

**Universidad de Chile**  
Escuela de Derecho  
Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

# EL PERMISO POST NATAL MASCULINO EN CHILE Y EN DERECHO COMPARADO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTOR

**Gonzalo Mauricio Carrasco Silva**

PROFESOR GUIA Ricardo Juri Sabag

**Santiago, Chile 2007**



<b>RESUMEN . . .</b>	<b>5</b>
<b>INTRODUCCION ¡Error! Marcador no definido. . .</b>	<b>6</b>
<b>ALGUNOS TEMAS PREVIOS DE INTERÉS . .</b>	<b>7</b>
<b>1.- EL TRABAJO HUMANO. . .</b>	<b>7</b>
<b>2.- EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO. . .</b>	<b>9</b>
<b>2.1. Definición de Contrato de Trabajo. . .</b>	<b>9</b>
<b>2.2. Elementos esenciales del Contrato de Trabajo. . .</b>	<b>9</b>
<b>2.3. Sujetos del Contrato de Trabajo. . .</b>	<b>10</b>
<b>2.4. Características del Contrato de Trabajo. . .</b>	<b>12</b>
<b>2.5. Terminación de la relación individual de trabajo. . .</b>	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO I . .</b>	<b>15</b>
<b>LA FAMILIA EN LA LEGISLACIÓN LABORAL . .</b>	<b>16</b>
<b>1.- SU FORMACIÓN NATURAL Y NECESARIA. . .</b>	<b>16</b>
<b>2.- ACEPCIONES DE LA EXPRESIÓN FAMILIA. . .</b>	<b>16</b>
<b>3.- DEFINICIÓN DE FAMILIA EN SENTIDO JURÍDICO. . .</b>	<b>17</b>
<b>4.- IMPORTANCIA DE LA FAMILIA. . .</b>	<b>18</b>
<b>5.- LA FAMILIA Y SU PROTECCIÓN POR EL DERECHO. . .</b>	<b>18</b>
<b>6.- NUESTRO CÓDIGO CIVIL NO DEFINE LA FAMILIA. . .</b>	<b>19</b>
<b>7.- INTERVENCIÓN DE LA RELIGIÓN EN LAS RELACIONES FAMILIARES. . .</b>	<b>19</b>
<b>8.- LA FAMILIA Y EL DERECHO PÚBLICO. . .</b>	<b>20</b>
<b>9.- EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOCIAL EN CHILE. . .</b>	<b>21</b>
<b>9.1. Primer período. . .</b>	<b>21</b>
<b>9.2. Segundo período. . .</b>	<b>22</b>
<b>10.- TEXTO DEFINITIVO DE LAS LEYES SOCIALES. CÓDIGO DEL TRABAJO. . .</b>	<b>24</b>
<b>11.- LAS NORMAS SOBRE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO DE 1931. . .</b>	<b>25</b>
<b>CAPÍTULO II . .</b>	<b>27</b>
<b>PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN CHILENA Y EN DERECHO COMPARADO . .</b>	<b>28</b>
<b>1.- GENERALIDADES. . .</b>	<b>28</b>
<b>2.- NORMAS TUTELARES DE LA MUJER EMBARAZADA Y DE SUS HIJOS. . .</b>	<b>28</b>
<b>3.- DERECHOS DE LAS MUJERES TRABAJADORAS. . .</b>	<b>29</b>
<b>3.1. Subsidio de maternidad. . .</b>	<b>29</b>
<b>3.2. Permisos regulados por el Código del Trabajo. . .</b>	<b>31</b>
<b>4.- FUERO MATERNAL Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO. . .</b>	<b>32</b>
<b>5.- CARACTERÍSTICAS DEL FUERO MATERNAL. . .</b>	<b>35</b>
<b>6.- PROCEDIMIENTO DE DESAFUERO. . .</b>	<b>35</b>
<b>7.- EL FUERO MATERNAL EN EL DERECHO COMPARADO. . .</b>	<b>36</b>
<b>7.1. Legislación laboral de España. . .</b>	<b>36</b>
<b>7.2. Legislación laboral de Austria. . .</b>	<b>37</b>
<b>7.3. Legislación laboral de Bélgica. . .</b>	<b>37</b>
<b>7.4. Legislación laboral de Dinamarca. . .</b>	<b>38</b>

