



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO

**“PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD Y FUERO PRE Y POST
MATERNAL”.**

BERNARDITA PAZ GUAJARDO SOTO

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para
optar al título de Licenciado en Ciencias jurídicas.

Profesor Guía:

Denise Lara Castro

Santiago, Chile

Agradecimientos:

A mis padres Gastón e Irene
Por el apoyo, amor,
Y por sobre todo
Ser mi soporte durante todo este periodo.
También agradecer a mi tía Bernarda
Por siempre confiar en mí.
Por último a mis amigas
Camila y Francisca
Regalo que me dejó la Universidad,
Por estar siempre que las necesité.
Bernardita Guajardo Soto.

Contenido

Introducción	4
Capítulo 1: Historia y evolución de la maternidad en nuestra legislación.	8
1.1.0. Generalidades.....	9
1.2.0. Análisis de la maternidad.	11
1.2.1. Concepto de maternidad:.....	12
1.3.0. La desigualdad de género.....	13
Capítulo 2: Evolución de la protección a la maternidad en nuestra legislación.	16
2.1.0. Generalidades:.....	16
2.2.0. El derecho de sala cuna,1917.	20
2.3.0. El permiso de alimentación, 1917.....	24
2.3.1. Evolución del derecho a alimentación.....	24
2.4.0. El descanso maternal	26
Capítulo 3: El Permiso postnatal, ley 20.545:	30
3.1.0. Generalidades.....	30
3.1.1. Análisis y criterio Jurisprudencial de la Dirección del Trabajo:	30
3.2.0. Objetivo del Instituto del Postnatal:	32
3.2.1. Titulares del derecho al permiso postnatal.....	36
3.2.3. Ejercicio del derecho a postnatal:.....	36
Capítulo 4: El permiso postnatal, desde un análisis crítico, ¿Se respeta el ejercicio de este derecho en la práctica?.....	39
4.1.0. Situaciones especiales	39
Conclusión	41
Bibliografía.....	43

Introducción

Citando primeramente a los profesores William Thayer A. y Patricio Novoa Fuenzalida, quienes establecen que la protección a la maternidad tiene dos aspectos que persiguen un mismo objetivo, *“Pero cuya tutela incumbe en parte al Derecho de la Seguridad Social y en parte al Derecho del Trabajo”*. A continuación, estableceremos en qué consisten estos aspectos:

En primer lugar, debemos considerar la asistencia médica, durante el embarazo, parto y puerperio, asistencia materno-infantil, prestaciones económicas suplementarias por maternidad (asignación maternal), auxilio de lactancia y otras prestaciones en dinero, especies o servicios, durante el período que precede y sucede al nacimiento, son de responsabilidad social y, conforme a nuestro derecho, deben ser otorgadas por los respectivos entes gestores de la Seguridad Social.

En segundo lugar, debemos considerar la protección a la mujer en la estabilidad y condiciones de su empleo, implica un conjunto de normas jurídico-públicas tuitivas del trabajo de la mujer embarazada o púerperas, destinadas a facilitar a la madre el cumplimiento de sus obligaciones maternas (permisos, salas cunas, etc.)¹.

Existen varios esfuerzos a nivel nacional como a nivel internacional para entregar protección a los trabajadores, a su vez se reconoce la situación de mayor vulnerabilidad que presenta el trabajo femenino, en una sociedad que hasta el día de hoy se le atribuye un trabajo doméstico no remunerado.

“En los últimos años, la protección a la maternidad se ha visto jalonada por los progresos de la legislación, la evolución de la practica en el lugar de trabajo y el Aumento de las expectativas sociales en relación con los derechos de las Trabajadoras durante sus años de crianza. Pero las ventajas que se han ido

¹ William Thayer A. y Patricio Novoa Fuenzalida. Manual de derecho del trabajo: Derecho individual de trabajo y Derecho Procesal Del Trabajo. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009. Pp. 139.

Obteniendo no han conseguido resolver el problema fundamental que experimentan la mayoría de las mujeres trabajadoras (sino todas) en algún momento de sus vidas profesionales: La desigualdad de trato en el empleo a causa de su función procreadora”.²

Surgimiento del derecho laboral en Chile

Durante la primera mitad del siglo XX, época que es marcada por la gran depresión (1929), y la primera y segunda guerra mundial, tras el desplome de las bolsas de Nueva York, las economías a nivel mundial colapsaron, no siendo nuestro país la excepción, cientos de obreros tuvieron que volver desde el norte, sin esperanzas, y debido a la gran cesantía, las personas comenzaron a vivir en los cerros aledaños a las ciudades.³

Nuestro país se dedicaba principalmente a la explotación del salitre, siendo este el principal ingreso del país, por ende, el quehacer nacional se centraba en la explotación del salitre, dando trabajo a un gran número de personas que buscaban nuevas oportunidades laborales, sin embargo, la industria sufrió un receso producto de “la Gran Depresión” y de la guerras, los niveles de demanda de este mineral fueron en picada hacia la baja, y la industria minera se tuvo que reorganizar.⁴ La principal fuente de ingreso era la exportación de minerales, sin embargo, la industria productora era escasa.

La vida de los obreros que emigran desde los campos a las ciudades del valle central, se caracterizan por su “gran vulnerabilidad”, y respecto de las jornadas

² Melis Christian, Saéz Felipe. 2000. Derecho del trabajo. Santiago, Chile. Editorial jurídica Conosur Ltda. Tomo II.

³ Fuente: El impacto de “La Gran Depresión” en Chile (1929-1932). De la prosperidad a la Pobreza, [En línea], Memoria Chilena, Biblioteca Nacional de Chile. [Fecha de Consulta 26 de abril de 2021]. Disponible en <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-601.html>

⁴ Fuente: La Industria del salitre en Chile (1880-1930). [En línea], Memoria Chilena, Biblioteca Nacional de Chile. [Fecha de Consulta 26 de abril de 2021]. Disponible en <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-3309.html>

laborales estas se caracterizan por ser extensas, por inseguridad del trabajo, la falta de higiene y alta mortalidad laboral, todo esto desencadenó en que los obreros se organizaran exigiendo mejores condiciones de trabajo y salariales, sin embargo, los parlamentarios de aquella época se habían opuesto a mejorar la situación laboral, así mismo la calidad de vida tampoco era buena, la población carecía de servicios básicos como agua potable y alcantarillado, la clase más pobre vivía en los llamados “conventillos”, donde por el hacinamiento, poca ventilación, resultaba más fácil que se propagaran enfermedades como pestes, tuberculosis y enfermedades respiratorias, este panorama se conceptualizó como “*La Cuestión Social*”, en contraposición con la clase acomodada chilena, quienes viajaban a Europa, construían mansiones y compraban automóviles.

Como respuesta a todos los infortunios, la clase obrera comenzó a coordinarse a través de organizaciones mutualistas y posteriormente en sindicatos, destacando en aquella época los sindicatos metalúrgicos, sindicato de empleados ferroviarios, tipógrafos, entre otros, dando nacimiento a las huelgas, ganadas en su mayoría por los trabajadores. Respecto a la protección de la maternidad, es en 1917 que surge la primera legislación que la protege, siendo esta la ley N° 3.186, que estableció el servicio de las salas cunas en fábricas, talleres o establecimientos industriales en donde trabajen 50 o más mujeres mayores de 19 años.⁵

Para apalar los efectos en la economía, se impulsaron políticas de crecimiento “Hacia adentro”, potenciándose el sector agrícola, ganadero, y de servicios. Durante el gobierno de Pedro Aguirre Cerda (1938-1944), se crea la Corporación de Fomento a la Producción (CORFO), Impulsándose también la creación de empresas públicas, en materia de electricidad se crea ENDESA, en el rubro del petróleo aparece ENAP, y así un gran número de empresas con participación del Estado, comienzan en aumento las industrias nacionales, para ello se comienza a requerir mano de obra, y son cientos los compatriotas, tanto hombres como Mujeres, que salen en búsqueda de oportunidades laborales, con ello, la fuerza laboral femenina

⁵ Fuente: Mujer y trabajo: Protección a la maternidad en Chile, una mirada histórica. Comunidad mujer, octubre, 2017.

comienza a tomar una amplia participación, sin embargo, el empleador no aseguraba las condiciones mínimas de trabajo, ante la necesidad de la población surge como deber del estado intervenir en estas relaciones laborales particulares, en favor de la parte más débil, es decir los trabajadores, principalmente proteger el trabajo femenino y con ello la protección a la maternidad, consecencialmente.

