Derecho por la Universidad de Colonia, Alemania; Profesor de Derecho del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Avda. Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Dirección electrónica: eduardo.caamano@ucv.cl.

empleador en atención a la contratación de mujeres, lo que tiende a desincentivar el empleo femenino. Por lo anterior, este estudio pretende cuestionar y replantear el actual modelo de protección de las madres trabajadoras con el fin de materializar efectivamente la igualdad de trato entre hombres y mujeres con responsabilidades familiares.

PALABRAS CLAVE: Maternidad –Igualdad de trato – Conciliación de trabajo y familia.

which discourages such employment. Due to the aforementioned, this research is aimed at questioning and re-stating the current working-women protection model in order to effectively materialize the equality of treatment between men and women with family responsibilities.

KEYWORDS: Maternity – Equality of treatment – Conciliation of work and family.

I. ALGUNOS ANTECEDENTES SOBRE LOS ORÍGENES Y LA EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN LEGAL DE LA MUJER TRABAJADORA

Desde sus orígenes, la legislación laboral nacida al alero de la “cuestión social” de fines del siglo XIX y principios del siglo XX ha puesto especial atención en la protección de las mujeres trabajadoras, lo que se explica en gran medida por la clara y consensuada finalidad, reivindicada desde aquel momento, de proteger la maternidad y, en último término a la familia¹. Es así como en los inicios del desarrollo de la legislación laboral comienza a perfilarse una nueva distribución de roles de género² en el

¹ Sobre el particular, uno de los precursores de la doctrina laboral chilena expresaba que: “Uno de los principales deberes de la colectividad al intervenir el trabajo es el de proteger a los niños y a las mujeres; ello no sólo constituye una obra moral de justicia y de tutelaje para los seres débiles, sino que es además una obra de auto-conservación de la sociedad: los niños serán los hombres del mañana, y las mujeres las madres de las futuras generaciones, y protegiéndolos, se ampara al hogar y a la familia, fundamentos de la sociedad.” En este sentido: WALKER LINARES, Francisco, *Lecciones elementales de economía social y legislación del trabajo* (Santiago, 1933), p. 135. Véase también: HENRÍQUEZ, Helia - RIQUELME, Verónica, *Trabajo y maternidad: los pasos pendientes*, en *Temas Laborales* 3 (Dirección del Trabajo), [disponible en www.dt.gob.cl].

² La noción de “género”, más allá de su sentido natural que alude a la pertenencia de una persona a un sexo determinado, ha sido utilizada por la sociología para aludir el carácter histórico y cultural que tienen las diferencias no biológicas (a tales diferencia hace referencia la palabra “sexo”) que se predicen de hombres y mujeres. El género funciona por tanto como un principio que organiza la sociedad, en tanto le da un valor cultural al hecho de ser hombre o ser mujer. En este sentido: CONDE-PUMPIDO, María Teresa, *La maternidad y la conciliación familiar dentro de la tutela de la igualdad*, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006), pp. 18-19.

mercado de trabajo, toda vez que las leyes dictadas como respuesta a las deplorables y abusivas condiciones de empleo que originaron la cuestión social asumieron como una de sus prioridades la creación de mecanismos especiales de tutela para las mujeres trabajadoras, tanto en lo que respecta a la protección de la maternidad, como a la protección de la mujer por el sólo hecho de ser tal.

Sobre el particular se sostiene que a través de la protección de la familia se intentó una labor de moralización de las clases trabajadoras, sobre todo, mediante la reclusión de las mujeres en el espacio doméstico y su exclusión del ámbito laboral. Se desarrolla así un modelo doméstico y familiar en el que se sobrevalora el papel de la mujer como esposa y madre, cuya competencia son las actividades domésticas, los cuidados y la educación de los hijos al interior del hogar, mientras que la responsabilidad de proveer los medios de subsistencia y representar a la familia en el espacio público se atribuye a los varones³.

Por consiguiente, el desarrollo paulatino de la legislación laboral a comienzos el siglo XX va asociada a lo que podemos llamar un “pecado original”, dado que fue desincentivando la contratación de mujeres y acentuando su rol en el cuidado de la familia y del hogar, con el fin de que ellas pudieran concentrarse en la crianza de las nuevas generaciones de trabajadores que deberían asumir los retos del futuro mundo industrializado. Por tal razón, el trabajo de las mujeres fuera del hogar debía ser evitado⁴, ya que las obligaba a alejarse del cuidado de sus hijos, siendo ello parte de las causas que explicaban en aquella época las altas tasas de mortalidad infantil, la degeneración de la vida familiar o el alcoholismo⁵. Así,

³ RIVAS, Ana María - RODRÍGUEZ, María José, *Mujeres y hombres en conflicto. Trabajo, familia y desigualdades de género* (Madrid, 2008), pp. 53-54.

⁴ Desde esta perspectiva, resulta decidora la visión sobre el trabajo femenino de aquella época, según las palabras de WALKER LINARES, Francisco, *Lecciones elementales de economía social y legislación del trabajo*, cit. (n. 1), p. 135: “En cuanto a las mujeres, debe prohibirse que trabajen en faenas desproporcionadas a sus fuerzas, o en industrias poco apropiadas a su sexo, y debe velarse por su moralidad, ya que tantas veces el taller es el primer paso para la prostitución; no hay que colocarlas en situación de inferioridad respecto del hombre en lo que se refiere a la remuneración de su trabajo; igualmente la ley debe velar por la madre obrera, asegurándole un descanso antes y después del alumbramiento, y no separándola de su hijo que tanto necesita de ella durante los primeros meses de vida. Estos principios fundados en los más elementales sentimientos de humanidad, se han impuesto desde la segunda mitad del siglo XIX, en vista de la horrible situación de niños y mujeres trabajadores en las empresas industriales y mineras de la primera mitad de aquel siglo, los cuales se encontraban moralmente abandonados y fisiológicamente debilitados y desamparados de la ley ante la explotación”.

⁵ En 1883, el economista inglés JEVONS, William S., *El Estado y los trabajadores*,

pues, desde esta perspectiva, la legislación laboral y el mismo movimiento obrero comenzaron a propugnar la existencia de un salario familiar que le permitiera a los trabajadores varones mantener a sus esposas e hijos en forma adecuada⁶. A su vez, al salario familiar que posicionaba a las mujeres casadas como dependientes se sumó una legislación laboral que establecía una protección especial a las mujeres como madres potenciales y que, en la práctica, limitaba sus posibilidades laborales, desincentivando el empleo femenino⁷. Unido a lo anterior, la legislación civil que responsabilizaba a los hombres por la manutención económica de sus esposas e hijos, así como el sistema de seguridad social que favorecía a la mujer que no trabajaba

(Madrid, 2006), p. 101, planteaba: “¿Con qué razón, nos preguntarán, osamos siquiera pensar en prohibir a una mujer adulta (no pocas veces soltera) y dotada de plenos derechos legales que trabaje donde desee? En este caso, la respuesta es particularmente fácil y concluyente. La razón está en que el primer deber de una madre es dar a su hijo el sostén que nadie salvo ella puede dar a la perfección. Ahora bien, una mujer que trabaja según las condiciones que establece la Ley de Fábricas, en la práctica está obligada a permanecer en su puesto de trabajo durante un período de cuatro horas y media seguidas, es decir, casi el doble de tiempo que debería transcurrir entre las comidas de un niño muy pequeño. El resultado es que la madre deja de amamantar a su hijo o, peor aún, éste recibe comidas artificiales (...). En cualquier caso, se sacrifican los intereses de una generación futura en pos del bienestar aparente de la generación presente y se echan los cimientos para multitud de males futuros. Éste es el origen de buena parte de la sobrecogedora mortalidad infantil que impera en gran parte de los distritos fabriles, acompañada por mucha inmoralidad e intemperancia, consecuencias naturales de la destrucción de las influencias del hogar”.

⁶ “El salario debe ser en primer lugar vital. Debe, en segundo lugar, ser suficiente, no sólo para el decoroso sostén del obrero, sino también, para el de su familia.”, en *El deber social de los cristianos, Declaración de los obispos chilenos*, publicado en *El Diario Ilustrado* de fecha 2 de enero de 1947, citado por HUNNEUS, Carlos, *La guerra fría chilena* (Santiago, 2009), p. 273.

⁷ “Sobre esta división se construyó el ideal burgués de la figura de ‘ama de casa’, modelo de mujer que en la primera mitad del siglo XX se constituirá como hegemónico en el mundo occidental. La representación de la ‘buena madre’ supone su presencia insustituible en la crianza a lo largo de los primeros años de sus hijos (no solo durante la lactancia). Así el avance de la primera modernidad fue consolidando la privatización y psicologización de la función materna, mientras excluía a las madres del trabajo remunerado y las confinaba al ámbito privado familiar. Ser una buena esposa significaba atender a los hijos en sus necesidades físicas, psicológicas, emocionales y morales, marcar pautas de vida cotidiana, hacer el seguimiento escolar, atender al hogar, al marido y estar disponible para cubrir las necesidades del grupo doméstico las 24 horas del día.” En este sentido: URIBE-ECHEVERRÍA, Verónica, *Inequidades de género en el mercado laboral: el rol de la división sexual del trabajo*, en *Cuaderno de Investigación* 35 (Dirección del Trabajo, 2008), p. 36.

como carga de su marido terminaron profundizando la noción de que las mujeres no debían trabajar⁸.

II. FORMAS TRADICIONALES DE PROTECCIÓN DE LA MUJER TRABAJADORA

Si se atiende a los orígenes de la legislación laboral se pueden distinguir claramente dos grandes etapas en la evolución normativa protectora de la mujer trabajadora. En un primer momento, que en gran medida coincide con el paulatino perfilamiento del Derecho del Trabajo como un área normativa especial y autónoma, la tutela jurídica de las trabajadoras estaba orientada a la maternidad⁹ y, además, a amparar su condición de mujer, acorde con una visión de la trabajadora como un sujeto de derecho más débil¹⁰ y, por lo tanto, en gran medida “necesitada” de una protección particular, similar en algunos casos a la que se le confería a los menores de edad¹¹. En este contexto es posible mencionar, por ejemplo, que el *Código del Trabajo* (= CT.) de 1931 en su artículo 49 prohibía de manera genérica el trabajo nocturno de las mujeres y que el antiguo texto del artículo 15 CT. de 1987 –hasta su modificación por la Ley N° 19.250 de 1993– prohibía también que las trabajadoras fueran contratadas para realizar trabajos

⁸ Véase: TODARO, Rosalba; YÁÑEZ, Sonia, *El trabajo se transforma* (Santiago, 2004), pp. 66-67; HEIN, Catherine, *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares*, en *Informes OIT* (Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006), pp. 27-28.

⁹ Una expresión concreta de esta preocupación es la *Ley de sala cuna* de 1917 en Chile, una de las primeras leyes laborales aprobadas por el Congreso Nacional, que obligó a las fábricas y establecimientos industriales que ocuparan más de 50 mujeres mayores de 18 años, a disponer de una sala cuna que recibiera en horas de trabajo a los hijos de los obreros durante el primer año de edad. Además, esta ley facultaba a las madres para disponer de una hora al día con el fin de amamantar a sus hijos, tiempo que no sería descontado y al cual la madre no podría renunciar. En detalle: YÁÑEZ ANDRADE, Juan Carlos, *La intervención social en Chile* (Santiago, 2008), p. 118.

¹⁰ “Hacia 1920, al excluir a las mujeres de las industrias pesadas y de las jornadas nocturnas, al ordenar las salas cunas para infantes en las fábricas y al decretar las licencias maternales, los senadores de todo el espectro político demostraron su acuerdo con la premisa de que las mujeres, particularmente las madres obreras, merecían la protección del Estado.” Véase: HUTCHINSON, Elizabeth, *Labores propias de su sexo. Género, políticas y trabajo en Chile urbano 1900-1930* (Santiago, 2006), pp. 235 s.

¹¹ Esta protección legal especial hacia las mujeres y los menores de edad surge también como una respuesta legal hacia las precarias condiciones de trabajo que afectaban a estos grupos de trabajadores desde el inicio del proceso de industrialización. Véase: ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, (Madrid, 2001), p. 127.

mineros subterráneos o faenas calificadas como superiores a sus fuerzas o peligrosas para las condiciones físicas o morales propias de su sexo, salvo ciertas excepciones expresamente determinadas por el legislador¹².