7.5. Legislación laboral de Francia. . .	38
7.6. Legislación laboral de Italia. . .	38
7.7. Legislación laboral del Reino Unido. . .	38
7.8. Legislación laboral de Colombia. . .	39
7.9. Legislación laboral de Perú. . .	39
8.- ALGUNAS NOTAS JURISPRUDENCIALES. . .	39
<b>CAPÍTULO III . .</b>	<b>43</b>
<b>NATURALEZA JURÍDICA DEL PERMISO PATERNAL . .</b>	<b>44</b>
<b>SUSPENSIÓN O INTERRUPCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL . .</b>	<b>45</b>
1.- CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA FIGURA. . .	45
1.1. Caracteres diferenciadores respecto de la interrupción. . .	45
1.2. Caracteres diferenciadores respecto de la excedencia. . .	47
1.3. Caracteres diferenciadores respecto de la novación. . .	49
1.4. Caracteres diferenciadores respecto de la extinción del contrato. . .	49
2.- CAUSAS DE SUSPENSIÓN EN EL DERECHO CHILENO. . .	50
2.1. La Maternidad de la mujer trabajadora como supuesto suspensivo. . .	51
3. - Derecho Comparado. . .	53
<b>CAPÍTULO IV . .</b>	<b>55</b>
<b>BENEFICIOS DEL HOMBRE TRABAJADOR ANTES DE LA LEY Nº 20.047 . .</b>	<b>56</b>
1.- LA LEGISLACIÓN CHILENA. . .	56
2.- ALGUNAS NOTAS DE DERECHO COMPARADO. . .	57
<b>CAPÍTULO V . .</b>	<b>58</b>
<b>ESTUDIO DE LA LEY Nº 20.047 SOBRE PERMISO PATERNAL . .</b>	<b>59</b>
1.- HISTORIA DE LA LEY. . .	59
2.- SITUACIÓN DEL HOMBRE TRABAJADOR ANTES DE LA LEY Nº 20.047. . .	61
3.- ALGUNAS NOTAS DE DERECHO COMPARADO. . .	62
4.- DIFERENCIAS ENTRE EL POST-NATAL FEMENINO Y MASCULINO. . .	62
5.- FINALIDAD DEL POST-NATAL MASCULINO. . .	63
6.- CONTENIDO Y ALCANCE DEL LA LEY Nº 20.047. . .	64
7.- ALGUNOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LA LEY Nº 20.047. INTERPRETACIÓN DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO. . .	64
7.1. Vigencia de la norma. . .	64
7.2. Contenido del beneficio. . .	65
7.3. Situación del adoptante. . .	65
7.4. Forma y oportunidad para hacer uso del beneficio. . .	66
7.5. Nacimientos múltiples. . .	67
<b>CAPÍTULO VI . .</b>	<b>69</b>
<b>FAMILIA Y TRABAJO. DESAFÍOS PENDIENTES . .</b>	<b>70</b>
<b>CONCLUSIONES . .</b>	<b>75</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA . .</b>	<b>76</b>

---

## RESUMEN

Con fecha 2 de septiembre del año 2005, se publicó en el Diario Oficial la ley N° 20.047, que tuvo por objeto modificar el artículo 195 del Código del Trabajo de Chile agregándole un nuevo inciso segundo, cuya finalidad es otorgar al padre un permiso pagado en caso de nacimiento de un hijo.

Desde entonces, esta ley da un permiso de 4 días pagados a todos los padres trabajadores, los que pueden ser utilizados a su elección: de corrido, o distribuidos en el primer mes de vida del menor. Este es un derecho irrenunciable y también se les otorga a los padres adoptivos a contar de la fecha de la sentencia definitiva.

Este trabajo pretende presentar los aspectos fundamentales del permiso post-natal masculino en Chile y en derecho comparado. Pues bien, para ello, se propone un marco teórico sobre la base de: el estudio de esta normativa legal, de sus antecedentes parlamentarios, sus símiles en derecho comparado y su naturaleza jurídica. Además a manera de enmarcar el tema se tratara la familia en la legislación laboral, los beneficios maternales laborales existentes hasta hoy, así como los masculinos previos a la ley N° 20047.

De esta forma se avoca esta memoria al problema de conciliar trabajo y familia, enfrentando el rol del hombre al actual modelo de mayor participación femenina en el mundo laboral, siendo esta nueva ley una de las muchas iniciativas que en esta dirección debieran discutirse y legislarse.

# INTRODUCCION ¡Error! Marcador no definido.

# ALGUNOS TEMAS PREVIOS DE INTERÉS

## 1.- EL TRABAJO HUMANO.

El antagonismo entre el capital y el trabajo, que constituye el fondo del problema social contemporáneo, tiene profundas raíces en la historia de la humanidad, siendo necesario, para darnos cuenta exacta de la verdadera naturaleza de la cuestión social, conocer la historia de la evolución del trabajo humano, desde la caza y pesca primitivas, hasta el régimen industrial del capitalismo moderno, y desde los amos y esclavos de la antigüedad, hasta los patrones y asalariados del siglo XX. El estudio histórico de este problema nos lleva a conclusiones que aun cuando no pueden considerarse como optimistas, sin embargo, nos muestra un mejoramiento efectivo en las condiciones del proletariado; el capitalismo del siglo XX es mucho más tolerable para el trabajador que la esclavitud, y en los últimos años su situación ha mejorado mediante la protección que le han prestado la legislación del trabajo y las asociaciones de toda índole; estas conclusiones pueden hacernos abrigar esperanzas de que en el futuro las diferencias sociales y económicas se irán atenuando, mejorándose cada día más las condiciones de vida del trabajador, y elevándose el nivel de las masas.