Durante la negociación entre empleador y empleado, este último contaba únicamente con “su fuerza de trabajo” como único capital, siendo el empleador quien dispone del mayor poder de negociación, estableciendo el salario, y solo limitándose el trabajador a aceptar o rechazar la oferta. *“Esto permitió enormes abusos, como la utilización del trabajo de niños hasta cinco años, de mujeres embarazadas, de hombres de todas las edades, con jornadas laborales de hasta 16 horas diarias de lunes a domingo, sin vacaciones, y con una paga miserable si es que no se les remuneraba sol con un plato de comida”*.⁶

El derecho laboral surge en respuesta de la gran demanda de trabajo en relación a la oferta del mismo, los trabajadores aceptan las condiciones interpuestas por los empresarios, atendiendo también a las extensas jornadas laborales, las cuales normalmente son entre 16 o 18 horas, la gran insalubridad de las condiciones de trabajo en las fábricas y finalmente la propagación del empleo masivo de mujeres y niños (hasta 7 años de edad), con bajos salarios y condiciones precarias, a los cuales se les pagaba con sistema de trueque.⁷ Siendo las mujeres y niños los más afectados, es por ello que este trabajo de investigación se enfocará en la figura de la mujer trabajadora como tema central.

El estado entendió que la base de la sociedad es la familia, y, por ende, nace su deber de proteger a la mujer trabajadora, quien aumentaría los niveles de la Población, cientos de bebés que se transformarían en los futuros ciudadanos que pagarán impuestos y futuros los miembros del ejército. Debemos hacer presente

⁶ Gamonal Conteras Sergio. Fundamentos del Derecho Laboral. Editorial Abeldo Perrot, Legal Publishing, Chile. Pág. 10.

⁷ Fuente: Gamonal Conteras Sergio. Fundamentos del Derecho Laboral. Editorial Abeldo Perrot, Legal Publishing, Chile.

que esta época estaba marcada por las altas tasas de mortalidad infantil, por lo que se busca potenciar el rol femenino en el cuidado de los niños, para disminuir las tasas de mortalidad, además de cubrir las demandas sociales imperantes, situación que no es ajena hasta el día de hoy.

Respecto al punto anterior, y siguiendo esta línea reflexiva, el profesor William señala: “La protección que ofrece a los trabajadores y a las trabajadoras no es neutra, sino, que va asociada a lo que en este estudio denominamos un <pecado original>, el cual ha causado una progresiva marginación y exclusión laboral de la mujer, arraigando respecto de ella su responsabilidad como cuidadora prácticamente exclusiva de la familia. Este modelo de tutela asociado a una división sexista de roles en el trabajo, que aún está vigente, limita las posibilidades de trabajo de las mujeres y la concreción efectiva de la igualdad de trato en el empleo”.

8

En el presente trabajo de investigación, desarrollaremos uno de estos puntos, el cual es la protección a la maternidad, el fuero pre y post natal.

Capítulo 1: Historia y evolución de la maternidad en nuestra legislación.

⁸ William Thayer A. y Patricio Novoa Fuenzalida. Manual de derecho del trabajo: Derecho individual de trabajo y Derecho Procesal Del Trabajo. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009. Pp. 140.

1.1.0. Generalidades.

En una comunidad internacional marcada históricamente por la diferencia de sexo, donde por muchos años la mujer ha sido excluida del ámbito laboral, político y social, en donde es posicionada en el espacio doméstico, Chile no es la excepción.

Para lograr la eficacia de la protección que se requiere para la clase trabajadora, se estima que es necesaria una adecuada regulación del proceso laboral, entendido éste como el único instrumento idóneo para dirimir el conflicto surgido entre los diferentes actores que intervienen en la vida laboral, por acto de juicio, imparcial, irrevocable, coercible, emanado de la autoridad.⁹

Dentro de la especie de los derechos de la clase trabajadora, encontramos los derechos que se deben resguardar hacia las madres trabajadoras. El menoscabo en la igualdad de oportunidades laborales ha desembocado en la idea de que es a la mujer a quien le corresponde el cuidado de los hijos y del hogar, trayendo como consecuencia una desventaja en relación con los hombres, teniendo un rol menor en la fuerza laboral, traduciéndose, en una presencia minoritaria de las mujeres en los altos cargos y una inferior remuneración en comparación a sus pares masculinos.

Estas diferencias, siempre han existido en la historia a nivel mundial, siendo consideradas “normales”, y aceptadas por la sociedad, en donde el cuidado del hogar y la educación de los hijos les corresponden a las mujeres; siendo ellas las encargadas de los cuidados y entregar las atenciones que necesita una casa y su familia. El hombre mientras tanto es quien representa a la familia en el ámbito laboral y además el que provee a la familia de sus necesidades básicas, como s

⁹ Couture Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pag. 10.

Salud, alimentación, vestuario, distracción, entre otras, en otras palabras, es quien se encarga del sustento económico del hogar para comprar los insumos que permitan la realización de la familia.

La idea de que el hombre es el proveedor del hogar, y que la mujer ocupa un papel más escaso en cuando a la decisiones que tome la familia, se ha mantenido vigente a lo largo de los años, aceptándose y normalizándose esta forma de vida, teniendo reconocimiento a nivel normativo, precisamente en artículo 1749 del Código Civil, a propósito del matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal, en Donde se dispone *“El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer”*¹⁰ .

Por lo tanto, el trabajo de la mujer fuera del hogar siempre se ha visto obstaculizado hasta el día de hoy inclusive, es el hombre quien está a cargo del matrimonio por tratarse de “una sociedad”, transformando a la mujer en un sujeto relativamente incapaz para la época, esto se ve reflejado en el abandono laboral que realiza la mujer durante la crianza de sus hijos, o en el caso de que la mujer mantenga la crianza y la actividad laboral, produce que la mujer se ausente del hogar y sus labores domésticas para comenzar a desarrollarse en la vida laboral, viéndose mermado su trabajo con los hijos y el propio hogar, el cual se descuida y, a consecuencia de ello trae aparejado diversos problemas, como por ejemplo la decadencia familiar.

Ahora, lo que se ha buscado y planteado durante los últimos años es la protección que se le debe brindar a la mujer trabajadora, y esto no es solo responsabilidad del empleador, sino que debe ser de la sociedad toda, y más aun de la misma familia.

¹⁰ Art. 1759, Código Civil Chileno. Ministerio de Justicia. Chile, 2005 [Fecha de Consulta 04 de septiembre de 2021]. Pagina N° 36. Disponible en línea < [10](https://leyes.cl.com/codigo_civil/1749.htm#:~:text=Art%C3%ADculo%201749.-,El%20marido%20es%20jefe%20de%20la%20sociedad%20conyugal%2C%20y%20como,contra%C3%ADdo%20por%20las%20capitulaciones%20matrimoniales.></p></div><div data-bbox=)

Por su parte, la Dirección del Trabajo se ha pronunciado respecto a las normas de protección a las madres trabajadoras, señalando que “Las legislaciones laborales Occidentales, al sostener que estas, desde principios del siglo XX, han protegido a las trabajadoras y a sus hijos en los periodos de reproducción. Es así como haciéndose cargo de la especial vulnerabilidad en que se encuentran las trabajadoras durante la preñez, y el puerperio, periodo en el que la fuerza de trabajo merma para concurrir al mercado laboral, las legislaciones contemplan medidas orientadas principalmente a dos objetivos. Por una parte, a evitar que la disminución de la capacidad laboral expulse a las trabajadoras del mercado laboral, dejándolas sin miedos de subsistencia en un periodo en que tanto necesitan. Por otra parte, a impedir que las exigencias de trabajo- que no pueden ser mas que las habituales- pongan en peligro la salud de la madre y del hijo en momentos en que el riesgo físico y psíquica aumenta.”¹¹

1.2.0. Análisis de la maternidad.

En primer lugar, analizaremos la maternidad como concepto, y su evolución a través de los años, ya que, por su ingrediente sociocultural, se trata de un concepto que va cambiando a través de los años y que a tiende a la realidad cultural imperante en una época determinada. “*La maternidad no puede verse como un hecho natural, atemporal y universal, sino como parte de la cultura en evolución continua*”¹².

¹¹ Katy Romanik Foncea. Evolución de la Legislación sobre Protección a la Maternidad. [En línea]. Permiso postnatal parental creado por la ley N° 20.545. Santiago de Chile, diciembre. [Fecha de Consulta 14 de enero de 2021]. Pp. 33. Disponible en <https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-110158_recurso_1.pdf>

¹² Fuente: La Maternidad y Cultura. Veree Palomar Cristina [En línea], revista de género “La Ventana”. Universidad de Guadalajara México, 2005. [Fecha de Consulta 03 de diciembre de 2021]. P. 36. Disponible en < <https://www.redalyc.org/pdf/884/88402204.pdf>>

1.2.1. Concepto de maternidad:

En la antigüedad el concepto de “Maternidad” no existía, ni en las lenguas griegas o en latín, sin perjuicio de que la maternidad como percepción estaba muy presente en la vida cotidiana y se veía reflejado en la mitología, sin embargo, siempre era una situación que se daba por entendida y a la cual nadie le prestaba atención, no siendo de interés para la medicina o para la filosofía¹³.

Durante la edad media, la percepción de paternidad tomó relevancia solo como subsistencia, debido a la alta mortalidad de la época, las mujeres parían muchos hijos y había una alta tasa de mortalidad infantil.

