



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Caamaño Rojo, Eduardo

El permiso parental y la progresiva inclusión del padre en los derechos para la armonización del
trabajo y la vida familiar

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXI, 2008, pp. 325-354
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173613754008>

- ▶ 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

Revista de Derecho
 de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
 XXXI (Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2008)
 [pp. 325 - 354]

**EL PERMISO PARENTAL Y LA PROGRESIVA
 INCLUSIÓN DEL PADRE EN LOS DERECHOS PARA LA
 ARMONIZACIÓN DEL TRABAJO Y LA VIDA FAMILIAR**

[Parental Leave and the Progressive Inclusion of the Father
 in the Rights to Reconcile Work and Family Life]

EDUARDO CAAMAÑO ROJO*
 Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

El presente estudio busca dar cuenta de la forma en que el Derecho del Trabajo ha comenzado a reconocer la creciente demanda para armonizar trabajo y vida familiar. El análisis pretende contribuir al perfeccionamiento de la normativa laboral chilena en orden a que ésta pueda efectivamente materializar la igualdad de trato y de oportunidades en la vida laboral entre hombres y mujeres, cuestionando el arquetipo del hombre proveedor y la mujer cuidadora que se impone a comienzos del siglo XX, proponiendo en su reemplazo un modelo de corresponsabilidad de trabajadores y trabajadoras en el trabajo y en el cuidado de la familia. Desde esta perspectiva, el

ABSTRACT

This study attempts demonstrate the way in which the Labor Law has started to recognize the increasing demand to reconcile work and family life. The analysis attempts to contribute to the improvement of the Chilean labor norms in order to effectively materialize equal labor treatment and opportunities between men and women, questioning the archetype of man as provider and woman as caregiver, which has been imposed since the beginning of the 20th century. As a replacement, a model of co-responsibility of male and female workers at work and when taking care of the family is proposed. From this perspective, the parental leave as an

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

permiso parental como derecho laboral irrenunciable a favor del padre es una medida básica que puede potenciar el cambio social necesario para hacer realidad una efectiva conciliación de trabajo y vida familiar entre hombres y mujeres

PALABRAS CLAVE: Permiso parental – Trabajo – Familia – Trabajador - Conciliación de trabajo y familia.

inalienable labor right on behalf of the father is a basic measurement which can empower the necessary social change to materialize an effective work/family life balance between men and women.

KEYWORDS: Parental leave – Work – Family – Worker – Work/family life balance.

I. EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA CONCILIACIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES LABORALES Y FAMILIARES

1. Uno de los desafíos más trascendentales al que se encuentra enfrentada la sociedad en el mundo contemporáneo está dado por el progresivo replanteamiento del tradicional pacto de producción y reproducción en el ámbito laboral, el que usualmente se ha manifestado a través del modelo de “hombre proveedor y mujer cuidadora”¹. Esta opción para la distribución de las responsabilidades laborales y familiares es, curiosamente, una clara consecuencia de la introducción de la protección jurídico laboral a comienzos del siglo XX, toda vez que la experiencia histórica muestra que durante el desarrollo de la Revolución Industrial las fábricas comenzaron a requerir una gran cantidad de trabajo asalariado, sin distinguir entre hombres, mujeres o niños².

En efecto, es en los inicios del desarrollo de la legislación laboral cuando comienza a perfilarse una nueva distribución de roles de género³ en el

¹ TODARO, Rosalía - YÁNEZ, Sonia, *El trabajo se transforma* (Santiago, CEM Ediciones, 2004), pp. 64 s.

² En detalle: ORTIZ LETELIER, Fernando, *El movimiento obrero en Chile* (Santiago, Editorial Lom, 2005), p. 98. Según lo señala este autor en la página citada: “A un niño no es necesario pagarle lo que a un adulto. Lo mismo acontece con la mujer que se incorpora a la producción. El industrial los preferirá. Obtiene el capitalista una doble ganancia: por una parte paga menores salarios a las mujeres y niños que trabajan con él y, a la vez, provoca así una baja general de los salarios.”

³ 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*

mercado de trabajo, toda vez que las leyes laborales dictadas como respuesta a la cuestión social que se presentó en buena parte de los países occidentales asumieron como una de sus prioridades la creación de mecanismos especiales de tutela para los niños, así como 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. En este último sentido es interesante tener en consideración que leyes laborales de comienzos del siglo pasado tendieron a amparar a las mujeres trabajadoras especialmente en razón de su sexo, prohibiéndoles la realización de ciertas actividades laborales que requerían fuerzas excesivas o que implicaran trabajar en condiciones extremas⁴. De esta manera, la particular protección de la mujer trabajadora fue conduciendo a su progresiva marginalización del mercado de trabajo, permitiendo a los trabajadores varones reivindicar salarios más altos, dándose así origen a la noción de “salario familiar”⁵.

Si se analiza el Derecho del Trabajo desde una perspectiva de género,

de la igualdad, en *Cuadernos de Derecho Judicial* 17 (Consejo General del Poder Judicial, España, 2006), pp. 18-19.

⁴ El artículo 18 CdT. prohibía, hasta su modificación por la Ley Nº 19.250, de 1993, que las mujeres fueran contratadas en trabajos mineros subterráneos, en faenas calificadas como superiores a sus fuerzas o peligrosas para las condiciones físicas o morales propias de su sexo, salvo que ocuparan cargos de dirección o de carácter técnico que implicaran responsabilidad, que se ocuparan de servicios de sanidad o asistencia social, que por efectos de sus estudios tuvieran que realizar prácticas en la parte subterránea de una mina o que en el ejercicio de una profesión tuvieran que bajar ocasionalmente a la parte subterránea de una mina.

⁵ El desarrollo paulatino de la legislación laboral a comienzos el siglo XX fue desincentivando la contratación de mujeres y acentuando su rol en el cuidado de la familia y del hogar, en vistas a garantizar la crianza de los futuros trabajadores que deberían asumir los retos del nuevo mundo industrializado, toda vez que el trabajo fuera del hogar obligaba a las mujeres a alejarse del cuidado de sus hijos, lo que debía ser evitado. En efecto, 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 adecuada. Así, entonces, 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 femenino. De igual manera, la legislación 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 como carga de su marido terminaron profundizando la noción de que las mujeres no debían trabajar. Véase: TODARO, Rosalía - YÁÑEZ, Sonia, *El trabajo se transforma*, cit. (n. 1), pp. 66-67; HEIN, Catherine, *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares*, en *Informes OIT* (Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2006), pp. 27-28.

resulta evidente que el ordenamiento jurídico especial a que dio lugar se creó pensando en un trabajador hombre del sector industrial, a jornada completa, responsable del sustento económico familiar y que no precisaba de medidas de conciliación, porque no se le considera responsable de las tareas domésticas y de cuidado. Este modelo servirá luego para definir los derechos laborales y la organización del trabajo⁶, particularmente en lo que se refiere a la ordenación legal de los tiempos de trabajo, permitiéndose, en caso de Chile, jornadas diarias de hasta doce horas de trabajo⁷. Asimismo, es necesario tener en consideración que la cultura y las expectativas en el lugar de trabajo relativas al trabajador ideal que pone el trabajo y las preocupaciones profesionales por encima de cualquier deseo de implicación familiar desempeñan un papel importante para desalentar a los hombres para aprovechar las ventajas de los derechos que se le reconozcan como padres. De allí entonces que los primeros pasos tendientes a generar un cambio del modelo arquetípico de producción y reproducción deben tender fundamentalmente a que los trabajadores con responsabilidades familiares que hagan uso de las opciones que les pueda ofrecer el ordenamiento jurídico no se vean expuestos a situaciones de vulnerabilidad que supongan pagar un precio demasiado alto por sus limitaciones familiares⁸. Desde esta perspectiva es interesante constatar como la evolución en la normativa que promueve una igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, en especial ante las responsabilidades familiares, comienza a abandonar las categorías de género (v. gr. mujer trabajadora) para referirse más ampliamente a los progenitores o, en forma simple, a los trabajadores con responsabilidades familiares.