Esta normativa inserta en la primera etapa de evolución del ordenamiento jurídico laboral sobre protección a la mujer trabajadora, que en la actualidad pudiera parecernos inocente o desproporcionada, encontraba su fundamento en la concepción restringida de los derechos ciudadanos de la mujer, en la sobrevaloración de su potencial rol de madre y en la afirmación de su condición de debilidad frente al hombre. Se estimaba, pues, “un deber social amparar la vida de la mujer obrera, la vida de su prole y la felicidad de su hogar, amenazada por las ausencias de larga duración”¹³. Lo anterior también daba cuenta de un ideal familiar tradicional, cuyo origen estaba en la concepción de familia de la burguesía comercial, industrial y financiera de la segunda mitad del siglo XIX, que fue asimilada por el movimiento obrero a través de reivindicaciones que luego encontraron un eco en la nueva legislación de carácter social¹⁴. Estas reivindicaciones estaban planteadas pensando en un trabajador varón cuya mujer se dedicase a las tareas del hogar, que si bien eran tareas destinadas a procurar el bienestar de los demás miembros de la unidad familiar, irónicamente empezaron a considerarse como sus “labores”. Igualmente, la reivindicación de los “tres 8” (8 horas de trabajo, 8 horas de descanso y 8 horas de ocio y formación) fue hecha pensando en un obrero varón, con una esposa dedicada las 24 horas del día a la alimentación, higiene, limpieza, salud, ropa de hijos y esposo; tareas de reproducción no consideradas al mismo nivel que las de

¹² Excepcionalmente, el derogado texto del artículo 15 CT. autorizaba a las trabajadoras en ciertos casos calificados a realizar trabajos mineros subterráneos o faenas peligrosas, en la medida que: i) que la trabajadora ocupara cargos de dirección o de carácter técnico que implicaran responsabilidad; ii) que se ocupara en servicios de sanidad o asistencia social; iii) que por efecto de sus estudios realizara prácticas en la parte subterránea de una mina; y iv) que en el ejercicio de una profesión tuviera que bajar a la parte subterránea de una mina.

¹³ Editorial de el diario *El Mercurio* de fecha 15 de octubre de 1911 sobre “Los grandes problemas sociales. El trabajo de la mujer y las condiciones en que debe este desarrollarse”, citado por HUTCHINSON, Elizabeth, *Labores propias de su sexo*, cit. (n. 10), p. 247.

¹⁴ “La institución familiar según el ideal burgués representaba el fundamento de la moral y el orden social, garantía de la moralidad natural basada en los criterios jerárquicos de generación (los viejos superiores a los jóvenes), edad (los mayores superiores a los menores) y sexo (el hombre superior a la mujer) y portadora de valores morales de la burguesía (seguridad, privacidad, previsión, propiedad, individualismo, ahorro, éxito profesional...).” RIVAS, Ana María - RODRÍGUEZ, María José, *Mujeres y hombres en conflicto*, cit. (n. 3), p. 53.

producción, sino todo lo contrario, consideradas de menor valor por ser algo “natural” de la mujer¹⁵.

Frente a esta concepción parcial y restringida de la persona de la mujer y de su rol en la sociedad plasmada en la normativa laboral vigente en ese entonces (lo que hemos denominado el “pecado original” del Derecho del Trabajo), fue surgiendo paulatinamente una corriente de rechazo y una ola de proposiciones de derogación y/o de modificación legal. Esto, en la medida en que se va perfeccionando el reconocimiento de los derechos civiles de la mujer y se va generando un incremento de su participación en el ámbito económico, educacional, laboral y político¹⁶. Además, la experiencia fue demostrando que, no obstante su originaria finalidad protectora acorde con la concepción social y jurídica de la época, esta legislación tutelar fue tornándose abiertamente discriminatoria contra la mujer—presentando lo que se suele llamar un efecto perverso—y, por ello, restringiendo el derecho de las mujeres a participar en igualdad de condiciones con los hombres en el ámbito del trabajo¹⁷. Lo anterior comenzó a ser especialmente sensible a partir de la década de 1960, cuando se comienza a producir un progresivo proceso de incorporación de la mujer al mercado laboral.

Producto de este cambio de enfoque y de transformación de la realidad social del ámbito laboral fueron modificándose o dejándose sin efecto normas laborales con el sentido antes expuesto, incluso a nivel supranacional¹⁸. Es así como la normativa internacional, fundamentalmente protectora

¹⁵ En este sentido, RIVAS, Ana María - RODRÍGUEZ, María José, *Mujeres y hombres en conflicto*, cit. (n. 3), p. 54.

¹⁶ En detalle: SALAZAR, Gabriel; PINTO, Julio, *Historia contemporánea de Chile*, IV: *Hombres y feminidad*, (Santiago, 2002), pp. 81 s.

¹⁷ En igual sentido: ALONSO OLEA, Manuel - CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, cit. (n. 11), p. 128.

¹⁸ Un ejemplo de esta corriente modificatoria de la normativa internacional, en orden a reconocer la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, está dado por la sustitución del primitivo Convenio N° 3 de la OIT sobre protección a la maternidad, de 1919, por el Convenio N° 103, de 1952 y por la eliminación del Convenio N° 4 de 1919 sobre trabajo nocturno de mujeres. Lo anterior responde a que, si bien, la apuesta inicial de la OIT estuvo orientada a la igualdad de hombres y mujeres, según se desprende incluso de su texto fundacional, su actividad legislativa inicial se dirigió sobre todo a conceder una legislación protectora a las trabajadoras en lo que se refiere a la maternidad, el trabajo nocturno y el saturnismo. Esto obedeció a la preeminencia de una concepción de la mujer que, identificando el hogar como su ubicación más apropiada, priorizaba su rol de madre y esposa. Asimismo, se explica la adopción de una legislación inicial esencialmente protectora por las duras condiciones de trabajo (largas jornadas, a menudo sin interrupción y en condiciones insalubres) de la industria de la época. En este sentido: RODRÍGUEZ MANZANO, Irene, *Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, desarrollo y paz* (Madrid, 2008), p. 37.

de la mujer en un comienzo, apunta hacia el afianzamiento del principio de igualdad entre el hombre y la mujer, sin perjuicio de la mantención de normas protectoras de la maternidad, ya que como lo ha señalado la Comisión de Expertos de la OIT: “[...] *la maternidad es una situación que exige un trato diferente para que realmente pueda respetarse la igualdad y en este sentido, la protección es más bien una premisa del principio de igualdad que una derogación del mismo*”¹⁹.

En Chile, esta corriente tendiente a reposicionar la indudable importancia del rol de la mujer en el mercado de 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 1989²⁰. Lo anterior, promovió también que Chile, 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 el año 1993 se dictara la Ley N° 19.250 que, de acuerdo a lo ya señalado, derogó las prohibiciones que afectaban a la mujer de acuerdo al artículo 15 CT, para realizar ciertas faenas industriales o en turnos de noche.

En la actualidad, no existen en Chile normas laborales que protejan a la mujer por el sólo hecho de ser tal²¹, por lo que, en armonía con las normas internacionales y constitucionales, el *Código del Trabajo* parte del supuesto formal de la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, como lo confirman el artículo 2 y el nuevo texto del artículo 62 bis²² de

¹⁹ Citado por ZAMORANO MORENO, Pilar, *Descansos, subsidios e inamovilidad laboral por causa de maternidad*, Memoria de prueba para optar al grado de licenciada en ciencias jurídicas (Universidad de Chile, 2000), p. xi. En igual sentido: FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías* (Madrid, 2006), pp. 85-86.

²⁰ Esta Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 diciembre de 1979, fue ratificada por Chile a través del Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 789 del año 1989.

²¹ Constituye una excepción a esta afirmación la disposición contenida en el actual artículo 18 inciso 2 del Código del Trabajo, curiosamente incorporado por la misma Ley N° 19.250, y que exceptúa de los trabajos nocturnos en industrias y comercios de procesos continuos sólo a los *varones mayores de dieciséis años*, manteniendo, en consecuencia, esta prohibición para las mujeres mayores de dieciséis años y menores de dieciocho. Esta disposición, desde la perspectiva del debido reconocimiento de la igualdad de género en el trabajo carece de un fundamento objetivo que la justifique, por lo que debería ser modificada, eliminándose la palabra “varones”, a objeto de poner fin a un caso de discriminación por razones de sexo de origen legal.

²² El artículo 62 bis fue incorporado por la Ley N° 20.348, publicada en el *Diario Oficial* de fecha 19 de junio de 2009, que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones entre hombres y mujeres y prescribe en su inciso 1 que: “*El emplea-*

ese cuerpo legal, en concordancia con el artículo 19 N° 2 y N° 16 inciso 3 de la *Constitución Política de la República*, que reconocen la igualdad de hombres y mujeres ante la ley, y prohíben la discriminación en el empleo. Sin perjuicio de ello, se mantienen y perfeccionan lentamente las normas sobre protección a la maternidad, entre otros fines, para avanzar hacia una integración más activa del hombre en su rol de padre y para explicitar sus responsabilidades familiares²³, aunque a un nivel todavía muy incipiente y deficitario, como se analizará en este estudio.

Con todo, con la finalidad de poder dar cuenta de las implicancias que representa la especial protección de la mujer trabajadora en relación con sus oportunidades para poder desarrollarse plenamente en la vida laboral, resulta interesante analizar si los actuales mecanismos de protección del empleo femenino son idóneos a la luz del debido reconocimiento del derecho fundamental a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, en especial, si se atiende a la progresiva intensificación del conflicto entre las responsabilidades laborales y familiares. En efecto, como lo señala acertadamente Conde-Pumpido²⁴, el acceso de un mayor número de mujeres al mercado laboral no impide que el trabajo doméstico siga representando una de las claves de la actividad femenina, por lo que las mujeres entran en la esfera productiva sin abandonar la esfera reproductiva. Por estas razones las responsabilidades familiares y, en concreto la maternidad, comienzan a tornarse en un obstáculo para la integración y permanencia de la mujer en el trabajo²⁵.

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

²³ En detalle: CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El permiso parental y la progresiva inclusión del padre en los derechos para armonización de trabajo y la vida familiar*, en *Revista de Derecho XXI* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 2008), pp. 325 s.

²⁴ CONDE-PUMPIDO, María Teresa, *La maternidad y la conciliación familiar dentro de la tutela de la igualdad*, cit. (n. 2), pp. 21-23. En igual sentido: PÉREZ-BENEYTO, José, *Jornada y conciliación del trabajo*, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006), p. 259.

²⁵ "En nuestro país, la división sexual del trabajo es mantenida mediante prácticas sociales de la mayor parte de hombres y mujeres, así como de las propias instituciones. Esta división es reforzada en los discursos de diversos agentes de diferentes ámbitos de la vida social, que parecieran fusionar los valores de la familia y la maternidad principalmente en las mujeres, en el nivel individual y colectivo, y a veces únicamente en ellas. Las mujeres serían baluarte de este valor y lo actualizarían en la maternidad que, al mismo tiempo, deviene en mandato social para todas. Este mecanismo mantiene y perpetúa una norma social que distribuye inequitativamente el trabajo familiar por género, atribuyendo a las mujeres la responsabilidad y ejecución

El viejo conflicto entre responsabilidades familiares y laborales subyace hasta nuestros días en el ordenamiento jurídico vigente y, como se pretenderá establecer a través del presente estudio, representa en gran medida la causa que explica las dificultades para asegurar una efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. Esto obra no sólo en desmedro de las oportunidades de las mujeres para desarrollarse más plenamente en el ámbito laboral, sino que también afecta a los hombres, quienes muchas veces por los requerimientos y exigencias que les impone su calidad casi exclusiva de proveedores del ingreso familiar se ven impedidos de realizarse como padres. Sin perjuicio de lo anterior, no se puede perder de vista que la pervivencia del viejo modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora en el trasfondo de la actual legislación laboral, termina afectando también la calidad de vida familiar, las oportunidades de realización material y social de los miembros de la familia y, en particular, los derechos de los niños a recibir cuidados y atenciones directas de su madre y de su padre²⁶.

En los acápites siguientes, el estudio se abocará a analizar críticamente la actual normativa sobre protección a la maternidad a nivel supranacional y, en concreto, en el actual ordenamiento laboral chileno, con el objeto de establecer las implicancias que posee el modelo laboral, que entrega la responsabilidad por el cuidado de la familia exclusivamente a la mujer, en desmedro del reconocimiento de un nuevo pacto de producción y reproducción más acorde con la realidad sociocultural del nuevo siglo y que parta de la premisa de la corresponsabilidad de los progenitores en el plano del empleo y la familia. Creemos que el estudio propuesto puede contribuir a develar las causas que explican las desigualdades y los problemas de discriminación que afectan preponderantemente a las mujeres en el trabajo, así como las deficiencias de nuestro sistema normativo laboral

de las tareas y actividades asociadas con éste, en tanto que los hombres aparecen liberados parcial o totalmente mediante el artilugio de la función proveedora que para su realización los lleva fuera de los confines del hogar.” En este sentido: AVENDAÑO, Cecilia, *Conciliación trabajo-familia y mujeres: reflexiones en una perspectiva psicosocial*, en SOTO, Álvaro (editor), *Flexibilidad laboral y subjetividades. Hacia una comprensión psicosocial del empleo contemporáneo* (Santiago, 2008), p. 222.