Durante el siglo XII apareció la primera noción de maternidad, la de “Maternitas”, una noción entregada por la iglesia, que comienza a darle importancia a la maternidad a nivel carnal y espiritual, con la aparición de la idea terrenal de “Buena madre”, la cual se caracteriza por ser sumisa a la figura del padre, pero reconocida por su labor en la crianza, formación y educación de los hijos. La figura de la mujer desaparece absolutamente como individuo viviendo únicamente, Tomándose solo como un medio para cumplir un objetivo, el cual es cuidar de la familia, siendo “Glorificada” por su sacrificio.

Durante el siglo XIX hasta los años 60 del siglo XX. El estado desplaza al padre como figura a cargo de la familia, y establece la natalidad como un deber patriótico, lanzando campañas para incentivar los nacimientos y condenar las prácticas de Anticoncepción y aborto. Las mujeres dentro de este reconocimiento Que les da la

¹³ Fuente: Historia de las madres en occidente; Repensar la maternidad. Alicia Oiberman [En línea]. Facultad de psicología, Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina [Fecha de Consulta 03 de octubre de 2021]. Disponible en <<https://www.palermo.edu/cienciassociales/psicologia/publicaciones/pdf/Psico5/5Psico%2009.pdf>>.

sociedad comienzan a sentirse importantes, sin embargo, solo son reconocidas por su papel maternal.¹⁴

Posteriormente en Francia, se acuña la idea de que las mujeres deben ser buenas madres por naturaleza, siendo “El instinto maternal” lo que las distingue de los animales.

Como última etapa de la evolución del concepto de maternidad, ocurre entre los años 1960 hasta la actualidad. Se tiene un concepto distinto, Badinter (1980) Sostiene <Que el amor maternal no es innato>, y que se va adquiriendo con el Transcurso de los días que se tiene en compañía de la criatura y a partir de los cuidados que se brindan.

Hoy en día, existen movimientos feministas que promueven el rol de la mujer en el mundo laboral, y que permitan el desarrollo de una maternidad, así mismo como el caso de una maternidad controlada, siendo la mujer quien decide en qué momento quiere convertirse en madre¹⁵.

1.3.0. La desigualdad de género.

En una primera etapa de la historia laboral en nuestro país, se destaca a la mujer independiente, ya que le era más rentable a los empleadores contratar a mujeres para ciertas labores que a sus pares masculinos, esto debido a que se les pagaba una remuneración menor, se realizaba el mismo trabajo por un menor costo y existían muchas mujeres interesadas en trabajar, para generar un ingreso extra al de sus parejas porque no alcanzaban a cubrir las necesidades básicas con un solo ingreso. A la época colonial la población no se encontraba instruida y las personas

¹⁴ Fuente: *La Maternidad y Cultura*. Veree Palomar Cristina [En línea], revista de género “La Ventana”. Universidad de Guadalajara México, 2005. [Fecha de Consulta 03 de abril de 2021]. Pp. 36. Disponible en < <https://www.redalyc.org/pdf/884/88402204.pdf>>.

¹⁵ Fuente: *La Maternidad y Cultura*. Veree Palomar Cristina [En línea], revista de género “La Ventana”. Universidad de Guadalajara México, 2005. [Fecha de Consulta 03 de abril de 2021]. Pp. 36. Disponible en < <https://www.redalyc.org/pdf/884/88402204.pdf>>.

realizaban mayormente trabajos no calificados en condiciones precarias, los Empleadores traían maquinarias desde el extranjero al igual que personal calificado como los técnicos y operarios, para que realizaran labores de producción y mantenimiento, situación que produjo malestar generalizado en la población chilena.

Paulatinamente se opta por la instrucción de la población chilena, para que puedan optar a estas plazas de trabajo, sin embargo, se requiere de una protección para el empleado y comienzan a surgir los primeros acuerdos entre las partes, tales como; trabajo asalariado, asegurándose una cantidad de horas determinadas al día, y acuerdos por obra. Generándose de esta manera las primeras nociones de relación laboral, siendo mayoritariamente respecto de hombres, y marginándose el labor femenino, esto acompañado de que en las sociedad de “Elite” o en la aristocracia de aquella época, eran los varones quienes realizaban un trabajo remunerado fuera de casa, mientras que las mujeres se quedaban en el hogar al cuidado de los hijos y del hogar, siendo el hombre el proveedor, idea que era aceptada culturalmente y que poco a poco se fue expendiendo a todos los rincones de la sociedad chilena.¹⁶

Se genera un cambio en la mentalidad de la sociedad chilena, el hombre sale en busca de un salario remunerado, mientras que la mujer se comienza a quedar en casa al cuidado de la familia, desarrollando actividades que no son reconocidas y mucho menos remuneradas.

La primera regulación de derecho del trabajo del Estado chileno se produce en 1855, con la aparición del Código Civil y sus regulaciones acerca del “Del contrato de arrendamiento de trabajos inmateriales”, regulado en los párrafos 7, 8 y 9 del título XXVI del Libro IV¹⁷ en el que se regulaba los trabajos realizados por artesanos, obreros, empleados particulares y empleados domésticos, a cambio de Un salario.

¹⁶ Fuente: Mujer y trabajo. Origen y ocaso del padre proveedor y de la madre cuidadora. Valparaíso Chile, XXXIV, primer semestre 2010. Eduardo Caamaño Rojo. Revista de derecho, Pontificia Universidad católica. De Valparaíso, Pagina 179.

¹⁷ Luis Lizama Portal. El derecho del trabajo chileno durante el siglo XX. Revista de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 2, N°4, 2011. Pag. 110.

Con la aparición del Código del Trabajo en 1931, se derogan todas las normas sobre derecho laboral que se encontraban en el Código Civil.

Como señalamos anteriormente, durante todo el siglo XIX se observa al hombre realizando trabajos remunerados, fuera del hogar, mientras que la mujer se queda en casa al cuidado de la familia, siendo aceptado y normalizado por la sociedad, Empujado principalmente por la aristocracia y la iglesia chilena, los cuales velaban por “La protección a la familia”.

La mujer recibe poca o casi nula instrucción primaria, no siendo de interés su educación para la sociedad o para el estado, viéndose menoscabadas sus posibilidades de realizar labores calificadas.

Capítulo 2: Evolución de la protección a la maternidad en nuestra legislación.

2.1.0. Generalidades:

Al analizar nuestra legislación podemos observar que a la mujer se le han otorgado ciertos derechos, se han reconocido así por ejemplo en el Código del Trabajo de 1931 en donde se prohibía de manera genérica el trabajo nocturno de las mujeres. Esto se podría interpretar que en el Ordenamiento Jurídico existía una protección, pero la verdad que esto no es así, ya que si se analiza con detención más bien esto corresponde a un sistema patriarcal, en donde la autoridad la ejercen los hombres, mientras que la mujer tiene un rol más débil, en donde sigue predominando lo domestico.

Dentro de los sentimientos que imperaban en la sociedad era que la mujer pudiese trabajar, pero regulando el tipo de trabajo y entregándole un componente moral y religioso. *“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 una 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 trabajadoras en las empresas industriales y mineras de la primera, ya que las obliga a alejarse del cuidado de sus hijos, siendo ellos parte de las causas que explican en aquella Época las altas tasas de mortalidad infantil, la degeneración de la vida familiar o el alcoholismo”*.¹⁸

¹⁸ Mujer y trabajo. Origen y ocaso de la madre proveedor y de la madre cuidadora. Valparaíso Chile, XXXIV, primer semestre 2010. Eduardo Caamaño Rojo. Revista de derecho, Pontificia Universidad católica. De Valparaíso, Pagina 187.

Actualmente, el Código del Trabajo parte del supuesto formal de la igualdad entre hombre y mujeres en el trabajo, derecho que es garantizado a nivel Constitucional, Previsto en el Artículo 19 Número 2 y 16 inciso tercero de la Constitución Política de la República, en el cual reconocen la igualdad de hombres y mujeres ante la Ley, mientras que en el ámbito laboral se agrega la prohibición de la discriminación en el empleo, recordando el carácter particular de estas relaciones laborales.

Se ha pretendido también mantener a través del paso de los años una mirada y perspectiva conciliadora en donde las responsabilidades laborales y familiares coexistan en armonía, así como el rol que tiene tanto la mujer y el hombre, mantener un equilibrio, además de que no solo ellos son los actores de esta conciliación, sino que también lo es la sociedad.

Se ha reconocido la demanda creciente para armonizar trabajo y vida familiar. Pues bien, si se plantea desde una perspectiva en donde la mujer se encuentra en un periodo de embarazo es aún peor lo ya se ha dicho precedentemente, este preciso periodo debiese ser una etapa en donde la mujer disfrute aquel momento y sea de plena felicidad, sin embargo, en varios casos no es así, ya que se le dificulta aún más el trabajo y el ambiente Laboral, por lo cual resulta imposible seguir con sus tareas de la forma en que lo realizaba antes. En este sentido es el empleador el que pasa a estar en una posición de ventaja respecto de la mujer.