Por lo tanto, se va configurando paulatinamente una tensión en la normativa laboral en su proyección con los cambios en la vida social y en la asunción de responsabilidades de familia, pues un análisis general nos muestra que cada vez que el legislador se ocupa del trabajador, lo hace teniendo como referencia un trabajador típico de sexo masculino, para quien su área de desarrollo vital es el laboral, siendo marginado como titular de derechos vinculados con sus responsabilidades familiares como queda de manifiesto al examinar las disposiciones tradicionales que se ocupan de

⁶ CONDE-PUMPIDO, María Teresa, *La maternidad y la conciliación familiar dentro de la tutela de la igualdad*, cit. (n. 3), p. 21.

⁷ Esto según se desprende de los artículos 22, 28 y 31 CdT. Véase: CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La actual regulación de la jornada de trabajo y la necesidad de su flexibilización*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 28 (2007, semestre I), pp. 337 s.

⁸ HEIN, Catherine, *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares*, cit. (n. 5), pp. 118-119.

resolver la conciliación de trabajo y familia (v. gr. titularidad del derecho a sala cuna a permisos por enfermedad de un hijo), los que se han reservado usualmente a la mujer trabajadora. De esta manera resulta evidente como la consolidación de la protección jurídica del trabajo subordinado fue intensificando la separación de roles entre hombres y mujeres y contribuyendo a la creación de obstáculos normativos y culturales para una distribución más armónica de los distintos ámbitos de la vida de hombres y mujeres en el trabajo y la familia.

2. En la actualidad, el cuestionamiento del arquetipo tradicional de distribución de roles laborales y familiares se intensifica con la creciente incorporación de la mujer al mercado de trabajo,⁹ lo que ha redundado en un aumento del número de mujeres que se dedican simultáneamente al trabajo fuera y dentro del hogar. Es así como las transformaciones que ha experimentado el trabajo¹⁰ a través del postfordismo, los cambios tecnológicos y productivos, como a su vez mediante el notable desarrollo de modalidades atípicas de contratación laboral han abierto nuevas posibilidades de trabajo a las mujeres¹¹ (aunque habitualmente más precario), pues en una época en que se preconiza la desregulación de las condiciones de trabajo y una mayor exigencia de disponibilidad de los trabajadores se dificulta o imposibilita la conciliación con sus responsabilidades familiares que sigue asumiendo prácticamente en solitario¹².

⁹ El aumento de la participación de las mujeres en la población activa se ha debido a factores relacionados con la oferta y la demanda. En el lado de la oferta, las tendencias hacia un matrimonio más tardío, las personas que no se casan, las madres solteras y las rupturas matrimoniales han significado que un número creciente de mujeres en muchos países necesiten ingresos. De igual manera, los niveles educativos más altos han aumentado las expectativas laborales de las mujeres, así como su potencial de ganancia. Por su parte, desde la perspectiva de la demanda, el crecimiento económico y el auge de sectores en los que el trabajo femenino ha sido muy apreciado tradicionalmente ha proporcionado oportunidades de empleo a las mujeres. A su vez, el creciente aumento de sus niveles educativos ha hecho que también sean objeto de demanda para puestos de trabajo en los que existe escasez de trabajadores con buenos grados de formación y formación. Finalmente, no se puede desconocer que el hecho de que las mujeres puedan ser contratadas a menudo por menores salarios y con contratos menos seguros que los hombres ha obrado como un incentivo negativo hacia su mayor contratación. En este sentido: HEIN, Catherine, *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares*, cit. (n. 5), p. 29-30.

¹⁰ En detalle: CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 18 (julio 2005), pp. 25 s.

¹¹ Así ocurre con el trabajo a tiempo parcial. Véase: CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El trabajo a tiempo parcial* (Santiago, LexisNexis, 2007), pp. 70 s.

¹² De igual manera: BUCHNER, Herbert - BECKER, Ulrich, *Mutterschutzgesetz und*

En efecto, como lo señala acertadamente Conde-Pumpido¹³, 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 trabajo. Por cierto, lo anterior termina siendo una consecuencia de que las iniciales políticas de igualdad en el empleo entre hombres y mujeres tenían un carácter meramente formal, pues partían de la base de que la igualdad era una equivalencia de todo lo no relacionado con la reproducción, vale decir, la igualdad de derechos se reconocía a la mujer desligada de su condición de madre real o potencial y de su papel dentro de la familia, con lo cual, en los hechos, la discriminación de la mujer trabajadora persistió. De allí que la conciliación debe formar parte de la “mainstreaming” o dimensión transversal de género¹⁴, con miras a articular unitariamente todas las políticas de igualdad orientadas a erradicar de forma sistemática y coordinada la desigualdad entre mujeres y hombres¹⁵, toda vez que el enfoque integrado ha permitido evidenciar y

Bundeselterngeld- und Eternzeitgesetz (Múnich, C.H. Beck, 2008), p. 48.

¹³ CONDE-PUMPIDO, María Teresa, *La maternidad y la conciliación familiar dentro de la tutela de la igualdad*, cit. (n. 6), pp. 21-23. En igual sentido: PÉREZ-BENEYTO, José, *Jornada y conciliación del trabajo*, en *Cuadernos de Derecho Judicial* 17 (Consejo General del Poder Judicial, España, 2006), p. 259.

¹⁴ La estrategia del “mainstreaming” o transversalidad de la perspectiva de género aparece en la Conferencia Mundial de la Mujer de Beijing del año 1995 y a través de ella se busca un tránsito de la igualdad meramente formal a igualdad de oportunidades con miras a la consecución de una igualdad real de mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida social. La transversalidad se puede definir como: el análisis de toda medida política para comprobar que no afecta negativamente a la igualdad de las mujeres y, en el caso de que lo hiciera, eliminar esa medida o neutralizar esa negatividad con medidas de acción positiva, consistente fundamentalmente en el entendimiento de que la situación de inferioridad de la mujer no se sitúa en un sector concreto de la actividad política, sino que la erradicación de la desigualdad de género exige que la política adopte soluciones de igualdad en todos y cada uno de los sectores de la vida pública y privada.” Por tanto, “la transversalidad no es una medida de acción positiva más, sino la medida definitiva para la erradicación de la desigualdad de género, en cuanto que de su aplicación no se espera que la desigualdad disminuya, sino que definitivamente se erradique.” En este sentido: PÉREZ-BENEYTO, José, *Jornada y conciliación del trabajo*, cit. (n. 13), pp. 269-270.

¹⁵ Así, por ejemplo, el artículo 29 de la Directiva N° 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación consagra el principio de transversalidad de la perspectiva de género y dispone que: “Los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar

poner de manifiesto las desigualdades existentes en la asignación de papeles –trabajo y familia– y las consecuencias de los mismos.

3. Es por lo antes expuesto que en los últimos años, las legislaciones laborales más modernas que la nuestra y los mismos actores sociales, a través de procesos de negociación colectiva o de diálogo social, han comenzado progresivamente a articular medidas para conciliar el trabajo y la vida familiar en el entendido de que estas representan a corto y largo plazo un factor clave para el desarrollo social y económico de las naciones¹⁶. En concreto se ha pretendido adoptar medidas para asegurar la igualdad de oportunidades en el trabajo¹⁷ como asimismo, para alcanzar una distribución más justa entre hombres y mujeres de sus responsabilidades familiares, contribuyendo a hacer compatible el trabajo con el cuidado de la familia¹⁸. Sobre el particular es importante considerar como un elemento de juicio adicional que pone de manifiesto la necesidad de avanzar en la adopción de políticas sociales y de ajustes en los tradicionales esquemas normativos de la legislación laboral, el hecho que desde la década de los ochenta del siglo pasado se han tornado cada vez más comunes las familias en las que los dos miembros de la pareja trabajan, así como las familias monoparentales, en especial, aquellas en que las mujeres son jefas de hogar¹⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, no se puede perder de vista que la demanda por alcanzar mayores grados de armonización de trabajo y vida familiar no se limita únicamente a promover una mayor participación laboral femenina, así como a prever y a sancionar actos de discriminación basados en el sexo, sino que busca también reivindicar el derecho de los trabajadores varones a vivir más intensamente el cuidado de sus familias,

y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en la presente directiva”

¹⁶ RUMP, Jutta - EILERS, Silke - GROH, Sybille, *Vereinbarkeit von Beruf und Familie. Modeerscheinung oder ökonomische Notwendigkeit?* (Ludwigshafen, Wissenschaft & Praxis, 2008), p. 11.

¹⁷ En detalle: CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El derecho a la no discriminación en el empleo* (Santiago, LexisNexis, 2005).