²⁶ Como lo dispone la Convención de los Derechos del Niño en su preámbulo, la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, quienes tienen derecho a recibir de sus padres la protección y la asistencia necesarias para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad y así poder crecer en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

para garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres²⁷.

III. LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

1. *Ideas previas.*

Como se ha establecido en el acápite anterior, la protección de la maternidad representó una de las preocupaciones iniciales del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social, lo que se explica por los bienes jurídicos involucrados, dado que al tutelarse a la madre no sólo se la cuida a ella sino que también a los niños y a toda la comunidad²⁸. Según sostiene Garriguez²⁹, la maternidad ha sido tradicionalmente merecedora de especial atención, tanto en un sentido genérico como específico, en atención a los distintos bienes jurídicos que en ella se incluyen (la salud y el bienestar de la mujer y del hijo, así como el establecimiento entre los progenitores y sus hijos de adecuados vínculos relacionales y afectivos), en lo que podría entenderse como una especial valoración de la institución familiar. Por su parte, en lo que respecta a la consideración jurídico laboral de estos bienes, la autora citada manifiesta críticamente que ello ha discu-

²⁷ En igual sentido: URIBE-ECHEVERRÍA, Verónica, *Inequidades de género en el mercado laboral: el rol de la división sexual del trabajo*, cit. (n. 7), p. 30.

²⁸ Esto lo ha confirmado la jurisprudencia judicial a propósito del fuero maternal consagrado en el artículo 201 CT., al resolver que: “Hacer realidad la garantía del inciso segundo del numeral 1° del artículo 19 de la Constitución Política de la República es un imperativo que, a juicio de este tribunal, pasa por el superior respeto al insustituible rol procreador del género femenino, al que el conglomerado social todo ha de prodigar -¿cómo no la judicatura!- condiciones de desarrollo espiritual y material plenamente respetuosas de su sagrada condición engendradora, al modo como perentoriamente manda el inciso cuarto del artículo 1° de la misma ley primera. En razón de ello los ordenamientos jurídicos asumen diversas formas y modelos de garantía de una maternidad digna y promisorio, en el caso de la trabajadora encinta y parturienta, como, v. gr, el régimen de seguro estatal, en que el Estado sufraga la manutención de la mujer hasta el momento predeterminado después del nacimiento del hijo. Ese u otro esquema no es en esta materia lo relevante, sino que en todo evento se rodee semejante estado de tales condiciones de humanidad. El sistema chileno atingente deposita, de hecho, en el patrón el riesgo de deparar tales condiciones a la dependiente encinta. Es el sentido del instituto de los artículos 201 y 174 del código laboral” En este sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 9 de noviembre de 2007, causa rol N° 1458/2007.

²⁹ GARRIGUEZ GIMÉNEZ, Amparo, *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social*, en “Colección Estudios” N° 159 (Madrid, Consejo Económico y Social, 2004), pp. 21-22.

rrido de manera desigual a lo largo de la historia legislativa, partiéndose de la mera valoración de los aspectos más ligados con el proceso biológico de la maternidad (embarazo, parto, postparto) hasta el punto de que tal condicionante biológica marcaría profundamente el signo de la regulación jurídica del trabajo femenino. Esto ha generado casi una total identidad entre la regulación del trabajo de la mujer y la protección de su función reproductiva y/o su rol social como responsable del cuidado de los hijos. Por lo anterior al Derecho del Trabajo le ha cabido el dudoso mérito de asumir el secular estereotipo social de la mujer-madre, convirtiéndolo en la base ontológica de la regulación de su actividad como trabajadora. Esta postura que Garriguez califica como paternalista y proteccionista del trabajo femenino ha servido al velado fin de mantener a la mujer ligada a sus roles sociales y familiares clásicos, como asimismo, a precarizar la situación laboral de las mujeres tanto en el acceso al empleo, como en las condiciones de trabajo que aquellas han debido padecer.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que las normas sobre protección a la maternidad tienen un claro contenido económico, toda vez que afectan la posibilidad de disponer libremente de uno de los factores de producción, como es el trabajo humano, alterando el libre juego de la contratación al imponer normas protectoras que pueden llegar a ser determinantes para el empleador al momento de decidir la contratación de un trabajador y elegir entre un hombre o una mujer. No obstante, esta perspectiva económica no puede ser preponderante, desconociendo el contenido esencialmente valórico de la protección a la maternidad, ni perdiendo de vista la necesidad jurídica de garantizar la inserción de la mujer en el mercado de trabajo en igualdad de condiciones frente al hombre. Por lo tanto, en vista de estas diversas implicancias y visiones sobre la necesidad de contar con una normativa protectora de los trabajadores con responsabilidades familiares, resulta importante la búsqueda de fórmulas que sigan protegiendo la maternidad, sin perjudicar a la madre en materia de empleo, lo que evidentemente es una tarea difícil y aún no resuelta, según se analizará en este estudio³⁰.

La trascendencia del tema relativo a la protección a la maternidad explica, entonces, que éste haya sido objeto de preocupación no sólo en el ámbito nacional, sino que también en el internacional. Es así como con el fin de tutelar este bien jurídico, existen diversos instrumentos que consagran normas mínimas de protección. En un plano general, ocupa un lugar importante la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* aproba-

³⁰ WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *Derecho de las Relaciones Laborales* (Santiago, 2003), p. 287.

da por la Asamblea General de la Naciones Unidas en 1948, la que en su artículo 25 N° 2 establece que: “*la maternidad y la infancia tienen derechos a cuidados y asistencias especiales*” Por otra parte, debe destacarse el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 1966, cuyo artículo 10 N° 2 expresa que: “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social*”.

A continuación se analizarán los acuerdos internacionales con mayor implicancia en la protección de la maternidad, para lo cual se pondrá especial énfasis en el reconocimiento de derechos y en la promoción de acciones estatales o de los actores sociales para contribuir a la materialización de una corresponsabilidad de los progenitores en el cuidado de la familia y en la asunción de responsabilidades laborales.

2. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección a la maternidad.

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el tema de la protección a la maternidad ha sido objeto de una preocupación permanente a lo largo de su historia, lo que es una consecuencia del consenso social y político que se generó en la comunidad internacional desde la creación de este organismo sobre la necesidad de proteger a la mujer en esta dimensión de su vida. Lo anterior puede explicarse también por la preeminencia a comienzos del siglo XX de una concepción de la mujer que la identificaba especialmente con el hogar, priorizando su rol de madre y esposa, como asimismo, por una reacción natural a las duras e insalubres condiciones de trabajo que debían enfrentar las mujeres en la industria de la época³¹. De allí, entonces, que la OIT por mucho tiempo haya replicado el modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora impuesto por la visión sociocultural de los inicios de la protección laboral y que recién a comienzos de la década de 1950 haya dado un giro a esta concepción, poniendo un nuevo énfasis en torno al necesario reconocimiento de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia laboral, según se desprende de la discusión y aprobación de los nuevos convenios sobre la materia, los que vienen a complementar y a integrar la tradicional protección a la maternidad³².

³¹ RODRÍGUEZ MANZANO, Irene, *Mujeres y Naciones Unidas*, cit. (n.18), p. 37.

³² En este sentido: Convenio N° 100 de 1951 sobre igualdad de remuneraciones; Convenio N° 111 de 1958 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación y Convenio N° 156 de 1981 sobre trabajadores con responsabilidades familiares. En

Ahora bien, en la línea de análisis de este trabajo, efectuaremos un breve análisis a los tres convenios internacionales de la OIT sobre protección a la maternidad, de los que puede constatar la interesante evolución que ha experimentado la tutela de la madre trabajadora emanada de este organismo internacional, si bien cabe hacer presente desde ya que persiste en todos ellos el modelo tradicional que entiende sólo a la mujer como responsable y titular de derechos frente a la maternidad, lo que tiende a ser reproducido por los ordenamientos jurídicos internos – como es el caso del chileno – en desmedro de un proceso de mayor integración del hombre en el cuidado de sus hijos y, en último término, de la corresponsabilidad en lo que al trabajo y la familia se refiere.

a) Convenio N° 3 de la OIT sobre la protección a la maternidad³³. El convenio fue adoptado en Ginebra el día 29 de octubre de 1919 y representa el primer intento serio a nivel internacional por establecer normas mínimas de protección en favor de la madre trabajadora que prestaba servicios en empresas industriales o comerciales, vale decir, en aquellas áreas de la economía donde se concentró con mayor gravedad la cuestión social. Este convenio tuvo como objetivo central resguardar tanto a la madre como a su hijo, estableciendo derechos básicos y generales que en gran medida constituyen los fundamentos del actual sistema supranacional de protección a la maternidad. Es así como el convenio consagra a favor de la trabajadora un descanso previo al parto de al menos 6 semanas y un descanso con posterioridad al parto de 6 semanas, que incluye la conservación de su empleo y el derecho a percibir prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo. A su vez, si la madre amamanta a su hijo, se le reconoce el derecho a dos descansos de media hora, para permitir la lactancia (artículo 3).

Por otra parte, se instituye en el artículo 4 un fuero maternal, conforme al cual se reconoce el derecho de la trabajadora a no ser despedida durante el período de tiempo que comprenden los descansos previos y posteriores al parto o en los que no fuera posible para ella prestar servicios por causa de enfermedad derivada del embarazo o del parto, hasta el período máximo de tiempo fijado por la respectiva autoridad nacional competente. De esta

detalle: CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Oportunidades de conciliación de trabajo y vida familiar en la legislación laboral chilena*, en *Revista de Derecho* 29 (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2007), pp. 171 s.

³³ Este convenio fue ratificado por Chile el 25 de septiembre de 1925. Véase: YÁÑEZ ANDRADE, Juan Carlos, *Chile y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1925). Hacia una legislación social universal*, en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos* 22 (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 2000).

forma se logra evitar que la disminución de la capacidad laboral expulse a las mujeres del mercado laboral, dejándolas sin medios de subsistencia.

b) Convenio N° 103 de la OIT sobre la protección de la maternidad (revisado)³⁴. Esta versión modificada de Convenio N° 3 fue adoptado por la OIT con fecha 28 de junio de 1956 y en él se consagran derechos de mayor amplitud en favor de la madre trabajadora y se efectúa una extensión de su ámbito de aplicación, puesto que el convenio revisado comprende también a las mujeres que trabajan en empresas no industriales y agrícolas, como a su vez, a las mujeres asalariadas que trabajen en su domicilio³⁵.

En cuanto a los derechos que se establecen, podemos destacar que se reconoce en primer lugar, el derecho de la trabajadora que acredite su embarazo a través de certificado médico a un descanso de maternidad de 12 semanas a lo menos, pudiendo ampliarse en caso de enfermedad. Con todo, parte de este tiempo, que no podrá ser inferior a 6 semanas, deberá otorgarse necesariamente después del parto (artículo 3). En segundo lugar, se le reconoce a la madre trabajadora durante el lapso de tiempo que comprende el descanso maternal, el derecho a percibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas (artículo 4). En tercer lugar, se reconoce el derecho a la madre trabajadora que da alimento a su hijo de interrumpir su trabajo para este fin, durante uno o varios períodos, cuya duración será determinada por la respectiva legislación nacional. Estos períodos de lactancia serán considerados trabajados para todos los efectos legales y, por ende, conceden derecho a remuneración (artículo 5). Finalmente, se perfecciona a favor de la madre trabajadora un fuero laboral, según lo dispone el artículo 6 de este acuerdo internacional³⁶.

c) Convenio N° 183 de la OIT sobre la protección de la maternidad³⁷. Este instrumento internacional, de fecha 15 de junio del 2000, es el último acuerdo adoptado por la OIT sobre el tema y en él se fijan –como establece el Preámbulo– los nuevos criterios para proteger a la maternidad, “a fin de seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño, y a fin de reconocer la diversidad de desarrollo

³⁴ Este convenio fue ratificado por Chile el 14 de octubre de 1994.

³⁵ El Convenio N° 103 de la OIT se complementa con la Recomendación N° 95 de la OIT, de fecha 28 de junio de 1952.

³⁶ Conforme a esta disposición: “cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia”

³⁷ Este convenio de la OIT aún no ha sido ratificado por Chile.

económico y social de los Estados Miembros, así como la diversidad de las empresas y la evolución de la protección de la maternidad en la legislación y la práctica nacionales.”