A pesar de que hoy en día nuestra legislación ha entregado ciertos derechos a las mujeres en el periodo de embarazo, lo cierto es que no se lleva de una manera satisfactoria la fiscalización de prácticas abusivas hacia las mujeres y velar por el resguardo de estos derechos.

Diversos son los progresos que se le han dado a la protección de la maternidad, normas que han venido en regular el deber de proteger a la mujer embarazada.

La Constitución Política de la República de 1980, contiene normas referidas a la protección a la maternidad, específicamente la protección de la vida, incluso la del que está por nacer, por tanto, se entiende con ello el resguardo en el proceso de embarazo. Posteriormente también entrega la propia Constitución la garantía de

libertad de trabajo y su protección, destinado a evitar discriminación y abusos laborales por el solo hecho de estar en un periodo de gravidez.

En el Código del Trabajo es donde encontramos de forma más profunda sobre la protección a la maternidad, específicamente en el Título II, Libro II, se encuentran las normas relativas “De la Protección a la Maternidad”.

En su artículo 194, inciso cuarto, establece el derecho a la no discriminación con motivo de existencia o ausencia del embarazo, y la prohibición del empleador de exigir certificado o examen para verificar el estado de gravidez de la trabajadora, sea esto para su contratación, permanencia, o movilidad en el trabajo.

Seguidamente en su artículo 195, se establece el derecho a descanso por maternidad, antes y después del parto, determinando el pre y post natal, respectivamente.

Así también podemos ver en diversas leyes, como se amplía el campo de protección a las trabajadoras, como por ejemplo la Ley N° 19.505, sobre permisos especiales a los trabajadores en caso de enfermedad grave de hijo menor de 18 años, le Ley N° 20.166, sobre la ampliación del derecho de alimentar al hijo, respeto de todas las mujeres Que tengan hijos menores de 2 años; Ley N° 20.891 respecto al permiso Postnatal parental y el ejercicio del derecho a la sala cuna para los funcionarios públicos.

No obstante, la sociedad, ha manifestado que la legislación vigente aún es insuficiente para cubrir la problemática respecto a la mujer trabajadora en su relación laboral.

Es por ello que para dar cumplimiento a la normativa antes expuesta es de suma importancia el rol que juega en esta materia, la “Dirección Del Trabajo”, a través de sus facultades de fiscalización y donde si bien, se han establecido una serie de mecanismos para llevar esta labor, tales como multas y sanciones económicas muy altas para las infracciones que se refieren a la materia analizada en esta investigación, el problema aparece cuando la mujer se ve expuesta a alguna arbitrariedad de parte de su empleador, y desea realizar un reclamo ante la

Inspección del trabajo, siendo este un trámite engorroso, lento y desgastante, principalmente para una mujer que se encuentra en estado de gravidez.

Ante esta situación, el objeto del presente trabajo investigativo, se busca hacer un análisis crítico a la situación actual en que se encuentran las trabajadoras respecto a la protección de la maternidad y fuero pre y post natal en Chile.

Las primeras normas en cuanto a la protección del trabajo comienzan a surgir a finales del siglo XIX, existía una necesidad de regular por parte del estado, las relaciones de trabajo entre particulares. El empleador al tener el poder económico generaba desigualdad ante el trabajo, quienes son la parte débil en esta relación contractual, limitándose a aceptar las condiciones impuestas por el empleador. El derecho del trabajo viene a equilibrar la balanza.

Como establece la abogada española Noelia Igareda, “El interés estatal nace de la ideología higienista y pro-analista de la época, por lo que se ocupa de una manera más filantrópica de las madres trabajadoras y sus criaturas, dotándolos de un tipo legal de descanso en torno al nacimiento del bebe, para asegurar las condiciones óptimas físicas de las trabajadoras y mejorar las tasas de mortalidad infantil.”¹⁹

La situación de la trabajadora embarazada no es ajena a esta realidad, en virtud de la necesidad de proteger su situación de gravidez, comienzan a aparecer las primeras leyes que regulan la materia.

¹⁹ Igareda González, Noelia. De la protección a la maternidad a una legislación sobre cuidado. Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho. Universidad Autónoma de Barcelona, 2009. Pág. 141. [Fecha de consulta: 14 de enero de 2021]. Disponible en <<https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fojs.uv.es%2Findex.php%2FCEFD%2Farticle%2Fdownload%2F103%2F125&ei=QnkXU6D8F6v20wH3xYDgDA&usg=AFQjCNH21nJ2YBFmjX9NVWUN8XszvtSPLg&bvm=bv.62286460,d.dmq>>

A continuación, serán analizados los derechos consagrados en nuestra legislación, específicamente aquellos los derechos regulados en el Código del trabajo en su título II, del libro segundo en torno a la protección de la maternidad.

2.2.0. El derecho de sala cuna,1917.

Se trata del primer derecho reconocido y regulado en nuestra legislación, por medio de la ley 3.186 de 1917. Antes de la dictación del código del trabajo.

Este derecho surge a propósito de la situación de las trabajadoras en talleres, fábricas y establecimientos industriales, que tuvieran un número superior a 50 mujeres. Estos establecimientos debían contar con una sala acondicionada para recibir a los lactantes menores a un año, mientras sus madres cumplían su jornada laboral. Posteriormente este derecho se extendió al comercio, instituciones de derecho público, privado, disminuyendo la exigencia del número de trabajadoras a 20.

Con el pasar de los años, este derecho sufrió algunas modificaciones determinándose por el Estado, consistiendo en que las salas cunas debieran ser anexas e independientes del lugar de trabajo, y siendo el costo de mantención exclusivo del empleador, debiendo existir una persona competente para el cuidado de los lactantes

La situación anterior se mantuvo hasta el año 1966, en donde se extendió hasta los dos años, por medio de la ley 16.511.

Respecto de las salas cuna, hubo ciertas modificaciones; en aquellos casos en que existieran varios empleadores obligados a proveer de salas cuna, y que se encontraran en un lugar geográfico común, podrían construir y mantener servicios Comunes de sala cuna, para ello necesitaban de un informe previo y favorable de La junta de Jardines Infantiles (JUNJI), estableciéndose además como requisito,

que la persona que estuviese a cargo del cuidado y protección de los niños, tuviese el título de a lo menos, auxiliar de enfermería.²⁰

Modificación a partir de la ley 18.620, de 1987

En una primera etapa, se permitió que todas aquellas mujeres, sin importar que tuviesen de empleador a un particular, al estado o empresas semi estatales, o que incluso trabajaran en su domicilio, es decir, que dependieran de cualquier empleador, o se tratasen de mujeres acogidas a regímenes de cajas de previsión u organismos previsionales, pudiesen acceder a este derecho. En cuanto a la modificación, reemplazo el término “cajas de previsión u organismos previsionales” por “Sistema previsional”.

Modificación introducida por la ley 19.408 de 1995, que establece la obligación de proveer de sala cuna a los centros o complejos comerciales que sean de un mismo administrador o de una misma razón social o persona jurídica, en cuyos establecimientos cuenten con 20 o más trabajadoras, considerando todos los centros o complejos comerciales. Este gasto debe ser cubierto por todos los establecimientos²¹

Modificación a partir de la ley 19.591 de 1998, que modifica la expresión “Los establecimientos” por “Las empresas” quedando obligadas de proveer salas cunas solo aquellas empresas que ocuparan 20 o más mujeres entre todos los locales. Es gasto debe ser cubierto por todos los locales.

Modificación de 2009 por medio de la ley 20.399, que incorpora al trabajador o a la trabajadora a quienes se le otorgue el cuidado personas de un menor de dos años

²⁰ Fuente: Katy Romanik Foncea. Evolución de la legislación sobre la protección de la maternidad. Permiso postnatal parental creado por la ley N° 20.545. Cuaderno de investigación N° 58, [Fecha de consulta: 14 de enero de 2021]. Disponible en <https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-110158_recurso_1.pdf>.

²¹ Modifica el art. 203 del código del trabajo. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Subsecretaría del Trabajo. Chile, 1955 [Fecha de Consulta 22 de Mayo de 2021]. Ley Chile. Disponible en < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30775>>

por sentencia judicial. Este derecho solo opera en aquellos casos en que le sea Exigible la sala cuna al empleador, este derecho también es aplicable en los casos en que la madre fallece. Debiendo el empleador mantener este derecho respecto del padre y del menor, a menos que el padre haya sido privado del cuidado por sentencia judicial.

Ley 3.186 de 1917: Establece el servicio de salas cunas en las fabrica, talleres o establecimientos industriales en que se ocupen 50 o más mujeres mayores de 18 años para hijos menores de un año.

Recapitulación:

En el presente capitulo se ha analizado la evolución del derecho de sana cuna a través de ellos años, en donde pudimos advertir que este derecho desde su aparición ha sufrido diversas modificaciones.