¹⁸ En este sentido: AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, *Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Número especial sobre igualdad efectiva de mujeres y hombres (España, 2007), p. 69-70 (disponible en www.mtas.es).

¹⁹ De acuerdo a la Encuesta Casen 2006 existen 1.866.673 hogares encabezados por una mujer, ello constituye el 35,1%. Es decir, madres solteras, casadas, convivientes o solas, pero todas con algo en común: mujeres que aportan el principal sustento económico de su familia, con hijos y/o nietos que deben sacar adelante. Información disponible en: www.sernam.cl.

permitiéndoles que puedan conciliar efectivamente sus responsabilidades laborales y familiares. De igual manera, se trata de poner de manifiesto que la conciliación de la vida laboral y familiar no incumbe únicamente a hombres y mujeres, sino que a toda la sociedad. Por tal razón se sostiene que la conciliación de trabajo y vida familiar debe ser entendida antes que nada como una materia de política de familia, desarrollada tanto en el marco del mercado de trabajo, como de la protección social²⁰. Así, entonces, las políticas públicas dirigidas a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral deberían arbitrarse de forma tal que se proteja el derecho de la madre a acceder al mercado de trabajo y a permanecer en él sin que la situación familiar sea un elemento discriminatorio, al igual que deberían proteger el derecho del padre en el mismo sentido, así como el derecho de los hijos a ser cuidados y educados por sus padres, y el derecho de los ancianos y personas dependientes a permanecer con sus familias cuando ellos lo deseen y éstas puedan atenderlos. En definitiva, este tipo de políticas públicas deberían proteger el derecho de todos los miembros de la familia a la convivencia diaria sin tener que renunciar a la misma por exceso de trabajo de uno o de ambos progenitores²¹.

4. El presente estudio desea poner de manifiesto la forma en que el Derecho del Trabajo ha comenzado reconocer en el último tiempo la demanda creciente para armonizar trabajo y vida familiar, por la vía de incluir al padre trabajador como titular de derechos específicos en este sentido en la legislación laboral. Creemos que un análisis como el propuesto es de relevancia para contribuir al perfeccionamiento de la normativa laboral chilena en orden a que ésta pueda efectivamente materializar la igualdad de oportunidades en la vida laboral entre hombres y mujeres. En efecto, se sostiene²² con razón que las medidas, los planes y los instrumentos que permitan la integración de la vida familiar y laboral deben tener como destinatarios a todos, sin exclusión. No pueden ser planes destinados a que las madres trabajadoras concilien – insistiendo en la discriminación de las mujeres y de los hombres que han asumido sus responsabilidades familia-

²⁰ Sobre el rol de los gobiernos y los agentes sociales en la adopción de políticas tendientes a asimilar las realidades sociales y económicas vinculadas a los conflictos entre trabajo y familia y su impacto en la sociedad, el trabajo y la vida de hombres y mujeres, véase: HEIN, Catherine, *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares*, cit. (n. 5), pp. 43 s.

²¹ LÓPEZ LÓPEZ, María Teresa - VALIÑO CASTRO, Aurelia, *Conciliación familiar y laboral en la Unión Europea*, Colección de Estudios (Madrid, Consejo Económico y Social, 2004), p. 12.

²² TORTUERO PLAZA, José Luis, *50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral* (Navarra, Editorial Aranzadi, 2006), p. 34.

res-, sino destinados a los padres y a las madres, debiendo contribuir a forzar el cambio de roles y estereotipos en términos de corresponsabilidad.

II. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR QUE ES PADRE EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DE LA OIT

Desde sus comienzos, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) mostró una especial preocupación por las implicancias que el trabajo podría tener respecto de la maternidad y el cuidado de la familia. De allí entonces que uno de los primeros convenios aprobados en el seno de este organismo, el Nº 3 de 1919, se ocupa de promover el reconocimiento universal de los derechos vinculados a la protección a la maternidad. Esta línea tutelar será perfeccionada luego por los convenios Nº 103 de 1956 y Nº 183 de 2000, sobre la misma materia, conformando el último de ellos la expresión más moderna de la protección de los derechos de las madres trabajadoras. Con todo, si bien estos convenios son trascendentales en su respectivo ámbito, no se puede desconocer que se sitúan en un estadio inicial en relación con el tema que nos ocupa, pues continúan enfocados en una protección circunscrita exclusivamente a la mujer por razones biológicas obvias y excluyen una perspectiva más amplia que involucre también al padre trabajador en sus derechos y responsabilidades como progenitor.

Por lo anterior, desde la perspectiva de la armonización de trabajo y familia resulta imprescindible efectuar una referencia al Convenio Nº 156 de 1981 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, como asimismo a la Recomendación Nº 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*”²³. Además resulta interesante constatar que en estos instrumentos internacionales la OIT considera que muchos de los problemas con que se enfrentan todos los trabajadores se agravan en el caso de los trabajadores con responsabilidades familiares, por lo que se reconoce la necesidad de mejorar la condición de estos últimos a la vez mediante medidas que satisfagan sus necesidades particulares y mediante medidas destinadas a mejorar la condición de los trabajadores en general²⁴.

Ahora bien, para los efectos de la aplicación de estos instrumentos internacionales, el artículo 1 del Convenio Nº 156 define a los trabajadores con responsabilidades familiares, como aquellos trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando tales

²³ Preámbulo de la recomendación Nº 165 de la OIT.

²⁴ Preámbulo del convenio Nº 156 de la OIT.

responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella. Asimismo, el inciso 2º de este artículo comprende dentro del concepto de trabajadores con responsabilidades familiares, a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten de su cuidado o sostén, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.

La definición anterior 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 hombres y de reproducción y cuidado entregado a las mujeres. En la actualidad, tanto hombres como mujeres pueden, deben y desean 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 fundamental que este tema se integre a otros foros como pueden ser los relativos al empleo y la economía²⁵.

Esta perspectiva orientada hacia una igualdad de trato material entre hombres y mujeres en el trabajo comenzará a incidir fuertemente en las líneas de acción de la OIT, como queda de manifiesto con la *Declaración de Principios y Derechos Fundamentales* de 1998, de la que se desprende que uno de los pilares de lo que este organismo internacional ha dado en llamar “trabajo decente” está conformado por el necesario compromiso que deben asumir todos los Estados miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios particulares, de hacer realidad de buena fe, entre otros, la prohibición efectiva de la discriminación en el empleo, en la que

²⁵ 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.

se cuenta naturalmente aquella que podrían sufrir los trabajadores con responsabilidades familiares²⁶.

Sin pretender analizar en detalle este instrumento internacional que ya ha sido objeto de estudios anteriores²⁷, interesa en este momento hacer referencia las acciones que deben adoptar los Estados que lo hayan ratificado, como es el caso particular de Chile²⁸, para concretar una efectiva conciliación de trabajo y vida familiar. Es así como el artículo 3 establece una prohibición de discriminación en base a las responsabilidades familiares²⁹ y el artículo 8 por su parte recalca que la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo, con lo cual ambas disposiciones establecen un imperativo de adecuación de la legislación laboral interna con miras a garantizar ambos objetivos. A la luz de los dos principios rectores anteriores, el artículo 4 del Convenio establece que los Estados deben adoptar todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo y tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social.

²⁶ Conforme al punto 2º de este texto, la OIT: “Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”.

²⁷ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Oportunidades de conciliación de trabajo y vida familiar en la legislación laboral chilena*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 29 (semestre II, 2007), pp. 171 s.

²⁸ Chile no ha adoptado hasta la fecha medidas generales claras y consistentes que se orienten específicamente hacia la obtención de un mayor grado de armonización de trabajo y vida familiar. Con todo, existen algunos ejemplos aislados como es el caso de la reforma al artículo 195 inciso 2º CdT que se analizará en el acápite V de este estudio. Sin perjuicio de ello, el Servicio Nacional de la Mujer estudia un potencial proyecto de ley que busca modificar la legislación laboral con el fin de introducir cambios para compatibilizar responsabilidades laborales con obligaciones laborales.

²⁹ Conforme al artículo 3 del convenio N° 156: “Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales”.