En cuanto al ámbito de aplicación de este convenio, cabe destacar que su artículo 2 prescribe que sus disposiciones se aplican a “*todas las mujeres empleadas, incluidas las que se desempeñan en formas atípicas de trabajo dependiente*”. Con esta nueva redacción, la OIT ha hecho suyas las nuevas tendencias sobre prestación de servicios por cuenta ajena y ha hecho posible que los Estados comiencen a tomar conciencia de la necesidad –fundada en imperativos derivados de la justicia social– de asegurar también a estas trabajadoras la aplicación de las normas mínimas sobre protección a la maternidad. No obstante, la OIT permite que se excluyan ciertas categorías limitadas de trabajadoras del ámbito de aplicación de este convenio, previa consulta por parte del Estado a las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores. En definitiva, con esta alternativa la OIT persigue que se eviten problemas derivados de una aplicación rígida y generalizada de las normas protectoras, permitiendo que respecto de ciertas categorías de trabajadores ello se realice de manera gradual y atendiendo a las particularidades del trabajo realizado o a las características del mercado de trabajo de un determinado Estado. Empero la OIT pone énfasis en el carácter esencialmente transitorio de estas medidas de excepción, pues en último término, el Estado debe asegurar a todas las trabajadoras el goce de las prestaciones mínimas que este instrumento internacional reconoce.

Por otra parte, en lo que dice relación con los beneficios que se otorgan a las madres trabajadoras resulta interesante subrayar que el nuevo convenio de la OIT ha sistematizado y explicitado los derechos que se confieren, por lo que podemos distinguir entre:

i) Derecho a la protección de la salud (artículo 3): el cual busca proteger a las mujeres embarazadas y a aquellas que estén en proceso de lactancia frente a la realización de trabajos considerados peligrosos por la autoridad competente.

ii) Licencia de maternidad (artículo 4): se reconoce el derecho de las trabajadoras a una licencia de maternidad de una duración de al menos 14 semanas, período en el que un mínimo de 6 semanas deberá otorgarse con posterioridad al parto.

iii) Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones (artículo 5): se reconoce que sobre la base de la presentación de un certificado médico, se deberá otorgar una licencia, antes o después del período de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto.

iv) Prestaciones pecuniarias (artículo 6): Se reconoce el derecho de la trabajadora a percibir prestaciones pecuniarias suficientes durante el tiempo de duración de la licencia de maternidad para garantizarle a ella y a su hijo un nivel de vida y de salud adecuados.

v) Prestaciones médicas (artículo 6): que garanticen la asistencia prenatal, así como durante el parto y período postnatal, incluida la hospitalización.

vi) Protección del empleo y no discriminación (artículo 8): esta disposición perfecciona el derecho al fuero maternal, explicitando que la carga de la prueba en los casos de excepción al fuero recaerá en el empleador. Además, se garantiza el derecho de la madre a retornar a su mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, una vez terminada la licencia de maternidad. Asimismo, con un criterio nuevo que no tiene antecedentes previos en la normativa anterior de este organismo internacional, el convenio establece en su artículo 9 una obligación especial para los Estados de adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el trabajo, con inclusión del acceso al empleo³⁸.

vii) Derecho a dar alimentos al hijo (artículo 10): se le reconoce a la mujer el derecho para interrumpir su jornada de trabajo o bien a obtener una reducción de ésta, para los efectos de alimentar a su hijo³⁹.

d) Convenio N° 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares. El Convenio N° 183 ha logrado actualizar y renovar la normativa mínima sobre protección a la maternidad, fijando un nuevo escenario en torno al cual los Estados deberán ir adaptando sus respectivas legislaciones internas. Con todo, persiste la exclusión del padre trabajador, pudiendo haberse reforzado una protección más integradora entre los progenitores, en especial, respecto de los derechos no asociados a la maternidad biológica, dada su incidencia para la armonización de trabajo y familia. Por ello, se extraña una visión más armónica de ese convenio con

³⁸ Dentro de las medidas que deben introducir los Estados en sus respectivos ordenamientos internos se incluye la prohibición de exigir a una mujer, que solicita un empleo, que se someta a un examen para comprobar un posible estado de embarazo o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto: i) cuando la legislación nacional lo prescriba respecto de trabajos que estén prohibidos total o parcialmente a mujeres embarazadas o que están lactando a sus hijos o bien, ii) que se trate de empleos que puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

³⁹ Corresponde a cada Estado determinar en su legislación interna la forma y el tiempo que se le reconocerá a las madres para la alimentación de su hijo, con la limitación, en todo caso, de que este tiempo debe ser remunerado y entenderse como trabajado para todos los efectos legales.

el Convenio N° 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, como asimismo con la Recomendación N° 165 de 1981 sobre la misma materia, toda vez que en ambos instrumentos internacionales se reconoce por primera vez en forma expresa que “*para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia*”⁴⁰.

Por lo anterior, es destacable que el Convenio N° 156 al referirse en su artículo 1 a los trabajadores con responsabilidades familiares no haya efectuado distinciones de género⁴¹. Esta concepción es importante, toda vez que representa un giro copernicano en la postura de este organismo internacional frente a las implicancias que el trabajo tiene en la vida familiar y viceversa, lo que queda de manifiesto al definir a los trabajadores con responsabilidades familiares incluyendo por igual a hombres y mujeres. Así, entonces, estamos en presencia de un convenio que pretende construir una nueva dimensión de tutela, complementando los tradicionales instrumentos que proscriben la discriminación en el empleo, por la vía de poner el acento en una igualdad de trato que trasunte los atávicos esquemas de producción, asociado al trabajo de los hombres, y de reproducción y cuidado, entregado a las mujeres. En la actualidad, tanto hombres como mujeres pueden, desean y deben compartir roles en el trabajo y en la familia, no pudiendo ello conllevar diferencias de trato odiosas en el empleo. En efecto, apostar hacia la igualdad debe llevar necesariamente aparejada la corresponsabilidad en el cuidado, pues hasta ahora las carreras profesionales masculinas se han sustentado con tiempos cedidos por las mujeres. Sin embargo, dado que el problema de la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral no es únicamente un problema de las mujeres, es funda-

⁴⁰ Preámbulo de la Recomendación N° 165 de la OIT.

⁴¹ El artículo 1 del Convenio 156 dispone que: “1. *El presente Convenio se aplica a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.* 2. *Las disposiciones del presente Convenio se aplicarán también a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.* 3. *A los fines del presente Convenio, las expresiones hijos a su cargo y otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén se entienden en el sentido definido en cada país por uno de los medios a que hace referencia el artículo 9 del presente Convenio.* 4. *Los trabajadores y las trabajadoras a que se refieren los párrafos 1 y 2 anteriores se designarán de aquí en adelante como trabajadores con responsabilidades familiares*”.

mental que este tema se integre a otros foros como pueden ser los relativos al empleo y la economía⁴².

3. “*Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*”.

La *Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, representa un nuevo hito en la búsqueda por erradicar las formas de discriminación contra la mujer en la vida social, familiar, económica, laboral y política, entre otras⁴³, y es destacable para la perspectiva de nuestro análisis pues incluye una disposición especial, su artículo 11, que se ocupa de la dimensión laboral de la discriminación y, particularmente, de la incidencia de la maternidad y la necesaria armonización entre trabajo y vida familiar. En concreto, el artículo 11 apartado 2 de la convención⁴⁴ referido a la adopción de medidas para asegurar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la esfera del empleo establece una serie de acciones concretas que los Estados Partes deben adoptar, para evitar discriminaciones por razones de matrimonio o maternidad.

Desde la perspectiva de este estudio, la medida más importante propugnada por la Convención es la del artículo 11 apartado 2º punto iii), pues las otras ya estaban incorporadas desde antes en nuestra legislación laboral, según se analizará en un acápite posterior y apuntan básicamente a la protección de la maternidad de la mujer en la esfera del empleo. Lo relevante de la medida indicada en el tercer numeral del artículo 11 es que apunta a promover la conciliación de trabajo y familia respecto de la mujer, como asimismo, a incentivar la participación del padre en la asunción de

⁴² MURILLO DE LA VEGA, Soledad, *Presentación del número especial de la Revista del Ministerio del Trabajo sobre la Igualdad Efectiva de mujeres y hombres*, en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales* (Madrid, 2007), p. 1.

⁴³ En detalle: RODRÍGUEZ MANZANO, Irene, *Mujeres y Naciones Unidas*, cit. (n. 18), pp. 95 s.

⁴⁴ En este sentido, el apartado 2 del artículo 11 de esta Convención establece que los Estados Partes, para asegurar la efectividad del derecho de las mujeres a trabajar, “*tomarán medidas adecuadas para: i) prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; ii) implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales; iii) alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; iv) prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella*”.

responsabilidades familiares, lo que puede permitir una evolución cultural y social que posibilite la revisión del modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora. Acciones en este sentido son las que pueden hacer posible una transición efectiva desde la mera declaración formal de la igualdad de trato entre hombres y mujeres a una equiparación efectiva, permitiendo que se compartan las responsabilidades del cuidado de la familia. Este enfoque es, además, el que puede asegurar una evolución en la configuración de las actuales normas de protección a la maternidad, porque cuestiona que sólo la mujer sea objeto de tutela, dado que el ordenamiento jurídico laboral busca proteger en último término a la familia, la que es integrada por hombres, mujeres y niños.

Sin perjuicio de lo anterior, la revalorización de la responsabilidad familiar compartida entre hombres y mujeres que defiende la *Convención*, debe llevar también a replantear las obligaciones y cargas impuestas fundamentalmente al empleador que contrata mujeres, en el entendido que el cuidado y promoción de la familia es también tarea de los padres y objeto de especial resguardo por parte del Estado. Desde esta perspectiva, es interesante lo dispuesto por el artículo 5 de la *Convención*, según el cual, “*los Estados se comprometen a tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres*” De igual manera, destaca la norma referida, ya que obliga a los Estados a que reconozcan la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y el desarrollo de sus hijos, con lo cual se busca romper la tradicional y persistente división entre la esfera pública y la privada, lo que adquiere especial importancia desde el momento en que esta división y el encasillamiento de la mujer en la esfera privada limita su capacidad y habilidad para disfrutar de muchos de sus derechos⁴⁵.

IV. LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

1. *Ideas previas.*

Es preciso tener en cuenta que las condiciones históricas, sociales, culturales y económicas de nuestro país han ido cambiando en el último tiempo, lo que ha repercutido naturalmente en la regulación jurídica del trabajo e, indudablemente, han tenido consecuencias también en el tema que nos ocupa, pues “en un clima ideológico donde las visiones de corte más liberal sobre el trabajo, la empresa y la producción han logrado mayor

⁴⁵ RODRÍGUEZ MANZANO, Irene, *Mujeres y Naciones Unidas*, cit. (n. 18), p. 103-104.

espacio, estas normas, como muchas otras del derecho laboral tradicional, han sido impugnadas⁴⁶.

De acuerdo a un estudio efectuado por la Dirección del Trabajo⁴⁷, es posible identificar diversos factores que están repercutiendo en el tema de la maternidad y su protección legal. El primer factor es el crecimiento acelerado de la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo⁴⁸. Esta opción femenina por el trabajo, así como la menor disponibilidad de trabajadores varones, dificulta a los empresarios la elección de mano de obra masculina, lo que generaliza la contratación de mujeres. En segundo lugar, debe destacarse la disminución de la tasa de natalidad que incide manteniendo en el mercado laboral a una mayor cantidad de mujeres con hijos, aunque el número de éstos sea bajo. Así, el tema de la maternidad y del cuidado de los hijos pequeños viene afectando a un sector más amplio de la fuerza laboral chilena. Cuando los hijos son numerosos, en cambio, las mujeres se ven en la necesidad de salir del mercado laboral para asumir obligaciones familiares.

Además, la Dirección del Trabajo reconoce acertadamente, que las dinámicas señaladas hacen presente el tema de la familia en el ámbito del trabajo, pero ello no significa que la protección legal a la maternidad se haya ampliado en la proporción necesaria y que esté al alcance de todas las mujeres que ingresan al mercado laboral. Por el contrario, las características que ha ido adquiriendo el mercado laboral chileno en los últimos años, han operado limitando el acceso a estos beneficios, en especial, frente a nuevas formas de contratación y frente al creciente fenómeno de precarización del empleo⁴⁹ —que normalmente involucra una cantidad mayor de mujeres que de hombres⁵⁰— lo que origina que la protección a la maternidad se debilite

⁴⁶ En este sentido: HENRÍQUEZ, Helia - RIQUELME, Verónica, *Trabajo y maternidad: los pasos pendientes*, cit. (n. 1)

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ En igual sentido: HENRÍQUEZ, Helia - RIQUELME, Verónica - CÁRDENAS, Tatiana, *Las normas que protegen la maternidad en Chile: el comportamiento de las empresas*, en *Cuaderno de Investigación 3* (Santiago, Dirección del Trabajo, 1996), p. 5. Además, debe tenerse en cuenta que de acuerdo a la información obtenida por el INE, durante el año 2009 el 41,2% de la fuerza laboral chilena está compuesta por mujeres, lo que da cuenta de un aumento tímido, pero sostenido durante los últimos años.

⁴⁹ Sobre el problema de la creciente precarización del empleo en Chile, véase: ESPINOSA, Malva, *Chile: Relaciones laborales para el siglo XXI*, en *Temas Laborales 14* (Dirección del Trabajo), disponible en www.dt.gob.cl.