En una primera etapa, era de carácter restringido, solo otorgaba protección a las madres obreras que realizaran labores en establecimientos industriales, y que luego, en una segunda etapa, se extendió a los establecimientos comerciales, para luego ya en una tercera etapa, este derecho se amplió significativamente, otorgando protección a aquellas madres trabajadoras que dependan de cualquier empleador, sea este estatal, semi estatal, o particular, sin distinguir si la beneficiada era obrera o empleada, posteriormente en una cuarta etapa este derecho se extendió a toda persona que tuviera el cuidado de un menor de dos años, manifestándose el interés y preocupación del Estado respecto de los niños.

Así mismo, también han variado los requisitos impuestos al empleador, en donde podemos distinguir:

Durante la primera etapa podemos apreciar que este derecho se le era impuesto a aquellos empleadores (Fabricas o establecimientos), que tuvieran 50 o más Trabajadoras mayores de 18 años, para luego, modificarse en 1998 este requisito,

disminuyéndolo a 20 o más mujeres, para que les fuese obligatorio proveer de sala cuna.

Otro punto para considerar es las modificaciones que ha sufrido la duración de este beneficio, siendo en una primera etapa; hasta que el niño (a), cumpliera un año, siendo modificado en el año 1966, en donde se extendió hasta los dos años.

Así mismo, se ha modificado la forma en que el empleador puede otorgar este derecho, desde ofrecer sala cuna propia, o la opción de mantener una sala de cuna con otra institución, compartiendo los gastos o incluso contratar servicios externos para llevar a cabo esta labor.

Finalmente podemos concluir que desde la existencia de este derecho en nuestra legislación y considerando sus numerosas modificaciones en cuanto a sus requisitos y/o formas de otorgarlo, siempre se ha mantenido su carácter de obligatorio para el empleador, siempre que mantenga cierto número de fuerza laboral femenina. Actualmente este derecho se encuentra regulado a partir del artículo 203 del código del trabajo.

“Las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, deberán tener salas anexas e independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo. Igual obligación corresponderá a los centros o complejos comerciales e industriales y de servicios administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, cuyos establecimientos ocupen entre todos, veinte o más trabajadoras. El mayor gasto que signifique la sala cuna se entenderá común y deberán concurrir a él todos los establecimientos en la misma proporción de los demás gastos de ese carácter”.²²

²² Fija texto refundido, coordinado y sistematizado: Código del trabajo. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Subsecretaría del Trabajo. Chile, 31 de Julio 2002 [Fecha de Consulta 22 de Mayo de 2021]. Ley Chile. Disponible en < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207436&idParte=0>>

2.3.0. El permiso de alimentación, 1917.

Este derecho, el cual es reconocido en conjunto con el derecho a sala cuna, tuvo sus inicios en 1917, respecto de aquellas madres obreras que trabajaran en fábricas, talleres o establecimientos industriales con una fuerza laboral femenina superior a 50 o más mujeres mayores de 18 años. A las cuales les fue concedido un lapso no superior a una hora diaria para amamantar a sus hijos, Hasta que cumplieran un año de edad, no siendo esta porción de tiempo descontado de la remuneración y siendo de carácter irrenunciable para la madre.

2.3.1. Evolución del derecho a alimentación.

Este permiso fue sufriendo variaciones de forma simultánea con el derecho a sala cuna.

En virtud del Decreto N° 442, de 1925. Establece un periodo de descanso de 60 días (40 previos al parto y 20 días de forma posterior) para la madre obrera embarazada y conjuntamente dispone que las porciones de tiempo que dispone la madre para amamantar al hijo serian dos.

Luego en 1978 por medio de la ley N°2.200, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, modifico este derecho, cambiando la expresión “amamantar a sus hijos” por “dar alimentos a sus hijos”, estableciéndolo en sentido amplio.

En 1981, se establece la ley 18.010, que permite que el empleador designara a un agente externo, previa autorización de la JUNJI para que las trabajadoras pudiesen dejar a sus hijos, mientras ellas realizaban labores. Ampliando el permiso para dar alimentos, en cuanto a duración, estableciendo un tiempo razonable para que las madres concurrieran hasta estos establecimientos y luego volvieran a cumplir labores, se consideró el tiempo de traslados y se estableció que los costos de los pasajes de transporte deberían ser a cargo del empleador.

Modificación introducida por la ley 20.166 de 2007, esta norma establece que el derecho de alimentación “*Le será aplicable a toda trabajadora que tenga hijos menores de dos años, aun cuando no goce del derecho a sala cuna*”.²³ Esta ley viene a separar el tratamiento que la ley le había dado al derecho de alimentos, Considerándolo unido al derecho a sala cuna. Además, se extiende el derecho de alimentación a los hijos/as menores de dos años por una hora al día a todas las trabajadoras, independiente si el empleador proporciona el servicio de sala cuna.

A su vez, se establecieron directrices para ejecutar este derecho: se establece que tiene duración de una hora diaria, en beneficio de los niños menores de dos años; pudiendo ejercerse en cualquier momento dentro de la jornada laboral, pudiendo ser parcializado, o postergando o adelantando en media o una hora, la jornada laboral.

Este tiempo utilizado en la alimentación del menor, es imputado a la jornada laboral, para todos los efectos legales, este tiempo puede ser aumentado prudentemente, teniendo en consideración la duración de los traslados.

La última modificación efectuada en torno a este derecho fue por medio de la ley 20.761 de 2014, en donde se amplió a los sujetos que pueden ejercer este derecho, extendiendo el beneficio al padre y en general todo aquel que tenga el cuidado de un menor por habersele concedido su tuición o cuidado personal como medida de protección o en un procedimiento de adopción, extendiéndose además este derecho a su cónyuge.

- En aquellos casos en que la madre falleció, el padre ejerce este derecho plenamente
- En aquellos casos en que ambos padres son trabajadores, deberán elegir quien hará uso de este derecho, debiendo comunicar al empleador su decisión y cualquier cambio, por medio de un documento armado por Ambos

²³ Ley 20166. Extiende el Derecho de las madres trabajadoras a amamantar a sus hijos aun cuando no exista sala cuna. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Subsecretaría del Trabajo. Chile, 31 de Enero de 2007. [Fecha de Consulta 22 de Mayo de 2021]. Ley Chile. Disponible en < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=258270>>

trabajadores con a lo menos 30 días de anticipación, ante la Inspección del Trabajo.²⁴

Recapitulación:

Al igual que el derecho a sala cuna, este derecho también ha sufrido de variaciones en el transcurso de los años, en una primera etapa fue concebido a las madres trabajadoras para que amamantaran a sus hijos menores de un año, luego se reemplazó el tiempo por “dar alimentos” ampliando su ejercicio. Posteriormente el tiempo de duración de la ejecución de este derecho fue incorporado dentro de la jornada laboral.

Posteriormente se amplió al titular de este derecho, incorporándose al padre en caso de que ambos sean trabajadores, o aquel que tuviese la tuición o el cuidado de un menor.

Actualmente se encuentra regulado a partir del art. 206 del código del trabajo.

2.4.0. El descanso maternal

Este derecho fue reconocido hace menos de un siglo, siendo incorporado en nuestra legislación mediante el Decreto Ley N°442, del Ministerio de Higiene, Asistencia y Previsión Social. Estableciéndose un descanso para las obreras de 40 días antes del parto y de 20 días después de aquel. Debiendo la empresa mantener su puesto de trabajo y pagando a la mujer el 50% de su sueldo.

En 1931 se regulo de forma más detallada este, ampliándose a 6 semanas el descanso a los días previos de dar a luz y 6 semanas después de aquel. Para ello

²⁴ Fuente: Katy Romanik Foncea. Evolución de la legislación sobre la protección de la maternidad. Permiso postnatal parental creado por la ley N° 20.545. Cuaderno de investigación N° 58, [Fecha de consulta: 14 de enero de 2021]. Disponible en <https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-110158_recurso_1.pdf>.

era necesario que la trabajadora presentara un certificado médico, expendido por Un médico o una matrona en donde se indicare que debía mantener ese descanso, quedando expresamente prohibido el trabajo en la industria y comercio Respecto de mujeres embarazadas con un periodo avanzado de gestación (próximo al nacimiento) y debiendo el empleador mantener el puesto de trabajo.

Situaciones especiales:

Cabe la alternativa que este periodo de descanso se extendiera, considerando aquellos casos en que se les otorgaba 6 semanas de descanso a la futura madre antes del parto, y este se produjera de forma posterior, denominando a esta extensión <Descanso prenatal prorrogado> o en aquellos casos en que la mujer padeciera de una enfermedad producida por el alumbramiento, y le impidiese trabajar por un periodo superior a 6 semanas desde el día del parto, siendo denominado <Descanso postnatal suplementario>. Debiendo presentar el correspondiente certificado del médico o matrona que acreditaré esta situación.