Asimismo, el artículo 6 del Convenio, reconociendo que la situación social y laboral que enfrentan los trabajadores con responsabilidades familiares tiene un importante componente cultural como base, dispone que: *“las autoridades y organismos competentes de cada país deberán adoptar medidas apropiadas para promover mediante la información y la educación una mejor comprensión por parte del público del principio de la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras y acerca de los problemas de los trabajadores con responsabilidades familiares, así como una corriente de opinión favorable a la solución de estos problemas”* A su vez, en concordancia con lo anterior, el artículo 7 señala que: *“deberán tomarse medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales, incluyendo medidas en el campo de la orientación y de la formación profesionales, para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades”*.

De estas normas destaca la tendencia de la OIT a proponer acciones amplias a través de las cuales los Estados miembros puedan canalizar la protección a los trabajadores con responsabilidades familiares, sin mencionar ninguna en concreto, como es el caso del permiso paternal que nos interesa en estudio, sin que por ello pueda entenderse excluido del convenio en comento, toda vez que representa sólo una de las múltiples vías por la cual se puede promover la mayor y mejor armonización de trabajo y familia, en la que el acento, como tendremos oportunidad de analizarlo, está en la promoción del rol del padre trabajador. Por todo lo anterior, es dable sostener que el Convenio Nº 156 es un buen ejemplo de giro normativo y conceptual acerca de la materialización efectiva de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la vida laboral y familiar, incluyendo a los hombres trabajadores en el reconocimiento de derechos que les corresponden como padres, como a su vez, sentando las bases de lo que debe ser la acción de los Estados en la materia, la que no puede limitarse a un mero reconocimiento positivo de estos principios y derechos, sino que debe estar especialmente orientada, en conjunto con la actuación de los actores sociales, a la promoción y desarrollo de acciones positivas que posibiliten un cambio real del viejo esquema del hombre proveedor y de la mujer cuidadora³⁰.

³⁰ Destacable en este sentido es el programa del Servicio Nacional de la Mujer en Chile, a través del cual se busca avanzar en la concreción de buenas prácticas laborales que excluyan la discriminación y promuevan la integración equitativa de trabajadores con responsabilidades familiares, para lo cual se pretende fomentar la aplicación y respeto del denominado “Guía de Buenas Prácticas Laborales”.

III. APORTES DEL DERECHO COMUNITARIO PARA LA INCLUSIÓN DEL PADRE TRABAJADOR EN LA ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDADES FAMILIARES

El Derecho comunitario ha centrado parte importante de su desarrollo en el ámbito de lo social en el reconocimiento y la promoción de la igualdad de trato efectiva entre hombres y mujeres. En este sentido cabe destacar el artículo 16 de la *Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*³¹, de fecha 9 de diciembre de 1989; la Directiva N° 75/117/CE, de 10 de febrero de 1975, sobre la aplicación del principio de igualdad de retribuciones entre los trabajadores masculinos y femeninos; la Directiva N° 76/207/CE, de 9 de febrero de 1976, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo; así como la Directiva N° 92/85/CE, de 19 de octubre de 1992, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la mujer embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia. A su vez, merece una mención especial la Directiva N° 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, a través de la cual el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea han refundido en un texto único las directivas anteriores, luego de las modificaciones parciales que fueron experimentado a través de los años, con miras a establecer en un texto único y coordinado las normas vinculadas a la aplicación del principio de igualdad de trato por razones de sexo que constituye uno de los pilares fundamentales del Derecho social comunitario³².

³¹ Conforme a esta disposición: “[Inciso 1º] Debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Debe desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. [Inciso 2º] A tal fin, conviene intensificar, dondequiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional. [Inciso 3º] Conviene, asimismo, desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares.”

³² Así se desprende del artículo 2 del Tratado constitutivo de la Unión Europea, conforme al cual: “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de

Desde la perspectiva que ocupa a este estudio, sin lugar a dudas uno de los hitos en la evolución del Derecho social comunitario lo representa la Directiva Nº 96/43/CE, de 3 de junio de 1996, sobre permiso parental y la ausencia del trabajo para conciliar la vida profesional y laboral y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. Esta directiva es interesante, por un lado, por cuanto da fuerza normativa al Acuerdo Marco suscrito entre organizaciones empresariales y sindicales europeas (UNICE, CEEP y CES) y, por otro, porque se centra en la conveniencia de arbitrar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y laborales, buscando una estrategia global e integrada. A estos efectos confluyen distintos tipos de orientaciones tales como: una mayor flexibilización de los tiempos de trabajo y de la organización del trabajo en función de las necesidades cambiantes de la sociedad, así como flexibilizar los tiempos de dedicación a los hijos y a la actividad profesional de los padres trabajadores, recomendándose la creación de un permiso parental que permita a los hombres asumir una parte igual de responsabilidades familiares unido a mecanismos especiales de protección y el desarrollo de adecuados y convenientes programas de sensibilización³³.

Con miras a materializar los objetivos anteriores se crea un permiso parental, distinto del permiso de maternidad, de tal forma de “facilitar la conciliación de las responsabilidades profesionales y laborales de los padres que trabajan” según lo establece la cláusula 1 del Acuerdo Marco. Ahora bien, la aplicación del Acuerdo está orientada a todos los trabajadores, hombres y mujeres, que tengan un contrato o una relación de trabajo definida por la legislación, convenios colectivos vigentes en cada Estado miembro (cláusula 1ª apartado 2º) e implica el reconocimiento de un derecho individual de permiso parental a los trabajadores y trabajadoras por el motivo del nacimiento o la adopción de un hijo para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros o los interlocutores sociales.

Para los efectos de resguardar el derecho que se reconoce a los trabajadores y trabajadoras en virtud de la directiva se establecen dos garantías

mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”. Por su parte, el artículo 3 apartado 2º del mismo instrumento dispone que: “En todas las actividades contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”.

³³ Así lo establecen las *Consideraciones generales del acuerdo marco sobre permiso parental*, contenido en la Directiva Nº 96/34/CE.

específicas en los apartados 4º y 5º de la cláusula 2ª del Acuerdo, cuales son: una protección especial contra el despido por causa de presentar una solicitud de permiso parental o por el hecho de haberlo utilizado, como asimismo, el derecho del trabajador que hace uso del permiso a ocupar al término del permiso su mismo puesto de trabajo, o bien, un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato o situación laboral. Sin perjuicio de lo anterior y, como ha sido habitual en el esquema normativo de los acuerdos de los interlocutores sociales sobre materias laborales elevados luego a la jerarquía normativa de directivas,³⁴ la determinación de la forma en que debe procederse al reconocimiento de este nuevo derecho en los distintos Estados Partes queda entregado a la opción específica que cada uno de ellos efectúe conforme a su normativa interna, o bien, a través de sus respectivos actores sociales. Con todo, la cláusula 3ª del Acuerdo fija ciertos parámetros mínimos a ser considerados, entre los que destacan: i) la decisión de si el permiso parental se concede en jornada completa, en jornada parcial, de manera fragmentada o en forma de un crédito de tiempo; ii) La decisión de si el otorgamiento del permiso parental se condicionará a un cierto período de trabajo previo o una cierta antigüedad laboral; iii) La fijación de los períodos de preaviso que deben darse al empleador por parte del trabajador que desea hacer uso de este permiso, precisando los momentos de inicio y término de este; iv) La definición de las circunstancias en que el empleador conforme a la legislación nacional, los convenios colectivos y los usos nacionales estaría autorizado para posponer la concesión del permiso parental por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa; y v) Finalmente, se establece que deberán efectuarse los ajustes necesarios para el ejercicio de este derecho en los casos de adopción, lo que constituye una tendencia con miras a fomentar la adopción y establecer mecanismos de trato igualitario entre padres biológicos y adoptivos.

Con las normas y principios anteriormente mencionados la Unión Europea ha pretendido establecer un marco amplio y uniforme que posibilite un avance sustantivo en el mejoramiento de la situación laboral de los trabajadores con responsabilidades familiares y, en particular, consolida el derecho de los padres trabajadores a poder contar un tiempo especial, propio e intransferible para poder asumir el cuidado de sus hijos en forma independiente al permiso de que gozan las madres trabajadoras por las tradicionales normas de protección a la maternidad tanto nacionales como

³⁴ Este es el caso también de la Directiva Nº 97/81/CE sobre trabajo a tiempo parcial. En detalle: CAAMANO ROJO, Eduardo, *Die Teilzeitarbeit im europäischen und deutschen Arbeitsrecht* (Frankfurt am Main, Editorial Peter Lang, 2002), pp. 107 s.

supranacionales. De esta manera es destacable el esfuerzo del Derecho comunitario por ahondar la igualdad material en el empleo entre hombres y mujeres y por avanzar en la consolidación de uno de los objetivos imprescindibles para la consecución de esa igualdad, como lo es la construcción de un nuevo pacto social en torno a la armonización de trabajo y vida familiar. Por estas razones, aun cuando el Acuerdo Marco contenido en la directiva en comento pueda aparecer como demasiado general y vago en sus contenidos específicos, lo que lo hace meritario es ante todo el cambio de orientación normativa en la búsqueda por la igualdad de oportunidades en el empleo, la que pasa necesariamente por revalorizar los derechos del padre trabajador en el cuidado de la familia.