⁵⁰ Un ejemplo paradigmático desde esta perspectiva es la precaria situación que afecta a las mujeres que trabajan a domicilio, pues la falta de una adecuada regulación jurídica de esta forma atípica de contratación laboral ha incidido directamente en el deterioro de las condiciones de trabajo de estas trabajadoras y en la imposibilidad

en los hechos. Así, por ejemplo, ocurre que respecto a las mujeres contratadas a plazo fijo o por obra o faena determinada, el fuero maternal y las demás garantías asociadas a la maternidad sólo les amparan limitadamente, en cuanto prevalece el término del contrato de trabajo previa autorización judicial⁵¹. De igual manera, derechos importantes para conciliación efectiva entre trabajo y vida familiar como es el de sala cuna, se van tornando en verdaderos privilegios del que pueden hacer uso únicamente las mujeres de empresas medianas y grandes, que cumplen el requisito numérico del artículo 203 CT., lo que desconoce la tendencia de concentrar la actividad empresarial en organizaciones de tamaño reducido (micro y pequeñas empresas), así como la importancia económica y social que éstas juegan como fuente generadora de empleos en el país.

Por otra parte, cabe tener en consideración que en Chile las mujeres se han insertado con muchas dificultades en el mundo del trabajo y que su situación en él dista mucho de ser la ideal, pues uno de los temas centrales al momento de evaluar la discriminación de las mujeres en el trabajo tiene relación con su capacidad reproductiva⁵². La maternidad continúa siendo hoy el principal escollo que deben sortear las mujeres para una plena y satisfactoria inserción en el mercado laboral, aun cuando la maternidad posee una connotación social de gran valoración, en atención a que sólo ellas son las responsables frente al cuidado de la familia, dada la pervivencia de la segregada diferenciación de roles entre hombres y mujeres en su proyección laboral.

Finalmente, se debe tener en cuenta que la legislación laboral aborda los temas referidos a la situación de la mujer trabajadora sólo desde la perspectiva de la protección a la maternidad. Este conjunto de garantías, como se desarrollará en los acápites siguientes, si bien están inspiradas en un fin protector, a la larga también se transforman en discriminadoras,

de acceder a la protección a la maternidad, de acuerdo con las reglas que contiene el *Código del Trabajo*. Sobre la materia véase también: HENRÍQUEZ, Helia - RIQUELME, Verónica, *El trabajo a domicilio, un tema antiguo y actual*, en *Temas Laborales* 9 (Dirección del Trabajo) [disponible en www.dt.gob.cl].

⁵¹ HENRÍQUEZ, Helia - RIQUELME, Verónica, *Trabajo y maternidad: los pasos pendientes*, cit. (n. 1)

⁵² Esta es una de las causas que explican el perfeccionamiento de la consagración del derecho a la no discriminación luego de la ratificación por el país del Convenio N° 111 de la OIT, así como la inclusión de una prohibición expresa de los test de embarazo u otros certificados análogos en el artículo 194 inciso final del *Código del Trabajo*. Lamentablemente, el problema persiste por la exclusión de la competencia de los tribunales para conocer de los actos de discriminación en los procesos de selección en la reforma procesal laboral de la Ley N° 20.287. En detalle: CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El derecho a la no discriminación en el empleo* (Santiago, 2005).

desde una doble perspectiva: por una parte, cada vez son más las mujeres que trabajan en condiciones irregulares, sin contrato de trabajo y previsión social, lo que las deja fuera de este sistema de protección; y por otra, para las mujeres que sí están en el sector formal, les genera una serie de perjuicios en sus posibilidades de ascenso, de aumento de responsabilidades o de hacer carrera, ya que la maternidad tiende a verse como un obstáculo al interior de la empresa.

2. La protección a la maternidad en la Constitución Política de la República.

La *Constitución Política de la República* (C.Pol.) no se ocupa de manera expresa sobre la protección de la maternidad, correspondiendo, en definitiva, al legislador laboral la regulación de los distintos derechos específicos asociados a la tutela de las madres trabajadoras y la familia. Con todo, existen en la *Constitución* normas de carácter general que se vinculan con el tema en estudio, en cuanto protegen la vida e integridad de la persona, como asimismo, a la familia.

Desde esta perspectiva, podemos resaltar la disposición del artículo 1 inciso 2º C.Pol. que reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y su inciso 3 que consagra que: “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*”. Por otra parte, en el plano de las garantías o derechos fundamentales, resalta en primer lugar el artículo 19 N° 1 de la C.Pol. que asegura a todas las personas el derecho a la vida y protege expresamente la vida del que está por nacer, con lo cual hay una referencia indirecta a la protección de la maternidad, toda vez que en la medida que se ampare la maternidad, es posible amparar a su vez la vida del que está por nacer.

Asimismo, no cabe duda que la garantía del artículo 19 N° 2, en concordancia con el artículo 19 N° 16 incisos 1º, 2º y 3º de la C.Pol. que aseguran tanto la igualdad de hombres y mujeres ante la ley, como la libertad de trabajo, el derecho a la libre elección el trabajo con una remuneración justa y la prohibición de toda discriminación en el empleo, configuran una estructura jurídica adecuada para que hombres y mujeres, al menos en el plano teórico, puedan acceder en igualdad de condiciones al mercado de trabajo. En consecuencia, es posible concluir que en nuestro sistema constitucional resulta absolutamente antijurídico cualquier distinción o exclusión en perjuicio de la mujer trabajadora en razón de su maternidad real o eventual, más aún teniendo en cuenta que los diversos acuerdos

internacionales ratificados por Chile sobre derechos fundamentales. Con ello se refuerza el deber del Estado, de acuerdo con el artículo 5 inciso 2º C.Pol., de velar porque estas normas protectoras cumplan, en los hechos, la finalidad para la cual han sido dictadas.

De igual manera, habría que agregar que el hombre trabajador, por aplicación del principio de igualdad de trato, tiene el derecho a no verse limitado en la asunción de sus responsabilidades como padre ni a ver dificultadas sus posibilidades para poder cumplir sus obligaciones familiares, con lo cual se garantizaría que sus hijos puedan recibir también su cuidado, cariño y atención. Con todo, veremos que este fin general derivado del derecho a la igualdad de trato no encuentra un reconocimiento efectivo en el ordenamiento jurídico laboral, en razón de la pervivencia de una segmentación de roles entre hombres y mujeres en lo que toca a las tareas productivas y reproductivas.

3. La protección a la maternidad en el “Código del Trabajo”: la pervivencia del “pecado original” del Derecho laboral.

El *Código del Trabajo* se ocupa de la protección a la maternidad a partir de su artículo 194 con una muy especial particularidad, dado que de conformidad a la norma señalada, los derechos y garantías que se le reconocen a la madre trabajadora y en casos excepcionales al padre trabajador, son de aplicación general, vale decir, tienen vigencia tanto en el sector público como en el privado, con lo cual se extiende, para estos efectos, el ámbito de aplicación de este cuerpo legal determinado por el artículo 1º. Por otra parte, en el artículo 194, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 2 incisos 3º y siguientes CT., se refuerza el reconocimiento del derecho a la no discriminación, al prohibir certificados o test de embarazo como requisitos para condicionar la contratación, permanencia, promoción o movilidad en el empleo de las trabajadoras. De esta forma, una vez más la legislación nacional busca reconocer y garantizar la igualdad formal de las mujeres frente a los hombres en el trabajo⁵³.

En los acápite siguientes se efectuará una breve sistematización de los derechos asociados a la maternidad, destacándose como característica principal que todos ellos, salvo el permiso por nacimiento de un hijo, son de titularidad exclusiva de la mujer y sólo en casos excepcionales puede el padre intervenir en su ejercicio, si la mujer así lo determina, o bien, cuando por causa de su fallecimiento ella no los puede ejercer. Así, entonces, estas normas que, consideradas en un contexto tradicional, resultan práctica-

⁵³ En detalle: CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El derecho a la no discriminación en el empleo*, cit. (n. 52), p. 81 s.

mente inobjetable por su fin tutelar de la maternidad y de los hijos, en un contexto integrador que busca poner el acento en la igualdad de trato en el empleo y en la corresponsabilidad de hombres y mujeres frente al empleo, se erigen como un obstáculo mayúsculo para asegurar una igualdad real, puesto que persisten en el viejo arquetipo de la mujer madre y cuidadora que marcó el inicio el Derecho del Trabajo, con lo cual tienden a desincentivar el empleo femenino y a arraigar la brecha laboral que lo separa del más valorado (social y económicamente) empleo masculino.

4. *Derechos asociados al cuidado de los hijos.*

A continuación se analizarán los derechos que el *Código del Trabajo* reconoce a las trabajadoras para cuidar a sus hijos y con el fin de que puedan conciliar sus responsabilidades familiares con el trabajo. Queda así una vez más de manifiesto cómo la legislación laboral excluye al padre trabajador de su parte en estas responsabilidades y acrecienta la segmentación entre trabajo masculino y femenino.

a) Descanso maternal⁵⁴. En nuestro país, ya las primeras leyes laborales del año 1924 consagraron este derecho, aunque en términos bastante más restringidos, para ir ampliándolo en la posterior normativa laboral, particularmente en el *Código* de 1931, hasta llegar a su actual consagración en el artículo 195 CT., el cual prescribe que: “*Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él*”⁵⁵.

⁵⁴ En relación con el derecho básico al descanso prenatal y postnatal cabe hacer presente que se ha comenzado a discutir su extensión, con la finalidad de flexibilizar el tiempo del descanso prenatal, permitiendo que la trabajadora embarazada pueda postergar el inicio del descanso, si su salud lo permite, y trasladar los días no utilizados al tiempo de descanso postnatal, para extender así su duración, pues tiende a ser considerado como insuficiente para satisfacer los deseos de la madre trabajadora de proporcionar cuidados personales a su hijo recién nacido durante un mayor período antes de retornar a su empleo. En este sentido: proyecto de ley que establece normas para flexibilizar el uso del permiso maternal, Boletín N° 1309-13, ingresado a tramitación con fecha 4 de agosto de 1994.

⁵⁵ Para que la trabajadora pueda hacer uso del descanso de maternidad previo al parto es necesario, según el artículo 197 CT., que presente al empleador un certificado médico o de matrona que acredite que el estado de embarazo ha llegado al período fijado para obtenerlo, para lo cual el legislador ha dispuesto que estos certificados deben ser expedidos gratuitamente. Por su parte, en lo que respecta al permiso postnatal, cabe señalar que éste comienza con el hecho del parto según lo señalado por el inciso 1 del artículo 195 CT., por lo que, en definitiva, el parto viene a constituir el requisito sine qua non para su ejercicio. Sin perjuicio de ello, debe hacerse presente que el CdT no condiciona el nacimiento de este derecho a la circunstancia de que la criatura nazca viva, ni exige para su continuidad que el niño sobreviva con posterior-

El sentido del derecho es resguardar la etapa final del embarazo, la recuperación física luego del parto y asegurar el cuidado del hijo recién nacido. De estos fines, no cabe duda que los dos primeros están vinculados a una condición biológica propia de la mujer, por lo que tiene pleno sentido asegurarle sólo a ella este derecho. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el tercer fin, pues el cuidado del hijo puede ser asumido tanto por la mujer como por el hombre, por lo que se encuentra aquí una oportunidad para introducir cambios normativos que reconozcan a ambos progenitores un permiso paternal, como a su vez, que posibiliten la combinación de este permiso con formas atípicas de contratación laboral como el trabajo a tiempo parcial⁵⁶, el trabajo a domicilio o el teletrabajo, que hagan posible una reinserción paulatina al empleo.

Sin perjuicio de lo anterior, el reconocimiento a ambos padres de un permiso paternal, esto es, un tiempo posterior al parto destinado al cuidado del hijo recién nacido, podría contribuir a frenar la discriminación de la mujer en el acceso al empleo y en su nivel de remuneraciones al liberarla en parte de la que hoy constituye su responsabilidad exclusiva, como a su vez, el principal desincentivo de los empleadores a contratar mujeres. Desaparecería así uno de los argumentos más utilizados para segregar al empleo femenino, pues el reconocimiento de la corresponsabilidad de los progenitores en el cuidado de sus hijos podría conducir a que los empleadores reviertan su tendencia a discriminar laboralmente a las mujeres, en atención a los costos o perturbaciones para la actividad empresarial derivadas del ejercicio de los derechos maternos. Asimismo, un permiso del que pudieran ser titulares la madre y el padre podría reforzar un rol más activo del Estado y de los mismos padres en el cuidado de la familia, reconociéndose así de manera expresa el derecho a la conciliación de trabajo y vida familiar⁵⁷.

ridad al parto. Así lo ha reconocido también la Dirección del Trabajo en el Dictamen N° 3143, de fecha 27 de mayo de 1985.