Forma de pago:

Durante la época en que durara el beneficio anterior, se le paga a la madre el 50% del salario recibido: debiendo distinguirse las siguientes situaciones:

- a) Madre con derecho a subsidio obrero: el 50% del sueldo era pagado con aportes del subsidio, y aportes del empleador. Quienes completaban conjuntamente el porcentaje.
- b) Madre sin derecho a subsidio obrero: el 50% del sueldo era pagado de forma íntegra por el empleador.

Modificaciones introducidas por la ley 16.434 de 1966.

En virtud de esta ley, se declara irrenunciable este derecho, y en aquellos casos en que el niño o niña requiera de cuidados especiales, es ampliable por 6 Semanas más. Posteriormente la ley 17.928 de 1973, deroga la normativa anterior, Ampliando el periodo de descanso posterior al parto a 12 semanas en beneficio de toda trabajadora.

En este punto, debemos mencionar las modificaciones establecidas por el plan laboral, en el que se establece la posibilidad de otorgar un permiso especial, En aquellos casos calificados en que se produjere una enfermedad, cuya duración será determinada por los servicios que tengan a cargo este tipo de atenciones.

Además, se modificó el aspecto de la remuneración, la cual será aquella “Equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba, del cual solo se deducirán las imposiciones de previsión y descuentos legales que correspondan²⁵.

En 1933 por medio de la ley 19.250, se incorpora la figura del padre en este derecho, a quien se le permite hacer uso del post natal o parte de él, por fallecimiento de la madre.

Así mismo también se incorporan dentro de este permiso, y por un plazo de hasta 12 semanas, a las personas <trabajador o trabajadora>, quien tenga el cuidado de un niño menor de 6 meses, ya sea por habersele otorgado judicialmente la tuición o como medida de protección el cuidado del menor.

Modificaciones introducidas por la ley 20.545 del 2011, en virtud de esta ley se aumenta el permiso de descanso a 18 semanas en los casos se produzca antes de la trigésimo tercera semana de gestación, o en aquellos casos en que el hijo pesare menos de 1.500. También contempla la posibilidad de ampliar el descanso en aquellos casos de embarazo múltiples, entendiéndose por múltiple, aquellos casos que se tratare de 3 o más bebés, se aumentara en 7 días corridos por cada niño.

²⁵ Ley N° 11462. Modifica disposiciones del código del trabajo relacionadas con la protección a la maternidad. Ministerio del Trabajo Chile, 24 de noviembre de 1953. [Fecha de Consulta 22 de agosto de 2021]. Ley Chile. Disponible en <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=285689> >

Finalmente, en aquellos casos en que se observen estas dos últimas hipótesis, se le aplicara aquella que resulte más beneficiosa para la madre.

Recapitulación:

Este derecho al igual que los anteriores, ha sufrido de modificaciones a lo largo de los años, inicialmente se le concedía a la madre un permiso de 60 días y actualmente tiene una duración de 18 semanas, en aquellos casos que no presenten inconvenientes y se traten de partos normales. Además, tiene en consideración el aumento de este periodo por enfermedad causada por el alumbramiento, nacimiento del hijo a las seis semanas de haber comenzado con el descanso y en caso de nacimientos ocurridos antes de la trigésima semana de gestación, casos en que el niño tenga un peso inferior a 1.500 gramos o se trate de partos múltiples.

A su vez se amplió el sujeto quien puede ejercer este derecho, incorporándose al padre y a aquel que tenga el cuidado o tuición de un menor por orden judicial.

Como último derecho, analizaremos el fuero maternal, haciendo presente que para ello se realizara en un capítulo dedicado al análisis del fuero maternal y su respectiva evolución en nuestra legislación.²⁶

²⁶ Fuente: Katy Romanik Foncea. Evolución de la legislación sobre la protección de la maternidad. Permiso postnatal parental creado por la ley N° 20.545. Cuaderno de investigación N° 58, [Fecha de consulta: 14 de enero de 2021]. Disponible en <https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-110158_recurso_1.pdf>.

Capítulo 3: El Permiso postnatal, ley 20.545:

3.1.0. Generalidades

Esta figura aumenta el descanso postnatal por un periodo de 12 semanas, posteriores al nacimiento, se trata de un derecho irrenunciable para la madre trabajadora. La particularidad de esta legislación es que dicho permiso puede ser compartido con el padre, compartiendo su uso por 6 semanas, este beneficio se puede extender al padre que tenga el cuidado personal del menor, o en aquellos casos en que ha fallecido la madre, le fue entregada la tuición judicialmente o en aquellos casos que se decretó como medida de protección.

Para quien ejerza este derecho, le será entregado un subsidio el que no podrá ser superior a 30 Unidades de fomento, teniendo en consideración solo la remuneración de la madre, independiente de quien haga uso del beneficio. Esta limitación o tope se debe a que los recursos son escasos y se debe procurar repartirse de forma eficiente.

En aquellos casos en que el empleador impida el libre ejercicio de este derecho, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de un valor de 14 a 150 UTM.

3.1.1. Análisis y criterio Jurisprudencial de la Dirección del Trabajo:

Es importante precisar algunas situaciones excepcionales que pudiesen ocurrir y respecto de las cuales la Dirección del Trabajo se ha pronunciado, las cuales enunciaremos a continuación.

- 1) El permiso post natal parental no procede en aquellos casos en que el hijo sobrevive poco tiempo después del parto o nace muerto, debido a que guarda relación con el objeto de esta norma, el cual es propender el equilibrio del cuidado de los hijos con el trabajo.
- 2) Permiso post natal de 18 semanas, con el desempeño laboral de la mitad diaria convenida por la beneficiaria. El objeto de esta normativa es promover el cuidado y el apego en la primera etapa del desarrollo de los menores, esta finalidad se logra “Adecuadamente y en mayor grado si la madre dispone del tiempo necesario para tales efectos, lo que no ocurriría si se estimare que para tal fin debe atenderse a la jornada semanal convenida, por cuanto ello podría implicar concentrar en uno o dos días la totalidad de la media jornada que le corresponde cumplir por haber ejercido esta opción”.
- 3) El permiso postnatal parental opera a continuación del término del reposo o descanso postnatal, también de doce semanas de duración, por lo que sumado ambos beneficios, hacen un total de 24 semanas ininterrumpidas de ausencia al trabajo de la dependiente contadas desde el parto, por lo que podría estimarse que dichas 24 semanas serian equivalentes a la misma cantidad de semanas de existencia del menor no obstante lo cual la ley no hace referencia la edad de éste para efectos de determinar la extensión de las licencias postnatales de la madre, ni tampoco la duración de éstas en meses”. Este pronunciamiento aclara, en su parte final, que el computo de las licencias postnatales en su equivalencia en días, o meses es de competencia de la SUSESO (Superintendencia de Seguridad Social), por tratarse de materias sobre la extensión de licencias médicas.
- 4) El ejercicio de este derecho es de carácter irrenunciable. Siendo titulares: La madre trabajadora, el padre y el trabajador o trabajadora que tenga a su cuidado un menor de edad por habersele otorgado judicialmente la tuición del menor o quien tenga el cuidado personal, ya sea como medida de

protección o durante un proceso de adopción. Mas adelante analizaremos de manera más extensa los titulares de este derecho.

3.2.0. Objetivo del Instituto del Postnatal:

Conforme al mensaje presidencial, la institución del postnatal debía cumplir con los siguientes objetivos:

- 1) Garantizar el mejor cuidado de los hijos: se establece en el mensaje que los mejores cuidadores de un recién nacido, serán siempre sus padres. Este beneficio va dirigido tanto a los padres como al recién nacido, velando por su salud, desarrollo y para fortalecer el apego.
- 2) Permitir que más madres se beneficien con la protección a la maternidad: Se busca mejorar la distribución del subsidio pagado durante el pre y post natal, así como también se busca beneficiar a las trabajadoras que mantienen contratos temporales, quienes muchas veces no acceden a los beneficios de protección a la maternidad y buscar incentivar la cotización previsional de estas trabajadoras.
- 3) Aumentar la corresponsabilidad del padre y madre en el cuidado de los hijos y facilitar una mayor conciliación entre la familia y el trabajo para los hombres y mujeres de nuestro país.

Es la familia, el núcleo en el cual los niños se desarrollan, especialmente el buen desarrollo y crianza tiene frecuentemente como base a la madre, sin embargo se busca cambiar esta noción y se reconoce el labor del padre en la crianza de los hijos, este reconocimiento se plasma mediante la institución del derecho a postnatal del padre, y la posibilidad que se le entrega al padre para ejercer el derecho a permiso por enfermedad grave del hijo menor de

un año, sin embargo, se reconoce que esta medida es Insuficiente, y abre paso a que se discuta el rol del padre en la crianza activa.²⁷

Estos objetivos fueron tomados por la dirección del trabajo, y recogidos por la jurisprudencia administrativa de dicho órgano, para otorgarle una interpretación a la nueva ley, en los cuales destacamos los siguientes dictámenes:

Dictamen N° 4052/083 de fecha 17 de octubre de 2011:

Dictamen que fija el sentido y alcance de los artículos 195, 196, 197 bis, 198, 200 y 201 del Código del Trabajo fijado por la Ley N° 20.545 y primero, segundo y terceros transitorios de la nueva ley N° 20.545.