IV. UN EJEMPLO DE DERECHO COMPARADO: LA RECEPCIÓN DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE IGUALDAD DE TRATO EN EL DERECHO ESPAÑOL³⁵

El Derecho español, en general, y el Derecho del trabajo español, en particular, son un buen ejemplo para los países latinoamericanos de una rápida y consistente evolución normativa en el marco de un proceso complejo e intenso de integración como es el caso del modelo propuesto por la Unión Europea. En relación con el tema que nos ocupa en este estudio constituye un ejemplo notable el avance normativo que en ese país ha representado la Ley Orgánica Nº 3/2007 para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, de fecha 22 de marzo de 2007, a través de la cual se incorporan al Derecho interno español la Directiva Nº 2002/73/CE sobre reforma a la Directiva Nº 76/207/CE relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, así como la Directiva Nº 2004/113/CE sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y a su

³⁵ Otro país europeo que presenta niveles importantes de desarrollo en la temática de la armonización de responsabilidades laborales y familiares es Alemania, como queda de manifiesto si se analizan las disposiciones contenidas en la *Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz*, la que a partir del § 15 consagra el derecho de ambos progenitores a un permiso parental cuando sus hijos viven en el hogar común y reciben sus cuidados personales. Especial atención merece también la *Bundesgleichstellungsgesetz* de 2006 que establece reglas especiales para asegurar la igualdad de trato de mujeres y hombres y promover la conciliación de trabajo y familia en el sector público y en el Poder Judicial. En detalle: BUCHNER, Herbert - BECKER, Ulrich, *Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Eternzeitgesetz*, cit. (n. 12), pp. 911 s. Asimismo, para información general se puede consultar el sitio web del Ministerio para la Familia de Alemania (www.bmfsfj.de).

suministro. Lo valioso de esta ley es, en particular, su articulación a partir de un eje central constituido por el principio general de la transversalidad para la materialización de una igualdad real entre hombres y mujeres, según se constata del punto II de su exposición de motivos³⁶ y del artículo 15 ubicado en el título 2º de la ley relativo a las políticas públicas para la igualdad³⁷.

Sin pretender ahondar en todas las implicancias que esta ley conlleva en materia laboral³⁸, nos limitaremos a hacer un breve comentario acerca de la forma en que el Derecho del Trabajo español ha avanzado hacia una mayor integración del padre trabajador. Es así como la ley presta especial atención a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales, por lo que 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, los que se convierten en verdaderos criterios inspiradores de la reforma³⁹. Estos objetivos toman cuerpo normativo en el artículo 44 de la ley, cuyo texto dispone: “*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 tra-*

³⁶ En este acápite se señala que: “El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella *perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros*, en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos. Resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. Esta exigencia se deriva de nuestro ordenamiento constitucional e integra un genuino derecho de las mujeres, pero es a la vez un elemento de enriquecimiento de la propia sociedad española, que contribuirá al desarrollo económico y al aumento del empleo.”

³⁷ Véase: LÓPEZ LÓPEZ, Julia, *Los principios rectores de la LO 3/2007 sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres a la luz de las estrategias de “gender mainstreaming” y “empowerment”*, en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, Número especial sobre igualdad efectiva de mujeres y hombres (España, 2007), pp. 53 s.

³⁸ En detalle: MERCADER UGUINA, Jesús (coordinador), *Comentarios laborales a la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007).

³⁹ Párrafo 8º de la sección 3ª de la “Exposición de motivos”.

bajadores 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 una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social”⁴⁰.

La norma citada es relevante, por una parte, porque consagra como una nueva garantía laboral, que se une a aquellas derivadas de la clásica protección al trabajo subordinado, a los derechos de conciliación de trabajo y vida familiar, los que están orientados según lo prevé el apartado 1º del artículo a fomentar “*la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares*”, lo que supone que tanto hombres como mujeres son titulares de este derecho y su ejercicio no puede significar para ellos discriminación de ningún tipo. Esto último implica que la norma confirma la existencia de un cambio en el modelo tradicional de familia que obliga a adoptar regulaciones que instrumentalicen su protección jurídica social y económica. Por ello, si ambos padres trabajan fuera de casa y acumulan su doble condición de padres y trabajadores, las normas deben incorporar mecanismos que fomenten o posibiliten a nivel económico y jurídico, las relaciones afectivas y de convivencia entre padre, madre e hijo. Existe, en consecuencia, un deber del padre al cuidado y atención de sus hijos que se perfila, a su vez, como derecho en leyes y textos normativos diversos. Por tal motivo, las políticas públicas dirigidas a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral deberán arbitrarse de forma que se proteja el derecho del padre y de la madre a acceder y permanecer en el mercado de trabajo sin que la situación familiar sea un elemento discriminatorio⁴¹.

Se trata, por tanto de un derecho a la conciliación de trabajo y familia de contenido amplio, que deviene en un verdadero principio a partir del cual deben entenderse y promoverse todos los mecanismos de tutela laboral tradicional, así como las condiciones de trabajo⁴². Esto último se

⁴⁰ Sobre los alcances del permiso paternal en el Derecho de la Seguridad Social de España véase: ALAMEDA CASTILLO, María Teresa, *Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad*, en MERCADER UGUINA, Jesús (coordinador), *Comentarios laborales a la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, cit. (n. 38), pp. 526 s.

⁴¹ En este sentido: ALAMEDA CASTILLO, María Teresa, *Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar*, cit. (n. 40), p. 504-505.

⁴² Con todo, la doctrina critica el hecho que la Ley Orgánica no determina cuáles son “los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, por lo que podría entenderse que tales derechos están integrados por todas aquellas figuras jurídicas que, desperdigadas a lo largo de una pluralidad de disposiciones, permiten a

ve reafirmado por el nuevo apartado 8º del artículo 34 del *Estatuto de los Trabajadores* (ET.) agregado por esta ley, conforme al cual: “*El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla*”⁴³. A su vez, con la finalidad de reforzar la eficacia normativa del artículo 44 apartado 1º de la Ley Orgánica Nº 3/2007 agrega una disposición adicional decimoséptima al ET. la que prescribe que: “*Las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral*”⁴⁴.

Por otra parte, la especial significación del artículo 44 de la Ley Orgá-

los trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de sus intereses familiares. Estos derechos incluirían no sólo los estrictamente relacionados con el cuidado de los hijos u otros familiares, sino también aquellos derechos vinculados con las situaciones de embarazo y parto, pues todos ellos tienen como finalidad la protección de la familia y de la mujer, tanto desde el punto de vista de la consecución de su igualdad real con el hombre, como desde el punto de vista de la necesidad de proteger su condición biológica. Asimismo, se deberá tener en cuenta que los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral no se incluirán entre los derechos básicos que tienen los trabajadores de acuerdo al artículo 4.1 ET. (v. gr. libre sindicación, negociación colectiva, huelga y la información, consulta y participación en la empresa). En este sentido: AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, *Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad de mujeres y hombres*, cit. (n. 18), p. 71-72.

⁴³ Sobre las ventajas de reducir la jornada de trabajo con fines de conciliación de trabajo y familia véase: CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La actual regulación de la jornada de trabajo y la necesidad de su flexibilización*, cit. (n. 7), pp. 348 s. Un criterio similar ha adoptado la legislación comparada como es el caso, por ejemplo, de la *Bundesgleichstellungsgesetz* en Alemania, la que en su párrafo tercero contiene disposiciones que promueven el trabajo a tiempo parcial y la reducción de la jornada de trabajo con fines de conciliación.