⁵⁶ En detalle: CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El trabajo a tiempo parcial* (Santiago, 2007).

⁵⁷ Así se ha hecho en España a través de la dictación de la Ley Orgánica N° 3/2007 para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, la que reconoce en su exposición de motivos que: "Especial atención presta la Ley a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales; mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda norma que encuentran aquí su concreción más efectiva." A continuación, se señala que: "*La Ley pretende promover la adopción de medidas concretas a favor de la igualdad en las empresas, situándolas en el marco de la negociación colectiva, para que sean las partes, libre y responsablemente,*

b) Derecho a sala cuna. A diferencia de otros derechos comprendidos dentro de la protección a la maternidad en el *Código del Trabajo*, el derecho a la sala cuna reconocido en el artículo 203 se caracteriza por no ser de aplicación general. Esto se explica, porque no siempre la trabajadora tendrá este derecho, toda vez que ello sólo es posible si concurren los requisitos legales que hacen surgir para el empleador la correspondiente obligación de mantener o pagar una sala cuna y que hoy presupone que presten servicios en la empresa un mínimo de 20 trabajadoras⁵⁸. Este requisito es de por sí absurdo, pues basta contratar 19 mujeres para que el derecho no exista y, además, es discriminatorio, por cuanto atiende únicamente a las mujeres que laboran en la empresa y no a los varones, desconociendo que el tema de la paternidad y de las responsabilidades que genera corresponden por partes iguales tanto a hombres como a mujeres. De esta manera, el *Código* transforma a este derecho en un privilegio a favor de una minoría de mujeres y construye un obstáculo para resolver el problema de la armonización entre trabajo y familia, sin perjuicio que reafirma una vez más el patrón cultural del rol cuidador de la mujer.

Por consiguiente, cabe preguntarse cómo se puede potenciar la mayor incorporación de la mujer al mercado de trabajo si sólo ellas deben soportar el peso del cuidado y buscar opciones para conciliar (trabajadores de casa particular, familiares, salas cunas privadas o estatales, etc.), liberándose a los hombres de asumir responsabilidades en este sentido y, en particular, privándolos de derechos que les posibiliten a ellos también acceder a opciones garantizadas del cuidado de sus hijos. Sin perjuicio de lo anterior, la creación de la obligación de construir, mantener o pagar la sala cuna únicamente al empleador⁵⁹, genera hoy en día cuestionamientos razonables,

las que acuerden su contenido". Posteriormente, el artículo 44 de la ley prescribe: "Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. 1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio. 2. El permiso y la prestación por maternidad se concederán en los términos previstos en la normativa laboral y de seguridad social. 3. Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y a una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de seguridad social"

⁵⁸ En su esencia, esta disposición está inspirada en la idea de que la sociedad y la empresa deben garantizar la compatibilidad entre el trabajo que realizan las mujeres y la maternidad. Si bien la mayor parte de los costos de la maternidad recaen sobre el sistema de seguridad social y sobre el Estado, el cuidado de los hijos de las trabajadoras se entregó a las empresas, pero no se responsabilizó a todo el empresariado sino que exclusivamente a los empleadores de mujeres.

⁵⁹ En lo que respecta a la forma en que el empleador debe cumplir la obliga-

pues desincentiva la contratación de mujeres, aumenta sus costos laborales sólo respecto de un colectivo de trabajadores (mujeres) y desconoce que el tema del cuidado de los niños también es de interés de ambos padres y, en último término, del Estado, en su compromiso por proteger a las familias. De allí, entonces que sea tan destacable la acción del actual Gobierno por crear salas cunas con financiamiento estatal⁶⁰, ya que ello está posibilitando a las familias de escasos recursos solucionar el problema de la conciliación de trabajo y cuidado de los hijos, lo que es especialmente relevante respecto de las mujeres que son jefas de hogar, como asimismo, si se considera que posibilita a los trabajadores de menores ingresos acceder a empleos formales de jornada completa, dado el funcionamiento en horario extendido de estos establecimientos.

c) Derecho a dar alimentos. A este derecho se refiere el artículo 206 CT.⁶¹, modificado el año 2007, con el fin de ampliar sus alternativas de ejercicio y reforzar su carácter autónomo frente al derecho a sala cuna⁶².

ción impuesta por el artículo 203 CT., en el evento que concurren los requisitos legales, esta misma disposición ha prescrito que ello puede hacerse de tres formas: manteniendo el empleador salas anexas e independientes del lugar de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos y dejarlos mientras están en el trabajo, o creando y manteniendo salas cunas en común con otros establecimientos de empresas obligadas o con otros centros o complejos, según sea el caso, que estén ubicados en la misma zona geográfica, previo informe favorable de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, o bien, pagando los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que las trabajadoras lleven a sus hijos menores de 2 años. En este caso, el empleador designará la sala cuna, de aquellas que cuenten con la autorización de la Junta Nacional de Jardines Infantiles. Además, en este caso, el empleador debe pagar también los gastos de locomoción en que incurra la trabajadora para ir a dejar y a buscar a su hijo menor de 2 años y para ir a darle alimento.

⁶⁰ Para mayor información véase: www.junji.cl.

⁶¹ De conformidad al nuevo texto del artículo 206 inciso 1º CT., luego de la modificación introducida por la Ley N° 20.166: “*Las trabajadoras tendrán derecho a disponer, a lo menos, de una hora al día, para dar alimento a sus hijos menores de dos años. Este derecho podrá ejercerse de alguna de las siguientes formas a acordar con el empleador: a) En cualquier momento dentro de la jornada de trabajo. b) Dividiéndolo, a solicitud de la interesada, en dos porciones. c) Postergando o adelantando en media hora, o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo*”.

⁶² Lo más destacable de esta reforma es que el nuevo texto del artículo 206 en su inciso 2º permite que este derecho pueda ser ejercido preferentemente en la sala cuna, o en el lugar en que se encuentre el menor, con lo cual se zanjó definitivamente una larga controversia interpretativa, pues la Dirección del Trabajo reiteradamente sostenía que el derecho a dar alimentos sólo procedía si la trabajadora tenía derecho a sala cuna y, como se estableciera en el punto precedente, ello sólo tenía lugar si la empresa ocupaba más de 20 trabajadoras, con lo que en los hechos se privaba a una gran cantidad de trabajadoras de toda posibilidad de dar alimentos a sus hijos.

Con el texto actual, toda trabajadora, tenga o no derecho a sala cuna podrá disponer de una hora al día, a lo menos, para los efectos de poder dar alimento a sus hijos menores de 2 años⁶³, por lo que se ha dado un paso importante para mejorar sus posibilidades de conciliación de trabajo y vida familiar. Destaca, además, que la nueva disposición reitera una regla del antiguo texto, en cuanto que para todos los efectos legales, el tiempo utilizado en el ejercicio de este derecho se considerará como trabajado.

Este derecho tiene su antecedente directo en el denominado “derecho de amamantamiento” reconocido ya en el primer convenio de la OIT sobre protección de la maternidad y estaba orientado a asegurar que los niños pudieran recibir alimentación materna, con lo que se satisfizo así una antigua aspiración de las mujeres obreras. Con el pasar del tiempo este derecho se extendió a todo tipo de alimentación, puesto que busca asegurar básicamente que el niño reciba el cuidado de su madre en un momento de significativo contacto personal y afectivo como es el destinado a su nutrición⁶⁴. Por tal motivo se ha entendido tradicionalmente como un derecho exclusivo de la mujer trabajadora. Con todo, las modificaciones recientes del artículo 206 CT. que reconocen nuevas alternativas para hacer uso de este derecho (v. gr. adelantar el término de la jornada diaria) permiten pensar que su fin más amplio es facilitar la conciliación del trabajo con las responsabilidades derivadas del cuidado de los hijos. Por tal razón, nada obsta a que pudiera reformularse este derecho en el sentido que también pudiera ser ejercido por los padres trabajadores, por ejemplo entre el primer y segundo año de vida del menor, dado que en esa época de su crecimiento normalmente ya no reciben alimentación materna y porque posibilitaría una mayor integración de los padres en el cuidado de los hijos, dándole al derecho un contenido neutro desde el punto de vista del género y contribuyendo así a hacer realidad una igualdad material de trato entre hombres y mujeres. En efecto, dado que la titularidad del derecho a partir de una cierta edad del menor recaería en el progenitor y no en la madre, se podría atacar una de las causas que hoy conducen a arraigar el

Entre otros: Dictamen N° 7486/171 de fecha 19 de octubre de 1990; Dictamen N° 2615/124 de fecha 2 de mayo de 1994; Dictamen N° 4201/194 de fecha 19 de julio de 1994; Dictamen N° 4360/238 de fecha 24 de julio de 1997.

⁶³ Sobre la extensión del derecho a dar alimentos respecto de madres con más de un hijo menor de 2 años o en los casos de partos múltiples véase: dictamen de la Dirección del Trabajo N° 3362/102, de fecha 20 de agosto de 2003; CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Comentarios en torno al nuevo dictamen de la Dirección del Trabajo sobre la extensión temporal del derecho a dar alimentos*, en *Revista Laboral Chilena* 122, (diciembre 2003), pp. 73 s.

⁶⁴ Así lo confirma el dictamen N° 7486/171 de la Dirección del Trabajo, de fecha 19 de octubre de 1990.

viejo modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora, desincentivando la contratación de mujeres, sin perjuicio de que podría revisar que el costo de este tiempo fuera asumido sólo por el empleador, fortaleciendo el sistema de seguridad social o buscando alternativas de financiamiento compartido entre trabajador y empleador por la vía de la negociación colectiva⁶⁵.

d) Permisos especiales. Los artículos 199⁶⁶ y 199 bis CT.⁶⁷ esta-

⁶⁵ Véase: CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Las materias objeto de la negociación colectiva y la libertad sindical: El fantasma de los "Chicago Boys" a 30 años del Plan Laboral*, en *Revista Estudios Laborales* 3 (Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2008), p. 117 s.

⁶⁶ El artículo 199 CT. se refiere al permiso frente a la enfermedad grave de un niño menor de un año y al respecto prescribe que: "*Cuando la salud de un niño menor de un año requiera de atención en el hogar con motivo de enfermedad grave, circunstancia que deberá ser acreditada mediante certificado médico otorgado o ratificado por los servicios que tengan a su cargo la atención médica de los menores, la madre trabajadora tendrá derecho al permiso y subsidio que establece el artículo anterior (subsidio por maternidad) por el período que el respectivo servicio determine. En el caso que ambos padres sean trabajadores, cualquiera de ellos y a elección de la madre, podrá gozar del permiso y subsidio referidos. Con todo, gozará de ellos el padre, cuando la madre hubiere fallecido o él tuviere la tuición del menor por sentencia judicial*".

⁶⁷ Por su parte, el artículo 199 bis CT. consagra un permiso en caso de enfermedad de un menor de 18 años y dispone que: "*Cuando la salud de un menor de 18 años requiera la atención personal de sus padres con motivo de un accidente grave o de una enfermedad terminal en su fase final o enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte, la madre trabajadora tendrá derecho a un permiso para ausentarse de su trabajo por el número de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas a elección de ella en jornadas completas, parciales o combinación de ambas, las que se considerarán como trabajadas para todos los efectos legales. Dichas circunstancias del accidente o enfermedad deberán ser acreditadas mediante certificado otorgado por el médico que tenga a su cargo la atención del menor*". A su vez, el inciso 2° permite que también el padre pueda hacer uso de este permiso, con derecho a remuneraciones, en el evento que éste sea también un trabajador, caso en el cual, la decisión de que éste pueda hacer uso de este beneficio queda entregada a la madre. Además, este permiso se otorgará también 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 o, a falta de ambos, a quien acredite su tuición o cuidado. Si bien el *Código del Trabajo* confiere este permiso especial con derecho a mantener las remuneraciones durante el tiempo no trabajado, no se reconoce una liberación plena de la obligación de la trabajadora o del trabajador de prestar sus servicios de conformidad al contrato, toda vez que el tiempo que comprende el permiso deberá ser restituido, según lo dispone el artículo 199 bis inciso 3°. Las formas de efectuar esta restitución del tiempo no trabajado son: imputando las horas no trabajadas al feriado anual; laborando horas extraordinarias o por cualquier forma que convengan libremente las partes. Si no resulta posible la aplicación de los mecanismos anteriores, el inciso 4 de esta norma señala que se podrá descontar el tiempo equivalente al permiso obtenido de las remuneraciones mensuales del trabajador, en forma de un día por mes, lo que

blecen un sistema especial de permisos para los casos en que se produzca enfermedad del hijo menor de edad, siendo digno de destacarse que, haciendo excepción al criterio general de circunscribir la protección frente al nacimiento y cuidado de los hijos sólo a la madre, el legislador laboral ha introducido un mecanismo que acrecienta la participación del padre, permitiéndole también en ciertas situaciones hacer uso de estos permisos. Con medidas de este tipo se avanza hacia una nueva concepción de familia, en la que desde el punto de vista del trabajo se revaloriza la igualdad de hombres y mujeres en cuanto a su responsabilidad y participación en el cuidado de los hijos, lo que, en definitiva, asegura que ambos puedan –al menos en el plano teórico– contar con igualdad de oportunidades en el trabajo. No obstante, las posibilidades que se le reconocen al padre en esta materia siguen siendo limitadas y de escasa aplicación práctica, por lo que en el futuro debería plantearse un fortalecimiento de su rol frente a los hijos, en vistas a concretar una necesaria conciliación de trabajo y vida familiar. Lo anterior se justifica, porque las disposiciones mencionadas siguen partiendo de la base de que la única persona responsable frente al cuidado de los hijos es la mujer, limitando las posibilidades de los padres trabajadores de asumir su corresponsabilidad frente a la familia, en la medida que la madre haga uso de la opción para derivar el ejercicio de este derecho al padre.