“En primer término, cabe referirse al objetivo o finalidad perseguido por el legislador con la nueva normativa, que, según aparece de manifiesto en el Mensaje con el Presidente de la República envió a tramitación el respectivo proyecto de ley, fue efectuar las modificaciones legales necesarias a las normas del Código del Trabajo sobre protección de la maternidad a fin de modernizarlas, procurando alcanzar tres grandes objetivos: garantizar el mejor cuidado de los hijos, permitir que más madres se beneficien con la protección a la maternidad, aumentar la corresponsabilidad de padre y madre en el cuidado de los hijos y facilitar una mayor conciliación entre familia y trabajo para los hombres y mujeres en nuestro país”.²⁸

A su vez, se pronuncia respecto del derecho del padre a un permiso pagado de 5 días en caso de nacimiento de un hijo, el que podrá utilizar a su elección desde el momento del parto, y este será de forma continua, excluyendo el descanso semanal

²⁷ Historia de la ley N°20.545. Modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental. Biblioteca del Congreso Nacional, 17 de Octubre de 2011. [Fecha de Consulta 12 de Junio de 2021]. Ley Chile. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4514/>

²⁸ ORD N° 4052/83. Fija sentido y alcance de los artículos 195,196, 197 bus, 198 y 201 del Código del Trabajo, texto fijado por la ley N°20.545. y primero y segundo y terceros transitorios de este último cuerpo legal. [Fecha de Consulta 12 de Junio de 2021]. Dirección del Trabajo. Disponible en <<https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-99793.html>>

o distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento. Este permiso también se otorga al padre que se encuentre en proceso de adopción, contándose desde la notificación de la resolución que otorga el cuidado personal o Aquella que concede la adopción, este derecho será de carácter irrenunciable, según lo consagrado en los artículos 19 y 24 ter de la ley 19.620.

El punto anterior es complementado por el dictamen N°351/007 de 20.01.2012, precisamente en el punto n°6 de dicho dictamen, señala: “En lo que respecta a esta consulta, cabe hacer hincapié nuevamente, en que uno de los objetivos perseguidos por el legislador al establecer el permiso postnatal parental y sus alternativas de ejercicio, es facilitar el apego necesario en la primera etapa de desarrollo del o los hijos de las madres trabajadoras y propender al mejor cuidado de éstos, favoreciendo así, a través de la opción de laborar media jornada, la compatibilización entre el desarrollo laboral de la madre y el debido cuidado de sus hijos menores ²⁹”.

3.2.0. El permiso postnatal a la luz de la ley 20.545.

Se aumenta el descanso postnatal, mediante un permiso de 12 semanas posteriores al nacimiento del menor, constituyendo un derecho irrenunciable por parte de las trabajadoras, lo anterior es con el objeto de promover un mejor cuidado del niño, impulsando a su vez la participación del padre, con quien la madre puede compartir este permiso.

A su vez, este permiso corresponde al padre cuando tenga el cuidado personal del menor o si la madre hubiese fallecido, o cualquier persona que tenga el cuidado de un menor por haberse otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal.

²⁹ ORD N° 351/7. Fija sentido y alcance del art. 206 del Código del Trabajo, relativo al permiso postnatal parental de media jornada, tienen derecho a permiso de alimentación previsto en el presente artículo. [Fecha de Consulta 12 de Junio de 2021]. Dirección del Trabajo. Disponible en < <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-100122.html>>

En virtud de este permiso, la madre o el padre que ejerza este derecho, recibirá un subsidio, el cual no podrá superar las 30 Unidades de fomento (UF), considerándose para su cálculo, solo las remuneraciones percibidas por la madre. Lo anterior tiene como fundamento, la escasez de los recursos, siendo estos limitados, y debiendo el Estado distribuirlos de la mejor manera posible.

En aquellos casos de quien hiciera uso de este permiso y no fuese completada la remuneración imponible, se otorga la posibilidad de trabajar en jornada reducida, sin perder el subsidio, para efectuar de percibir lo no cubierto por dicho subsidio.

En aquellos casos en que se quiera acceder a la jornada reducida, la madre debe avisar a su empleador 45 días antes del término del descanso postnatal, en caso de que sea el padre quien solicite este beneficio, deberá avisar a su empleador, al empleador de la madre y a la inspección del trabajo, a los menos con 10 días de anticipación al inicio del uso del permiso, este plazo es diferente, teniendo en consideración a que la madre goza de fuero maternal desde el momento del embarazo, mientras que el padre tendrá fuero durante el tiempo del permiso postnatal, calculándose desde que se da aviso al empleador.

La sanción al empleador que impida u obstaculice el uso de este permiso, será sancionado con una multa a beneficio fiscal por un monto de 14 hasta 150 Unidades Tributarias Mensuales (UTM).

A su vez, se faculta a la madre que quiera hacer uso de un post natal de 18 semanas, trabajando media jornada y percibiendo la mitad de la remuneración pactada, para ello deberá avisar a su empleador mediante carta certificada o entregando copia a la Inspección del Trabajo, con un mínimo de 30 días de anticipación, en caso de que no se realice este punto, se entenderá que la madre hará uno del post natal de 12 semanas con un permiso de jornada completa.

El empleador tiene la obligación de reincorporar a la mujer trabajadora, a menos que se entienda, que, por la naturaleza de las funciones, estas solo se pueden cumplir en la forma que se ejercían anteriormente, es decir, aquella que la trabajadora realizaba antes del postnatal. En caso de existir una negativa por parte

del empleador, se deberá tramitar ante la Inspección del Trabajo a través de carta certificada, esta actuación podrá ser reclamada por la interesada y siendo resuelta por la Inspección del trabajo.

3.2.1. Titulares del derecho al permiso postnatal

El ejercicio de este derecho es de carácter irrenunciable. Siendo titulares:

- 1) La madre trabajadora: Quien puede ejercerlo en cualquiera de las dos modalidades indicadas. Además, si ambos progenitores son trabajadores, ella podrá traspasarle al padre del menor, el número de semanas que indique a partir de la séptima semana, las semanas a utilizar por el padre, deberán comprenderse dentro de las últimas semanas de permiso.
- 2) El padre: en aquellos casos en que la madre hubiese fallecido o que se le concediera el cuidado personal del menor por sentencia judicial.
- 3) El trabajador o trabajadora que tenga a su cuidado un menor de edad: corresponde a aquellos trabajadores a los cuales se les haya otorgado judicialmente la tuición del menor como medida de protección o durante la adopción del menor.

3.2.3. Ejercicio del derecho a postnatal:

Estos requisitos varían según quien haga uso del permiso de postnatal, en donde podemos distinguir:

En aquellos casos en que sea la madre quien haga uso de este derecho, para ello, deberá avisar a su empleador, con a lo menos 30 días de anticipación.

Si opta por hacer uso de este por 18 semanas, reincorporándose a sus labores por la mitad de su jornada, o en aquellos casos de que se trate de una trabajadora Exenta de la limitación de jornada, deberá dar aviso mediante carta certificada, debiendo además enviar copia a la Inspección del Trabajo, en aquellos casos en

que la trabajadora no realice este trámite, se entenderá que hará uso del permiso postnatal de 12 semanas en jornadas completas.

En aquellos casos en que sea el padre quien ejerza este derecho, deberá dar aviso a su empleador, mediante carta certificada y enviando copia al empleador de La madre y a la Inspección del Trabajo, con a lo menos, 10 días de anticipación a la fecha en que hará efectivo el permiso.

El trabajador o trabajadora al que se le haya otorgado el cuidado de un menor por resolución judicial o tenga la tuición, ya sea por adopción o como medida de protección, deberá acompañar la solicitud del permiso, junto con una declaración jurada de tener bajo su tuición o cuidado a un menor que sea de aquellos, que otorgue este beneficio, así como también, deberá acompañar el certificado del tribunal que otorga la tuición o cuidado personal. En aquellos casos en que no se presente la comunicación al empleador y a la Inspección del Trabajo, se entenderá que lo pierde y que la madre conserva el derecho a seguir ejerciendo el derecho al postnatal, de acuerdo a la modalidad elegida, la madre en ningún caso puede perder el ejercicio de este derecho, debido a su protección en nuestra legislación y su carácter de <Irrenunciable>.

El empleador tiene la obligación de reincorporar a la madre en sus labores, o conceder el permiso a los demás titulares del derecho. O pagar la mitad de la remuneración acordada cuando la madre medida reintegrarse a sus labores de forma parcial, sin perjuicio de que la remuneración sea de aquellas que sufren variaciones. Además, la madre trabajadora tiene la obligación de informar a la institución que pagará el beneficio.