⁴⁴ El artículo 138 bis de la *Ley de Procedimiento Laboral* dispone que: “*El procedimiento para la concreción horaria y la determinación del período de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares se regirán por las siguientes reglas:* (a) *El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su disconformidad con la concreción horaria y el período de disfrute propuesto por aquél, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social.* (b) *El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia, que será firme, deberá ser dictada en el plazo de tres días*”.

nica está dada por la creación de un derecho laboral especial a favor de los padres trabajadores y que consiste en un permiso en razón de la paternidad. Ahora bien, las particularidades de este derecho en el plano laboral están previstas por el nuevo texto del artículo 48 bis del ET., conforme al cual en los supuestos de nacimiento de un hijo o de adopción, “*el trabajador tendrá derecho a una suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los períodos de descanso de maternidad regulados en el artículo 48.4º*”⁴⁵.

En cuanto al ejercicio de este derecho al permiso paternal podemos señalar que conforme al artículo 48 bis del ET.⁴⁶: i) en el supuesto de parto, la suspensión corresponde exclusivamente al otro progenitor, vale decir, el padre. Por el contrario, en los casos de adopción corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados (inciso 2º); ii) en cuanto a la oportunidad de hacer uso del derecho, el trabajador podrá hacerlo durante el período comprendido entre la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción, hasta que finalice la suspensión del contrato regulada en el artículo 48.4 o inmedia-

⁴⁵ El artículo 48 apartado 4 ET. es una norma equivalente al artículo 195 inciso 1º del CdT y consagra un permiso postnatal. En sus primeros dos incisos esta disposición del ET. dispone que: “(1) *En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de diecisés semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuento del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto. En el supuesto de fallecimiento del hijo, el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.* (2) *No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal*”.

⁴⁶ Véase: ALAMEDA CASTILLO, María Teresa, *Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar*, cit. (n. 40), pp. 515 s.

tamente después de la finalización de dicha suspensión (inciso 3º). Para estos efectos, el inciso final dispone que el trabajador deberá comunicar al empresario con la debida antelación el ejercicio de este derecho en los términos establecidos en los convenios colectivos; y iii) finalmente, en lo que respecta a la modalidad para hacer uso del permiso, el inciso 4 establece la suspensión podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o a jornada parcial de un mínimo de 50% previo acuerdo entre el empresario y el trabajador. Esta opción que se confiere al trabajador es importante, porque reafirma la relevancia del trabajo a tiempo parcial como una modalidad de contratación laboral que promueve y facilita la armonización de trabajo y vida familiar⁴⁷.

De la norma anterior, destaca el real aporte que ha significado la Ley Orgánica para efectiva de hombres y mujeres por establecer un régimen protector más igualitario entre padre trabajador y madre trabajadora que tiene siempre presente la protección del menor y la corresponsabilidad del padre en el cuidado de los hijos. Además, se consolida el permiso paternal como un derecho personal e intransferible a favor del padre trabajador, poniendo fin a la criticada situación regulada previamente en la legislación laboral española, la que consideraba exclusivamente a la madre la titularidad del derecho a la suspensión del contrato por causa de nacimiento de un hijo o de la adopción, sin perjuicio de que ésta podía asignar parte del tiempo de suspensión al padre.⁴⁸ Con la normativa anterior a la reforma en comento, el derecho del padre trabajador a la suspensión de la relación laboral con miras a asumir el cuidado de sus hijos era tan sólo un derecho derivado y accesorio del derecho de la madre, con lo cual era ilusoria la corresponsabilidad efectiva entre padres y madres trabajadores, así como la pretendida conciliación de trabajo y vida familiar.

A continuación, teniendo en consideración lo analizado en los acápite anteriores, se efectuará un comentario crítico a la legislación laboral chilena, en orden a poder evaluar los avances alcanzados en búsqueda por materializar una mayor conciliación de las responsabilidades laborales y familiares de los padres trabajadores.

⁴⁷ En detalle: CAAMAÑO Rojo, Eduardo, *Conciliación de trabajo y vida familiar. Un análisis desde la perspectiva del Derecho del Trabajo chileno*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 16 (julio 2004), pp. 59 s.

⁴⁸ Véase: AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, *Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cit. (n. 18), p. 91.

V. EL PERMISO POR PATERNIDAD EN EL “CÓDIGO DEL TRABAJO” CHILENO

La Ley N° 20.047, publicada en el *Diario Oficial* de 2 de septiembre de 2005⁴⁹, representa un hito importante en la evolución de la legislación laboral chilena desde la perspectiva que interesa a este estudio, toda vez que introduce un permiso especial en favor de los trabajadores frente al nacimiento de un hijo, lo que implica la consagración de un derecho nuevo dentro de las tradicionales normas de protección a la maternidad contenidas en el CdT., cuyo titular exclusivo es el padre trabajador. De esta manera el trabajador deja de ser únicamente titular por derivación de los derechos asociados al nacimiento de un hijo (v. gr. frente a la muerte de la madre) para reconocerse de forma explícita por la relevancia que tiene para la sociedad, en general, y la familia, en particular, que el padre pueda disponer de tiempo propio para asumir las responsabilidades familiares derivadas de la paternidad en un momento especialmente sensible como es el primer mes de vida del recién nacido.

Con la inclusión de este nuevo derecho en el CdT. se busca en forma incipiente introducir un cambio en la mentalidad social, pues como lo ha señalado la doctrina⁵⁰ a través del reconocimiento a los padres de un permiso y una prestación de paternidad se da un primer paso trascendental para la extensión de la cultura de la corresponsabilidad de ambos progenitores en el cuidado de los hijos, fomentando que el ejercicio de la conciliación de la vida laboral y familiar sea asumido por ambos sexos. Se trata, por tanto, de acercar las posiciones del padre y de la madre en el cuidado de los hijos y que este acercamiento provoque un cambio en el comportamiento empresarial.

No obstante, se debe tener en consideración que la modificación introducida por la Ley N° 20.047 al CdT. no importa la consagración de un permiso parental a la manera del analizado en los acápite anteriores, sino que, más humildemente, implica tan solo el reconocimiento de un permiso nuevo y especial por causa de nacimiento (o adopción en su caso) de un hijo que se construye a partir de la modificación del antiguo texto del artículo 66 CdT. referido a los permisos. En efecto, no podemos sostener

⁴⁹ Esta ley fue modificada el año 2006 por la Ley N° 20.137, publicada en el *Diario Oficial* de fecha 16 de diciembre de 2006, con la finalidad de armonizar el texto del artículo 195 inciso 2º con la nueva redacción del artículo 66 CdT.

⁵⁰ En este sentido: AGUILERA IZQUIERDO, *Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cit. (n. 18), p. 72.

que estamos en presencia de un permiso parental⁵¹, pues si bien este permiso que consagra el CdT. representa para el trabajador un derecho mínimo e irrenunciable, está ligado al nacimiento y no tiene un fin más amplio de cuidado del menor en un momento posterior de su vida, como lo establece la directiva comunitaria sobre permiso parental y que podría hacerse valer hasta los ocho años de edad, sin perjuicio de que pueda consagrarse por una extensión equivalente a la jornada completa de trabajo, a tiempo parcial o como un crédito de tiempo. Asimismo, no puede desprenderse de la norma en comento una finalidad sólida y consistente de avanzar hacia una distribución más equitativa de las responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres en aras de alcanzar una efectiva igualdad de trato en el empleo, por lo que se mantiene el énfasis en el cuidado de los hijos por parte de la mujer⁵².

El actual artículo 195 inciso 2º CdT. 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*”

Con esta nueva disposición del CdT. se busca reconocer 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 en el cual el menor requiere una enorme cantidad de cuidados que no pueden quedar entregados sólo a la madre. Lo anterior explica

⁵¹ Sobre el permiso paternal en el derecho comparado: TORTUERO, José Luis, *50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral*, cit. (n. 22), p. 103 s.