Por otra parte, cabe hacer presente que las dos situaciones que sirven de supuesto a los artículos 199 y 199 bis CT. dan cuenta de enfermedades graves y, en general, excepcionales, por lo que quedan fuera las situaciones más comunes de enfermedad de los hijos menores de edad que vivan con sus padres y que, indudablemente, tensionan las responsabilidades laborales, reclamando una respuesta de conciliación tanto para la madre como para el padre. Frente a situaciones de esta naturaleza, no nos parece oportuno la creación de nuevos derechos legales que persigan reconocer un permiso (pagado o no) a los trabajadores con responsabilidades familiares, sino que, por el contrario, abrir espacios de negociación entre las partes de una relación laboral, sobre todo por la vía colectiva, con el fin de generar mecanismos flexibles y concertados de conciliación de trabajo y familia acordes con las necesidades e intereses de quienes los acuerden y que partan de la base de un valor o bien jurídico que la legislación laboral sí debe asumir reconocer y fomentar, como es el de la corresponsabilidad de los progenitores, el que debería llegar a erigirse como un nuevo principio del Derecho del Trabajo.

podrá fraccionarse según sea el sistema de pago, o en forma íntegra si el trabajador cesare en su trabajo por cualquier causa.

5. *Derechos asociados al normal desarrollo del embarazo.*

Nos encontramos en este plano con derechos que en estricto sentido apuntan a proteger la maternidad, puesto que parten de la base de la necesidad de tutelar a la mujer trabajadora en lo que respecta al normal desarrollo del embarazo y, en último término, la protección de la criatura que está por nacer. No cabría, por tanto, que respecto de ellos se propusiera un reconocimiento a los padres trabajadores, pudiendo mantenerse la normativa vigente, sin perjuicio de pensar en una eventual adaptación a las necesidades y realidades de las trabajadoras de este nuevo siglo.

Ahora bien, son dos los derechos reconocidos en el *Código* que están en esta perspectiva. Por una parte, el ya referido permiso prenatal (artículo 195 inciso 1º CT.) que posibilita suspender la prestación de los servicios durante un tiempo anterior al parto durante el cual la futura madre requiere un especial cuidado de su salud, sin perjuicio de la discusión acerca de su eventual flexibilización con miras a extender el descanso postnatal. Por otra parte, encontramos en este plano la norma del artículo 202 CT. que confiere a la trabajadora embarazada el derecho al cambio de funciones cuando realiza trabajos riesgosos o pesado⁶⁸, que pudieran afectar su embarazo, sin que ello pueda dar lugar a una merma de sus remuneraciones, todo ello, en la tradicional perspectiva del Convenio N° 183 de la OIT sobre la materia.

6. *Derechos asociados a la conservación del empleo y de los ingresos.*

Desde esta perspectiva el *Código del Trabajo* reconoce, en primer lugar, el denominado fuero maternal en el artículo 201, el que se traduce en una prohibición de despido sin previa autorización judicial⁶⁹ para el empleador

⁶⁸ El inciso 2º del artículo 202 CT. ha precisado, para estos efectos, qué trabajos se consideran como perjudiciales y señala que tienen tal carácter aquellos que obliguen a la mujer a levantar, arrastrar o empujar grandes pesos; los que exijan un esfuerzo físico, incluido el hecho de permanecer largo tiempo de pie; los que se ejecuten en horario nocturno; los que se realicen en horas extraordinarias de trabajo; y aquellos trabajos que la autoridad competente declare inconveniente para el estado de gravidez. La Dirección del Trabajo en el dictamen N° 1739/68, de fecha 20 de marzo de 1996, ha precisado qué se entiende por “trabajo nocturno” y al respecto, asimilando lo establecido por el artículo 18 inciso 1º CT. en materia de protección del trabajo realizado por menores de 18 años, ha dispuesto que para los efectos del artículo 202 se entiende por trabajo nocturno aquel que se extiende entre las 22.00 y las 7.00 horas.

⁶⁹ El tribunal podría eventualmente acceder a la solicitud de desafuero del empleador, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 174 CT., cuando éste funde su petición en alguna de las causales de despido previstas en el artículo 159 N° 4 y 5 o en las del artículo 160 de este cuerpo legal. En todo caso, en relación con el fuero,

durante el período comprendido entre la concepción hasta un año después de expirado el permiso postnatal. Este derecho persigue garantizar la estabilidad laboral de la mujer trabajadora durante el período mencionado, con vistas a asegurarle los medios económicos para hacer frente a los gastos derivados de la maternidad y del cuidado de sus hijos.

Ahora bien, desde el punto de vista de la materialización de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el empleo sobre la base de la corresponsabilidad ante el trabajo y la familia, podría pensarse en una redefinición del derecho para aquellos casos en que ambos padres sean trabajadores, con el fin de evitar que la sola posibilidad del embarazo o la maternidad se conviertan en un elemento disuasivo de la contratación de mujeres, teniendo también en cuenta que la mujer tiene un rol creciente como proveedora de los ingresos familiares. Así, entonces, se podría pensar en reservar el fuero en forma exclusiva a la mujer desde la concepción al parto, reduciendo luego su extensión y reconociendo el mismo derecho al padre desde el parto hasta un tiempo posterior, dependiendo, por ejemplo, de quién asuma el cuidado de los hijos menores.

Lo anterior se puede combinar fortaleciendo el vínculo entre el fuero y el otro derecho legal que persigue el fin mencionado en el acápite, el denominado subsidio maternal, consagrado en el artículo 198 CT. dado que de esa manera se podría desmitificar el supuesto impacto negativo que representa para muchos empleadores la contratación de mujeres, pues conlleva una perturbación al tener que reemplazarla, conservar su empleo y no despedirla durante la extensión del fuero. Este subsidio es una prestación de seguridad social, financiada con fondos fiscales, que

nos parece que debería estudiarse la limitación que conllevan los contratos a plazo fijo o por obra o servicio, pues al hacer posible que el empleador pueda solicitar el desafuero respecto de este tipo de contratos, el fuero pasa a tener un valor relativo o nominal para muchos trabajadores con responsabilidades familiares. Desde esta perspectiva, nos parece que una revisión de este aspecto debería efectuarse desde un marco más amplio, referido al rol de los contratos de trabajo de duración determinada en nuestro actual ordenamiento jurídico y, en ese sentido, debería estudiarse con profundidad, si sería necesario o no que en nuestro sistema jurídico laboral se establezca, al igual que en la mayoría de las legislaciones más desarrolladas, la exigencia de que el empleador, aparte de las limitaciones establecidas en el artículo 159 N° 4 CT., deba invocar, además, alguna causa o razón justificada para celebrar contratos de trabajo de esta naturaleza. Lo anterior, permitiría establecer un resguardo adicional y más objetivo, respecto de los derechos de los trabajadores con responsabilidades familiares, toda vez que desincentivaría que los empleadores recurran a los contratos de trabajo de duración determinada para evitar verse en la obligación de reconocer u otorgar a las trabajadoras derechos o beneficios tales como sala cuna, permisos especiales o derecho a dar alimentos a sus hijos.

busca mantener la continuidad de los ingresos de la mujer trabajadora durante el período en que suspende su prestación de servicios (licencia pre y postnatal) y representa un claro ejemplo de la forma en que el Estado asume su rol de proteger a la familia. El subsidio por maternidad es, entonces, según lo manifiesta el profesor Cifuentes⁷⁰, un tipo de subsidio por incapacidad laboral transitoria⁷¹ que se caracteriza por ser una prestación de seguridad social, destinada a garantizar una renta sustitutiva a la mujer trabajadora que entra en goce de licencia médica maternal por el período inmediatamente anterior al parto y por algunas semanas posteriores al nacimiento de un hijo.

Si el Estado refuerza su rol de protección y fomento de la familia, sobre la base de la corresponsabilidad de hombres y mujeres, si los padres y madres trabajadores se comprometen también más activamente con el sistema de protección laboral a la familia y si los empleadores derriban mitos, fortalecen su compromiso con la familia, incluso por la vía de incentivos económicos, se podría avanzar más hacia el fin último de estos derechos que es proteger económicamente la familia. Además, se podría atacar una de las causas directas de la discriminación de la mujer trabajadora en el acceso al empleo y respecto de sus condiciones laborales y de remuneración, fundada en la arraigada idea de los empleadores de que el empleo femenino tiene costos directos e indirectos mayores al empleo masculino⁷².

7. *El permiso por nacimiento de un hijo al padre trabajador.*

El actual artículo 195 inciso 2° CT. dispone que: “*El padre tendrá derecho a un permiso pagado de cinco días en caso de nacimiento de un hijo, el que podrá utilizar a su elección desde el momento del parto, y en este caso será de días corridos, o distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento. Este permiso también se otorgará al padre que se le conceda la adopción de un hijo, contado desde la respectiva sentencia definitiva. Este derecho es irrenunciable*”⁷³.

Esta disposición es sin lugar a dudas uno de los más notables avances

⁷⁰ CIFUENTES LILLO, Hugo, *Subsidio maternal: un especial tipo de subsidio por incapacidad laboral transitoria*, en *Revista Laboral Chilena* (septiembre-octubre 2002), p. 69 s.

⁷¹ El profesor Cifuentes señala que estos subsidios tienen por finalidad atender pecuniariamente la contingencia o estado de necesidad que se produce al trabajador por la suspensión transitoria de su capacidad de trabajo, que le impide prestar sus servicios y, por consiguiente, percibir remuneración.

⁷² En detalle: CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El derecho a la no discriminación en el empleo*, cit. (n. 52), p. 103 s.

⁷³ Esta disposición fue incorporada al *Código* por la Ley N° 20.047, publicada en el *Diario Oficial* de fecha 2 de septiembre de 2005.

que ha experimentado la protección legal a la maternidad en el último tiempo, pues viene a incluir explícitamente al padre como beneficiario de un derecho derivado del nacimiento de un hijo, con lo cual nuestro actual ordenamiento jurídico comienza a apartarse de aquel arquetipo en virtud del cual le corresponde en forma exclusiva a la madre el cuidado de los hijos, limitándose el rol del padre al de proveedor y trabajador a tiempo completo. Con esta reforma legal, entonces, se reconoce expresamente que el padre trabajador también tiene derechos como tal y que debe tener la posibilidad de asumir su responsabilidad frente al nacimiento de un hijo, en un momento particularmente sensible, como es el primer mes de vida de un niño, período en el cual el menor requiere una enorme cantidad de cuidados que no pueden quedar entregados sólo a la madre. Lo anterior explica también la opción del legislador para que este permiso sea utilizado, preferentemente⁷⁴, dentro de los 5 días siguientes al parto, o bien, en forma discontinua dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento.

Por otra parte, cabe destacar que el permiso que se le reconoce al padre es pagado, lo que implica que conserva su derecho a percibir remuneraciones íntegras durante el período en el cual haga uso de él, con lo cual se persigue asegurar que el ejercicio de este beneficio no suponga un detrimento a su situación laboral o que origine la necesidad posterior de compensar el tiempo no trabajado, lo que terminaría afectando la efectividad del permiso⁷⁵. Con todo, si bien esta garantía es beneficiosa para el trabajador, cabe preguntarse por qué los costos de ella deben ser asumidos exclusivamente por el empleador, en circunstancias que el nacimiento de un hijo en último término implica un beneficio para el país, particularmente, en un contexto como el actual con una fuerte tendencia a la disminución de la natalidad. Lo anterior puede explicarse como una consecuencia del hecho que el actual ordenamiento jurídico laboral sigue operando en base al supuesto de una distribución clásica de roles laborales y paternales, como a su vez, desconociendo que una adecuada conciliación de trabajo y vida familiar es un tema de interés general y no exclusivamente de interés de los padres, por lo que es cuestionable la mantención de un modelo normativo que tiende a asignar el costo del reconocimiento de estos derechos sólo al empleador, sin que se cuestione técnicamente el impacto en los costos laborales directos

⁷⁴ Esta opción puede entenderse como preferente, ya que es la primera que se menciona y porque está más en concordancia con el espíritu de la reforma, cual es que el padre participe activamente en el nacimiento de su hijo y esté junto a la madre en los primeros días que exigen una mayor atención del menor, sobre todo si se considera que la madre está comenzando a recuperarse del parto.