Excepcionalmente, el empleador se puede negar a la reincorporación de la mujer, si el trabajo es de aquellos que por su naturaleza impidan que puedan ser desarrollados en una jornada distinta a la acordada, esta medida debe ser justificada

e informada a la Dirección del trabajo, en un plazo de 3 días desde que se recibe la solicitud. Siendo de carácter apelable.³⁰

³⁰ Fuente: Katy Romanik Foncea. Evolución de la legislación sobre la protección de la maternidad. Permiso postnatal parental creado por la ley N° 20.545. Cuaderno de investigación N° 58, [Fecha de consulta: 14 de enero de 2021]. Disponible en <https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-110158_recurso_1.pdf>.

Capítulo 4: El permiso postnatal, desde un análisis crítico, ¿Se respeta el ejercicio de este derecho en la práctica?

4.1.0. Situaciones especiales

Si bien Chile, es uno de los países que contempla una de las legislaciones más avanzadas en la Latinoamérica en materia de protección a la maternidad, aún existe mucho que se puede mejorar.

- 1) Uno de los puntos a tratar es la situación de las trabajadoras que no mantienen cotizaciones, y deben enfrentar su maternidad sin ayuda estatal, es decir, sin contar con fuero, sin recibir días de permiso remunerado para poder dedicarse al cuidado del niño y así fortalecer los lazos de apego que tanto se busca incentivar en nuestra legislación.
- 2) Como segundo punto a tratar, son aquellas situaciones especiales en que se produce “un parto prematuro”, al ser este parto de forma extraordinaria, la mujer se queda sin la posibilidad de hacer uso de su fuero pre-natal, no pudiendo hacer traslado de estos días de permiso al cómputo del permiso posterior al nacimiento, perdiendo de esta forma los días.

Nuestra legislación lo que busca es fomentar el apego, en este caso específico, se pierden estos días de permiso, sin perjuicio de que se puedan aumentar los días del postnatal en aquellos casos en que se produzca alguna razón justificada, correspondiente a aquellas hipótesis en que la madre mantiene una enfermedad causada por el alumbramiento, nacimiento del hijo a las seis semanas de haber comenzado con el descanso y en caso de nacimientos ocurridos antes de la trigésima semana de gestación, en que el niño tenga un peso inferior a 1.500 gramos o se trate de partos múltiples, según como ya se analizó en capítulos anteriores de esta investigación.

- 3) Casos de adopción: en aquellos se reconoce en la ley un permiso post natal, en el cual se entregan 12 semanas a quienes adopten niños de hasta los 2 Años, y en el caso de que el niño o niña sea mayor a dos años, se entregara un permiso de 2 meses, sin embargo, en la práctica, lo anterior se traduce como una limitación que tiende a generar un desinterés a la adopción de niños mayores de 2 años, este caso nos resulta aún más grave, ya que se está desamparando y excluyendo legalmente a un menor Que también necesita generar apego con su nueva familia, siendo insuficiente dos meses, atendido solo a la edad, teniendo en consideración que siempre estamos frente a la hipótesis de un niño menor de edad, el cual ya habla y es consciente de lo que sucede a su alrededor, además se está entregando una valoración negativa para que no resulte atractiva la adopción de niños más grandes. En estos casos no se reconoce un permiso prenatal, al no existir un embarazo que anteceda la relación de los niños y los adoptantes.

En aspectos generales, uno de los principales problemas para la efectiva fiscalización del cumplimiento de los permisos de pre y post natal, son las escasas denuncias al respecto, lo cual dificulta su función al organismo encargado de hacer fiscalizaciones.

Conclusión

Con la aparición de las primeras normas que regulan la relación de trabajo y con ello, la protección hacia las madres trabajadoras, se han logrado significativos avances, sin perjuicio de lo anterior, siempre se puede seguir mejorando, y al día de hoy, no podemos establecer que existe igualdad en las oportunidades y derechos entre hombres y mujeres en el ámbito laboral.

La protección hacia la mujer trabajadora ha sido el mensaje que se entrega desde nuestra legislación, se reconoce como principio, sin embargo, su cumplimiento solo se limita a una declaración de buena fe, en la práctica no se ejerce este derecho plenamente, ya que no se cuenta con mecanismos eficientes para alcanzar este objeto, a su vez, las denuncia por vulneración a las normas de protección a la maternidad, son escasas. Como segundo contrapunto, es la idea el hombre proveedor y de la mujer que se dedica al cuidado de los hijos y del hogar, uno de los grandes avances que ha experimentado nuestra legislación, es el reconocimiento y regulación del post natal compartido, en donde el padre puede acceder a parte del fuero de la mujer, quien se lo delega, para ejercer labores de cuidado, antes de esta implementación solo se le otorgaba al hombre un permiso de 05 días para estar con el recién nacido, hoy en día se le entrega esta posibilidad adicional.

Sin perjuicio de lo anterior, y según como se ha señalado a lo largo de este trabajo, aún hay materias que regular o mejorar como son los casos de las madres trabajadoras que ejercer labores de manera informal, existe la necesidad de regular esta situación por medio de mecanismos del estado, en donde se entreguen opciones beneficiosas para estos casos, también pudimos observar situaciones en que se produce un parto prematuro, en donde se pierden los días del prenatal, ya que el nacimiento se produjo de manera extraordinaria, aquellos casos en que el menor fallece, en estos casos no se efectúa el derecho a acceder a post natal, la madre se debe re incorporar a sus labores, debiendo buscar otras vías para poder ausentarse y realizar su duelo. Así mismo se abordó el tema de la Adopción, en

donde solo se reconoce un tiempo acotado en el caso de adopción de bebés, los cuales requieren los mismos cuidados y protección que un bebé gestado por la propia madre, porque debemos recordar que el espíritu de nuestra legislación es promover el apego de la madre con el menor.

Hoy en día, es la Inspección del Trabajo quien se encarga de velar por el cumplimiento del fuero maternal, además esta institución se encarga de velar por el cumplimiento de toda normativa laboral, por lo tanto, proponemos como mejora, la creación de un organismo especializado en el área, en donde su tramitación, regulación y fiscalización sea más eficiente.

Bibliografía.

1. William Thayer A. y Patricio Novoa Fuenzalida. Manual de derecho del trabajo: Derecho individual de trabajo y Derecho Procesal Del Trabajo. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009
2. Melis Christian, Saéz Felipe. 2000. Derecho del trabajo. Santiago, Chile. Editorial jurídica Conosur Ltda. Tomo II.
3. El impacto de “La Gran Depresión” en Chile (1929-1932). De la prosperidad a la Pobreza. Memoria Chilena, Biblioteca Nacional de Chile.
4. La Industria del salitre en Chile (1880-1930). Memoria Chilena, Biblioteca Nacional de Chile.
5. Mujer y trabajo: Protección a la maternidad en Chile, una mirada histórica. Comunidad mujer, octubre, 2017.
6. Gamonal Conteras Sergio. Fundamentos del Derecho Laboral. Editorial Abelardo Perrot, Legal Publishing, Chile.
7. Couture Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005.
8. Código Civil Chileno. Ministerio de Justicia. Chile, 2005.
9. Katy Romanik Foncea. Evolución de la Legislación sobre Protección a la Maternidad. [En línea]. Permiso postnatal parental creado por la ley N° 20.545. Santiago de Chile, diciembre.
10. La Maternidad y Cultura. Vereza Palomar Cristina. Revista de género “La Ventana”. Universidad de Guadalajara México, 2005.
11. Historia de las madres en occidente; Repensar la maternidad. Alicia Oiberman. Facultad de psicología, Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina.
12. Mujer y trabajo. Origen y ocaso del padre proveedor y de la madre cuidadora. Valparaíso Chile, XXXIV, primer semestre 2010. Eduardo Caamaño Rojo. Revista de derecho, Pontificia Universidad católica. De Valparaíso.
13. Luis Lizama Portal. El derecho del trabajo chileno durante el siglo XX. Revista de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 2, N°4, 2011.

14. Igareda González, Noelia. De la protección a la maternidad a una legislación sobre cuidado. Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho. Universidad Autónoma de Barcelona, 2009.
15. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado: Código del trabajo. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Subsecretaría del Trabajo. Chile, 31 de Julio 2002.
16. Ley 20166. Extiende el Derecho de las madres trabajadoras a amamantar a sus hijos aun cuando no exista sala cuna. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Subsecretaría del Trabajo. Chile, 31 de Enero de 2007.
17. Ley 11462. Modifica disposiciones del código del trabajo relacionadas con la protección a la maternidad. Ministerio del Trabajo Chile, 24 de noviembre de 1953.
18. Historia de la ley N°20.545. Modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental. Biblioteca del Congreso Nacional.
19. ORD N° 4052/83. Fija sentido y alcance de los artículos 195,196, 197 bus, 198 y 201 del Código del Trabajo, texto fijado por la ley N°20.545. y primero y segundo y terceros transitorios de este último cuerpo legal.
20. ORD N° 351/7. Fija sentido y alcance del art. 206 del Código del Trabajo, relativo al permiso postnatal parental de media jornada, tienen derecho a permiso de alimentación previsto en el presente artículo.