⁵² Esta misma idea queda de manifiesto de la lectura del proyecto de ley sobre compatibilización de responsabilidades laborales con obligaciones familiares que está estudiando el Servicio Nacional de la Mujer en el país, pues la modificación que se propone al artículo 195 inciso 2º CdT. sigue en la línea teórica de que los derechos del padre trabajador son meras derivaciones de los derechos reconocidos a la madre trabajadora. En efecto, el proyecto confeccionado por este organismo propone incorporar una nueva disposición al artículo referido, conforme a la cual las trabajadoras podrían optar por transferir al padre las dos últimas semanas del permiso postnatal. Con una disposición de este tipo que no cuestiona el modelo arquetípico de la producción a cargo del hombre y la reproducción y cuidado a cargo de la mujer, no es posible avanzar hacia una conciliación más profunda de trabajo y familia, pues se niega al padre la titularidad propia del derecho a asumir el cuidado de su familia y se desconoce la corresponsabilidad en el cuidado como presupuesto indispensable para alcanzar una efectiva igualdad de oportunidades para la mujer en el ámbito laboral.

también la opción del legislador para que este permiso sea utilizado, preferentemente⁵³, dentro de los cinco días siguientes al parto, o bien, en forma discontinua dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento.

En relación con el ejercicio de este derecho, la Dirección del Trabajo⁵⁴ ha resuelto que, a elección del padre, podrá utilizarse desde el momento del parto, y en este evento, por expreso mandato del legislador, los cinco días que éste comprende deberán imponerse en forma continua, esto es, sin interrupciones, salvo las que derivan de la existencia de días de descanso semanal, que pudieran incidir en el período. Si el padre no opta por esta alternativa, podrá hacer uso de los cinco días de permiso dentro del primer mes desde la fecha de nacimiento, estando facultado para distribuirlos como estime conveniente, sea en forma continua o fraccionada. De igual manera, este Servicio en base a los antecedentes de la historia de la Ley N° 20.047 ha establecido que el permiso no se aumenta en caso de nacimientos o partos múltiples, lo que implica que el padre sólo tendrá derecho a cinco días por tal causa, cualquiera que sea el número de hijos producto del embarazo. Encontramos en este último aspecto una notoria diferencia con la disposición española, la que expresamente reconoce el aumento de la extensión del permiso paternal en los supuestos de nacimientos múltiples. En todo caso, en la legislación comparada un criterio de esta naturaleza resulta más fácil de adoptar, toda vez que el permiso paternal se financia con cargo al sistema de seguridad social.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 195 inciso 2º CdT. 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 detrimiento a su situación laboral o que origine la necesidad posterior de compensar el tiempo no trabajado, lo que terminaría afectando la efectividad del permiso.⁵⁵ 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

⁵³ 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.

⁵⁴ Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 3827/103, de 2 de septiembre de 2005.

⁵⁵ Véase el dictamen de la Dirección del Trabajo N° 3827/103, de 2 de septiembre de 2005, que fija el sentido y alcance del artículo 195 inciso 2º CdT.

beneficio para el país, particularmente, en un contexto como el actual con una fuerte tendencia a la disminución de la natalidad⁵⁶. 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 evalúe técnicamente el impacto en los costos laborales directos e indirectos que beneficios como éste tienen en el mercado de trabajo y en su validación social por parte del empresariado. Es precisamente por esta connotación social de la familia y la asunción de una corresponsabilidad de hombres y mujeres frente al nacimiento de un hijo que el derecho comparado reconoce el pago de prestaciones con cargo al sistema de seguridad social, como ya se venía haciendo con el permiso maternal y como ocurre en Chile con el derecho de la madre a percibir un subsidio maternal conforme lo dispone el artículo 198 del CdT., en concordancia con las disposiciones del DFL N° 44 de 1978 que fija las normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado⁵⁷.

Para finalizar este acápite, es digno de destacarse que el nuevo texto del artículo 195 inciso 2 del CdT. ha incluido también como beneficiario de este derecho al padre adoptivo, con lo cual la actual normativa sobre protección a la maternidad ha continuado avanzando en torno a la igualación de los derechos entre padres trabajadores biológicos y adoptivos, lo que representa a todas luces un importante incentivo para promover la adopción en el país. Por tanto, el padre a quien se le conceda la adopción de un hijo tiene derecho a impetrar cinco días de permiso pagado por tal causa, beneficio que deberá hacerse efectivo a contar de la fecha de la respectiva sentencia definitiva⁵⁸.

⁵⁶ Véase: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, *La fecundidad en Chile. Situación reciente*, noviembre 2006, disponible en: www.ine.cl/canales/chile_estadistico/demografia_y_vitales/demografia/pdf/fecundidad.pdf.

⁵⁷ Véase: CIFUENTES LILLO, Hugo, *Subsidio maternal: un especial tipo de subsidio por incapacidad laboral transitoria*, en *Revista Laboral Chilena* (septiembre-octubre 2002), pp. 69 s.

⁵⁸ En detalle: REVECO, Carla, *Normas de protección a la maternidad en el derecho del trabajo y su aplicación respecto de los padres adoptivos* (Memoria para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2005).

VI. CONCLUSIONES

En la actualidad, las medidas tendientes a facilitar y promover la conciliación de trabajo y vida familiar representan una clara consecuencia de la concreción del principio de igualdad de trato y de no discriminación y de la efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el plano laboral, toda vez que el acceso y permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo depende, en gran medida, de la implementación de estas medidas. Ahora bien, en esta búsqueda por la integración equitativa de la mujer en el plano laboral es interesante constatar la evolución paulatina que ha experimentado y está experimentando el Derecho del trabajo y que, según se plantea por la doctrina⁵⁹, podría visualizarse a través de cuatro fases diferenciadas. La primera fase está dada por la aceptación social del doble rol de la mujer como trabajadora y madre, lo que conlleva la necesidad de arbitrar medidas de resguardo que eviten la discriminación en el empleo⁶⁰ y que se le proteja en esta doble condición permitiéndole conciliar trabajo y familia. En esta dimensión, la conciliación es, en definitiva cosa de mujeres (los hombres no tienen la carga social de conciliar) y son ellas las que asumen una doble responsabilidad en los ámbitos doméstico y laboral, reproductivo y productivo⁶¹.

Una segunda fase evolutiva en la conciliación efectiva de trabajo y familia se consolida con el reconocimiento normativo del derecho de los padres trabajadores a hacer uso de parte del permiso de maternidad (por ejemplo, frente a la muerte de la madre o en los casos de adopción, según lo previene el artículo 195 inciso 3º el CdT.). Este sería también el estadio en el que se encontraría la legislación laboral chilena luego de la incorporación al CdT. de un reducido permiso frente al nacimiento o la adopción de un hijo. Lo particular de esta fase es que sigue representando

⁵⁹ En detalle: ALAMEDA CASTILLO, María Teresa, *Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar*, cit. (n. 40), pp. 496-498.

⁶⁰ Este es el fin que persiguió en su momento la Ley N° 19.250 de 1993 que modificó el antiguo texto del artículo 15 CdT. que prohibía a las mujeres por sólo hecho de ser tales la realización de ciertos trabajos o empleos. Esta prohibición considerada indispensable en los orígenes de la legislación laboral dictada como respuesta a la cuestión social se fue tornando discriminatoria con el transcurrir del tiempo, producto del progresivo acceso de las mujeres a la educación y, posteriormente, al trabajo.

⁶¹ Las normas sobre protección a la maternidad contenidas en el CdT. son, en gran medida, una expresión de esta primera fase de evolución del Derecho del trabajo en torno a la conciliación de trabajo y familia, pues la responsabilidad casi exclusiva en el cuidado de los hijos le corresponde a la mujer, como queda de manifiesto y se examina la consagración legal del derecho a sala cuna (artículo 203) o del derecho a dar alimentos (artículo 206).

el reconocimiento de una posición subordinada del padre en la atención y cuidado de sus hijos, pues sus derechos en este sentido son en gran medida una derivación de los derechos que se le reconocen a la madre trabajadora. Como lo señala María Teresa Alameda, “la entrada del padre en el diseño de las políticas de conciliación se produce por la puerta de atrás, pues se diseñan derechos derivados o accesorios y no de titularidad directa”⁶².

A continuación en la tercera fase de evolución del Derecho del Trabajo –de la que Chile se encuentra aún demasiado lejos– se produce un cambio jurídico importante caracterizado por la titularidad indiferenciada (neutra) de los derechos de conciliación, por lo que la legislación laboral reconoce que los derechos de conciliación destinados al cuidado y atención de hijos y familiares son derechos individuales de los trabajadores, ya sean estos hombres y mujeres. Se asume por tanto un modelo de familia con una doble fuente de ingresos provenientes tanto del trabajo del hombre como de la mujer y, en relación con el tema de la armonización de trabajo y familia, se consagra el derecho de ambos progenitores, con independencia del sexo a la suspensión del contrato y a las prestaciones de seguridad social por causa de maternidad y paternidad.