⁷⁵ Véase el dictamen de la Dirección del Trabajo N° 3827/103, de fecha 2 de septiembre de 2005, que fija el sentido y alcance del artículo 195 inciso 2 CT.

e indirectos que beneficios como éste tienen en el mercado de trabajo y en su validación social por parte del empresariado.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Del análisis general efectuado sobre las normas que protegen la maternidad en el ordenamiento jurídico laboral chileno, es posible concluir, en primer lugar, que ellas se ajustan y, en general, sobrepasan los estándares mínimos impuestos por los acuerdos internacionales suscritos por el país sobre la materia, en particular, la convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el Convenio N° 103 de la OIT. Es así como los principales derechos que dan verdadero sentido a una adecuada protección a la maternidad, encuentran una consagración expresa en nuestra legislación laboral, como es el caso del fuero maternal, los descansos previos y posteriores al parto o el subsidio maternal.

En segundo lugar, es necesario subrayar como un aspecto positivo el hecho que el legislador laboral en los últimos años ha introducido diversas modificaciones tendientes a perfeccionar las normas protectoras de la maternidad, las que se han inspirado tanto en la necesidad de eliminar malas prácticas, como de ampliar el espectro de trabajadoras que puedan verse beneficiadas por este especial tipo de protección, como asimismo, en la necesidad de involucrar más activamente a los padres trabajadores en el cuidado de los hijos y, en un sentido más amplio, hacerlos partícipes en un mayor grado en la asunción de sus responsabilidades familiares. Desde esta perspectiva, resalta la introducción de una especial prohibición de discriminación hacia la mujer trabajadora, como es aquella que impide al empleador exigir “test” de embarazos, o bien, las modificaciones que permitieron extender el derecho a sala cuna a una mayor cantidad de mujeres, como es el caso de las que prestan servicios en centros o complejos industriales comerciales o de servicios.

En concordancia con lo anterior, destacan a su vez las modificaciones legales tendientes a equiparar y ampliar los derechos de los trabajadores que adopten a un niño o que asuman su tuición o cuidado personal. Esto último es especialmente relevante, puesto que conduce a dar un trato igualitario a los padres biológicos y a los padres adoptivos, contribuyendo también a promover la adopción como una vía para constituir familia y satisfacer las necesidades de cariño y atención que requieren los niños en situación de abandono. Asimismo, la ampliación de derechos como el derecho a dar alimentos o la política estatal de construir salas cunas para ampliar la cobertura de niños con este derecho representa un avance significativo para los trabajadores de menores recursos y, en especial, a las familias mono-

parentales que, en el caso de Chile, son encabezadas fundamentalmente por mujeres trabajadoras, quienes con este servicio estatal contarán con mejores oportunidades para acceder a un puesto de empleo formal.

Con todo, no se puede perder de vista que en Chile aún no se resuelve el tema de la conciliación de trabajo y vida familiar, con lo cual nuestro ordenamiento jurídico laboral persiste en su pecado original que condujo a la segmentación de roles productivos y reproductivos entre hombres y mujeres. En efecto, si bien en el CdT se reconocen derechos necesarios y valiosos, aisladamente considerados, para proteger la maternidad, en una visión de conjunto, estos derechos están incidiendo negativamente en la materialización última de su fin de tutela, al no erigirse sobre la base de la corresponsabilidad de hombres y mujeres. Como lo señala Avendaño⁷⁶, en el nivel de la sociedad, la conciliación de trabajo y familia es vista a menudo como un asunto de mujeres. Por ello, las políticas en este sentido están dirigidas básicamente hacia las mujeres como individuos más que a las familias, y en una perspectiva que parece más orientada por las necesidades empresariales de organización del trabajo o relacionadas con las estrategias de superación de la pobreza, que con el bienestar psicosocial de ellas. Por otra parte, en las organizaciones tampoco han ocurrido los cambios necesarios que permitan acoger a las mujeres y sus trabajos. A juicio de la autora citada, la cultura organizacional empresarial implica para las mujeres una suerte de “techo de cristal” que impone limitaciones en sus carreras, toda vez que las organizaciones están diseñadas con una lógica de presencia única o mayoritaria de hombres que disponen de toda una jornada para dedicarse exclusivamente a una actividad laboral. Se prescinde así de las consideraciones mínimas de sus roles familiares (por ejemplo, padre) o sociales más allá de su calidad de trabajador, reforzando de paso su falta de participación en el trabajo familiar. Por su parte, para las mujeres esta forma de organización de los tiempos de trabajo productivo entra en colisión con el tiempo que demandan sus actividades vinculadas con el trabajo familiar. Por consiguiente, en medio de esta cultura muchas mujeres que desean la maternidad enfrentan un rechazo directo mediante prácticas discriminatorias que encubre prejuicios sobre una menor dedicación y compromiso con el trabajo remunerado, con lo que la maternidad se va transformando en un obstáculo más que en un gozo, viéndose muchas mujeres forzadas a elegir entre el trabajo y la familia.

Las consideraciones anteriores, así como los temas analizados en este estudio, llevan entonces como conclusión a la necesidad urgente redefinir el

⁷⁶ AVENDAÑO, Cecilia, *Conciliación trabajo-familia y mujeres: reflexiones en una perspectiva psicosocial*, cit. (n. 25), pp. 226-227.

actual sistema de protección a la maternidad para que deje de transformarse en un privilegio reservado a algunas mujeres trabajadoras y, en concreto, para que deje de ser un obstáculo para el desarrollo laboral equitativo de las mujeres trabajadoras, redimiendo así el pecado inicial del Derecho del Trabajo, por la vía de reconocer un sistema basado en la corresponsabilidad de hombres y mujeres frente al trabajo y el cuidado de la familia. Ello pasa por eliminar la actual denominación de este título del *Código del Trabajo*, que circunscribe la protección a la maternidad y a la mujer, para centrarlo en la protección amplia de todos los trabajadores con responsabilidades familiares, sin referencias de género, y reconociendo la titularidad de todos los derechos (salvo los fundados en la maternidad biológica) indistintamente a mujeres y hombres. Lo anterior, posibilitaría, asimismo, poner el énfasis en el respeto de los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores al interior de la empresa, en torno al valor irreductible de la igualdad de trato de hombres y mujeres, así como revalorizar la protección y la promoción a la familia que debe asegurar el Estado a todas las personas de acuerdo a la Constitución.

Con todo, como lo señala Ferrajoli:⁷⁷ “es obvio que ningún mecanismo jurídico podrá por sí sólo garantizar la igualdad de hecho entre los sexos, por mucho que pueda ser repensado y reformulado en función de la valoración de la diferencia. La igualdad, no sólo entre los sexos, es siempre una utopía jurídica, que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que siempre sustentan el dominio masculino.” Por consiguiente, una acción normativa tendiente a redefinir la protección de la maternidad en torno al reconocimiento de la necesaria conciliación de trabajo y familia, la corresponsabilidad de los progenitores en sus deberes como proveedores y cuidadores y la materialización de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, pasa indefectiblemente por un proceso de cambio cultural promovido por acciones positivas del Estado que posibilite un amplio respeto a la diversidad y, sobre todo, el real reconocimiento de la mujer como una ciudadana plena en todos los ámbitos de la vida social.

El Derecho del Trabajo tiene por tanto un enorme desafío de por medio, el que jamás podrá ser considerado tardío o inoportuno, si se trata de redimir su pecado de nacimiento y enmendar su rumbo normativo a la luz de los valores y principios que deben ser la base para la reconfiguración de esta rama del Derecho en el nuevo siglo.

[Recibido el 30 de octubre y aprobado el 10 de noviembre de 2009].

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, cit. (n. 19), p. 92.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, Manuel - CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo* (Madrid, 2001).
- AVENDAÑO, Cecilia, *Conciliación trabajo - familia y mujeres: reflexiones en una perspectiva psicosocial*, en SOTO, Álvaro (editor), *Flexibilidad laboral y subjetividades. Hacia una comprensión psicosocial del empleo contemporáneo* (Santiago, 2008).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Comentarios en torno al nuevo dictamen de la Dirección del Trabajo sobre la extensión temporal del derecho a dar alimentos*, en *Revista Laboral Chilena* 122 (diciembre 2003).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El derecho a la no discriminación en el empleo* (Santiago, 2005).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Oportunidades de conciliación de trabajo y vida familiar en la legislación laboral chilena*, en *Revista de Derecho* 29 (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2007).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El trabajo a tiempo parcial* (Santiago, 2007).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El permiso parental y la progresiva inclusión del padre en los derechos para armonización de trabajo y la vida familiar*, en *Revista de Derecho* 21 (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 2008).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Las materias objeto de la negociación colectiva y la libertad sindical: El fantasma de los "Chicago Boys" a 30 años del Plan Laboral*, en *Revista Estudios Laborales* 3 (Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2008).
- CIFUENTES LILLO, Hugo, *Subsidio maternal: un especial tipo de subsidio por incapacidad laboral transitoria*, en *Revista Laboral Chilena* (septiembre-octubre 2002).
- CONDE-PUMPIDO, María Teresa, *La maternidad y la conciliación familiar dentro de la tutela de la igualdad*, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006).
- ESPINOSA, Malva, *Chile: Relaciones laborales para el siglo XXI*, en *Temas Laborales* 14 (Dirección del Trabajo), disponible en www.dt.gob.cl.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías* (Madrid, 2006).
- GARRIGUEZ GIMÉNEZ, Amparo, *La maternidad y su consideración jurídico - laboral y de seguridad social*, en "Colección Estudios" N° 159 (Madrid, Consejo Económico y Social, 2004).
- HEIN, Catherine, *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares*, en *Informes OIT* (Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2006).
- HENRÍQUEZ, Helia - RIQUELME, Verónica, *El trabajo a domicilio, un tema antiguo y actual*, en *Temas Laborales* 9 (Dirección del Trabajo), disponible en www.dt.gob.cl.
- HENRÍQUEZ, Helia - RIQUELME, Verónica, *Trabajo y maternidad: los pasos pendientes*, en *Temas Laborales* (Dirección del Trabajo), disponible en www.dt.gob.cl.
- HENRÍQUEZ, Helia - RIQUELME, Verónica - CÁRDENAS, Tatiana, *Las normas que protegen la maternidad en Chile: el comportamiento de las empresas*, en *Cuaderno de Investigación* 3 (Santiago, Dirección del Trabajo, 1996).
- HUNNEUS, Carlos, *La guerra fría chilena* (Santiago, 2009).
- HUTCHINSON, Elizabeth, *Labores propias de su sexo. Género, políticas y trabajo en Chile urbano 1900-1930* (Santiago, 2006).
- JEVONS, William S., *El Estado y los trabajadores* (Madrid, 2006).

- MURILLO DE LA VEGA, Soledad, *Presentación del número especial de la Revista del Ministerio del Trabajo sobre la Igualdad Efectiva de mujeres y hombres*, en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales* (Madrid, 2007).
- PÉREZ-BENEYTO, José, *Jornada y conciliación del trabajo*, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006).
- RIVAS, Ana María - RODRÍGUEZ, María José, *Mujeres y hombres en conflicto. Trabajo, familia y desigualdades de género* (Madrid, 2008).
- RODRÍGUEZ MANZANO, Irene, *Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, desarrollo y paz* (Madrid, 2008).
- SALAZAR, Gabriel; PINTO, Julio, *Historia contemporánea de Chile, IV: Hombres y feminidad* (Santiago, 2002).
- TODARO, Rosalba; YÁÑEZ, Sonia, *El trabajo se transforma* (Santiago, 2004).
- URIBE-ECHEVERRÍA, Verónica, *Inequidades de género en el mercado laboral: el rol de la división sexual del trabajo*, en *Cuaderno de Investigación* 35 (Santiago, Dirección del Trabajo, 2008).
- WALKER LINARES, Francisco, *Lecciones elementales de economía social y legislación del trabajo* (Santiago, 1933).
- WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *Derecho de las relaciones laborales* (Santiago, 2003).
- YÁÑEZ ANDRADE, Juan Carlos, *Chile y la Organización Internacional del Trabajo (1919-1925). Hacia una legislación social universal*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 22 (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2000)..
- YÁÑEZ ANDRADE, Juan Carlos, *La intervención social en Chile* (Santiago, 2008).
- ZAMORANO MORENO, Pilar, *Descansos, subsidios e inamovilidad laboral por causa de maternidad* (Memoria de prueba para optar al grado de licenciada en Ciencias jurídicas, Universidad de Chile, 2000).