Finalmente, en una última etapa en la evolución del cambio de roles de hombres y mujeres en el plano familiar y laboral se puede vislumbrar que, al margen de la ley y como consecuencia de su efectividad, se genera un cambio cultural que implica la materialización y puesta en práctica de las medidas de conciliación. Según lo plantea María Teresa Alameda⁶³, si tradicionalmente el derecho ha entrado a regular cambios sociales una vez producidos éstos, en este caso la norma incide directamente en la realidad social, actuando como motor del cambio y de la superación de los clásicos modelos de reparto de responsabilidades familiares que marginan al hombre en el cuidado y atención de sus hijos.

Atendido lo antes expuesto en contraste con la implementación en Chile del permiso por paternidad, cabe tener en consideración que si bien esta reforma es aún incipiente en cuanto a la extensión temporal del derecho, como asimismo, por no consagrar el derecho del padre trabajador a una prestación especial de seguridad social, entregando los costos del permiso al empleador, no podemos desconocer que se ha dado un paso importante, al ser el primero, en la dirección hacia la que apunta la evolución de lo que debiera ser la verdadera armonización de trabajo y familia así como la corresponsabilidad de padre y madre en el cuidado y atención de los

⁶² ALAMEDA CASTILLO, María Teresa, *Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar*, cit. (n. 40), p. 497.

⁶³ ALAMEDA CASTILLO, María Teresa, *Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar*, cit. (n. 40), p. 498.

hijos. Por tanto, estamos avanzando lentamente hacia una superación del viejo modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora. Sin embargo, para que ello se vaya tornando en realidad, no bastan sólo las modificaciones normativas, sino que se requiere de acciones positivas y de políticas sociales que posibiliten un cambio cultural en este sentido⁶⁴ y que supongan, en un primer momento, fomentar una nueva percepción del padre trabajador ante las responsabilidades familiares⁶⁵.

En efecto, como lo afirma Tortuero⁶⁶, la participación del padre en el cuidado de los hijos constituye la pieza nuclear del cambio social necesario que además producirá resultados positivos en múltiples direcciones. Si bien es cierto que los cambios sociales son complejos y de transición lenta, sobre todo cuando vienen marcados por una larga tradición cultural, es preciso avanzar e incorporar nuevos elementos reformadores que contribuyan a potenciar y a facilitar la participación del padre desde una posición dinámica y promocional. Desde esta perspectiva, a juicio del autor citado, la creación de instrumentos nuevos como el permiso parental obligatorio como derecho laboral irrenunciable a favor del padre, no transferible a la madre, de duración significativa y desvinculado del hecho del nacimiento para no confundirlo con los permisos por nacimiento, así como la consagración de una prestación única por paternidad son medidas básicas que

⁶⁴ En esta dimensión se inserta el programa del Servicio Nacional de la Mujer para promover por la vía de la denominada responsabilidad social empresarial la Guía de Buenas Prácticas Laborales, toda vez que las empresas socialmente responsables no se limitan al cumplimiento de la normativa laboral, sino que desarrollan políticas, estrategias y acciones más allá de las exigencias legales, constituyendo la ley para estas empresas, el piso sobre el cual construyen sistemas e instrumentos de protección y beneficios al trabajador, de mayor calidad y eficacia. En concreto, la Guía de Buenas Prácticas Laborales (disponible en: www.sernam.cl/opencms/opencms/iguala/practicas/Codigo_buenas_practicas.html) en relación con la conciliación de trabajo y familia busca: fomentar iniciativas que propicien una cultura destinada a compatibilizar las responsabilidades laborales y parentales de hombres y mujeres; establecer, en la medida que ello sea compatible con las necesidades de la empresa, mecanismos alternativos de distribución de jornada, que faciliten el cumplimiento de las responsabilidades parentales de ambos progenitores, como por ejemplo permisos para asistir a reuniones de los hijos y compensar las horas en otros días laborales, etc.; propender, de forma que sea compatible con las necesidades de la empresa, que tanto la organización de los procesos de trabajo como la participación en actividades de capacitación, no impidan o restrinjan el cumplimiento de las responsabilidades parentales.

⁶⁵ Sobre las trayectorias laborales masculinas y el orden de género en Chile véase: TODARO, Rosalba - YÁNEZ, Sonia, *El trabajo se transforma*, cit. (n. 1), pp. 247 s.

⁶⁶ TORTUERO PLAZA, José Luis, *50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral*, cit. (n. 22), p. 101 s.

pueden potenciar el cambio social necesario para hacer realidad una efectiva conciliación de trabajo y vida familiar entre hombres y mujeres.

Para concluir, basta señalar que en Chile nos estamos enfrentando recién a la necesidad de avanzar más profundamente hacia un modelo de relaciones laborales que se construya en términos reales y efectivos en torno a la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, por lo que la reflexión crítica sobre la actual legislación laboral resulta imprescindible con miras a poder materializar una sociedad más justa, inclusiva y solidaria. Por lo tanto, es preciso poner el acento en la obtención de mayores grados de armonización entre las responsabilidades laborales y familiares de trabajadores y trabajadoras que posibiliten una verdadera corresponsabilidad de los progenitores en el cuidado de las personas que estén bajo su dependencia y, muy especialmente de sus hijos. 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 lo cual, sin duda alguna, un cambio en los roles laborales y familiares de trabajadores y trabajadoras constituye un presupuesto ineludible.

[Recibido el 3 y aceptado el 14 de noviembre de 2008].

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, *Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, Número especial sobre igualdad efectiva de mujeres y hombres (España, 2007).
- ALAMEDA CASTILLO, María Teresa, *Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad*, en MERCADER UGUINA, Jesús (coordinador), *Comentarios laborales a la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007).
- BUCHNER, Herbert - BECKER, Ulrich, *Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Eternzeitgesetz* (Múnchen, C.H. Beck, 2008).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Die Teilzeitarbeit im europäischen und deutschen Arbeitsrecht* (Frankfurt am Main, Peter Lang, 2002).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 18 (julio 2005).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El derecho a la no discriminación en el empleo* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2005).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La actual regulación de la jornada de trabajo y la necesidad*

- de su flexibilización*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 28 (semestre I, 2007).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El trabajo a tiempo parcial* (Santiago, LexisNexis, 2007).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Oportunidades de conciliación de trabajo y vida familiar en la legislación laboral chilena*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 29 (semestre II, 2007).
- 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* 17 (Consejo General del Poder Judicial, España, 2006).
- HEIN, Catherine, *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares*, en *Informes OIT*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2006).
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, *La fecundidad en Chile. Situación reciente*, noviembre 2006, disponible en: www.ine.cl/canales/chile_estadistico/demografia_y_vitales/demografia/pdf/fecundidad.pdf.
- LÓPEZ LÓPEZ, Julia, *Los principios rectores de la LO 3/2007 sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres a la luz de las estrategias de "gender mainstreaming" y "empowerment"*, en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, Número especial sobre igualdad efectiva de mujeres y hombres (Madrid, 2007).
- LÓPEZ LÓPEZ, María Teresa - VALIÑO CASTRO, Aurelia, *Conciliación familiar y laboral en la Unión Europea*, Colección de Estudios (Consejo Económico y Social, Madrid, 2004).
- MERCADER UGUINA, Jesús (coordinador), *Comentarios laborales a la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007).
- 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).
- ORTIZ LETELIER, Fernando, *El movimiento obrero en Chile* (Santiago, Lom, 2005).
- PÉREZ-BENEYTO, José, *Jornada y conciliación del trabajo*, en *Cuadernos de Derecho Judicial* 17 (Consejo General del Poder Judicial, España, 2006).
- REVECO, Carla, *Normas de protección a la maternidad en el Derecho del trabajo y su aplicación respecto de los padres adoptivos* (Memoria para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2005).
- RUMP, Jutta - EILERS, Silke - GROH, Sybille, *Vereinbarkeit von Beruf und Familie. Modeerscheinung oder ökonomische Notwendigkeit?* (Ludwigshafen, Wissenschaft & Praxis, 2008).
- TODARO, Rosalba - YÁÑEZ, Sonia, *El trabajo se transforma* (Santiago, CEM Ediciones, 2004).
- TORTUERO PLAZA, José Luis, *50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral* (Navarra, Editorial Aranzadi, 2006).