Los pueblos primitivos en el primer período de su evolución, tuvieron como medio de vida el apoderamiento de los frutos espontáneos de los árboles no cultivados, la caza y la pesca; la subsistencia para ellos debió ser difícil al carecer de elementos indispensables de alimentación, vestido y habitación; sus facultades intelectuales estaban poco cultivadas.

Con el transcurso de los tiempos los pueblos comenzaron a domesticar animales y a servirse de ellos para su alimento y vestuario; esta es la época en que la principal actividad humana fue el pastoreo, y la característica de aquellos pueblos fue su condición de nómades, yendo siempre en busca de buenos pastos para alimentar sus ganados; la historia nos presenta el ejemplo de numerosos pueblos de esta especie, siendo el principal de ellos el hebreo de la época de los patriarcas; hoy en día existen muchas tribus nómades y pastoras, en especial entre los árabes. Desarrollada la civilización de los pueblos y una vez que sus riquezas, su población y su cultura hicieron imposible la vida nómada, las tribus dejaron de ser errantes, se fijaron definitivamente en territorios determinados y se dedicaron a cultivar la tierra y a construir ciudades; nace entonces el período agrícola y sedentario, del cual no ha salido la humanidad; desgraciadamente, los hombres establecidos en un territorio fijo, no quedaron contentos con él, sino que pretendieron arrebatar el territorio a sus vecinos; así nació la primera forma de la guerra internacional, la que a su vez creó al esclavitud, pues el pueblo triunfante no sólo entraba a apropiarse de las tierras de sus enemigos, sino además de las personas de éste, a las que forzaba a trabajar para el vencedor.

Antes de la esclavitud, el vencedor se apropiaba de las tierras, bienes y persona del vencido, infringiéndole toda clase de tormentos hasta la muerte. En consecuencia la esclavitud fue un progreso en relación con la situación anterior.

La esclavitud, o sea, la apropiación del hombre por el hombre, que hoy nos parece monstruosa, ha sido, sin embargo, un régimen social general en la humanidad, aun en época de civilización muy desarrollada; Grecia y Roma la emplearon; Platón, con todo su idealismo, la consideró necesaria para su República. La esclavitud, además de tener como origen la captura bélica, la tuvo también en las deudas, pudiendo el acreedor hacer esclavo al deudor para el pago de su crédito. Solamente el cristianismo, mediante sus doctrinas igualitarias, cuyos primeros fieles fueron reclutados entre los humildes y los esclavos, condenó la esclavitud; los patronos cristianos fueron libertando sus esclavos, sin que ello signifique que el advenimiento del cristianismo trajera como consecuencia la abolición definitiva de la esclavitud en el mundo cristiano, pues ella volvió a imperar como institución ilícita en las colonias europeas de toda América. Para abolirla en los Estados Unidos fue necesaria, a mediados del siglo XIX, la sangrienta guerra civil de Secesión entre los Estados del Sur, que la amparaban, y los del Norte, que la combatían.

Al hablar del trabajo en la antigüedad, nos referimos al trabajo material que generalmente fue despreciado o fue esclavo, con excepción de las actividades de la guerra y del sacerdocio, las que siempre fueron consideradas nobles. El trabajo intelectual fue en muchos pueblos el monopolio de las castas sacerdotales. Los imperios del Oriente, Egipto, Asiria, Caldea, Persia, se sirvieron de la esclavitud como régimen normal de trabajo; obras gigantescas, como las Pirámides de Egipto, ha sido la labor penosa de millares de esclavos. En los primeros siglos de la civilización helénica, el trabajo no fue despreciado; Solón impuso por principio el trabajo en la Constitución de Atenas; sin embargo, más tarde, en la Grecia clásica, el trabajo material fue principalmente de esclavo; el trabajo libre fue menospreciado; los trabajadores libres constituían entre sí especies de asociaciones fraternales y de socorros mutuos. En Roma aconteció algo semejante; en los primeros siglos, cuando la raza era viril y laboriosa el trabajo no fue despreciado pero con el transcurso del tiempo, el contacto con Oriente y las enormes conquistas territoriales, fue haciéndose servil y ejercido principalmente por esclavos.

El régimen de trabajo medieval, en las ciudades, lo constituyen las corporaciones o gremios, que son asociaciones de artesanos del mismo oficio, investida de un monopolio riguroso de fabricación y venta, resultado de la aprobación de su reglamento por las abadías o conventos o por la autoridad real. En los campos, el régimen de trabajo lo constituía la servidumbre; los siervos de la gleba, sin ser esclavos, estaban adheridos a la tierra que trabajaban, pagaban al señor feudal un tributo y eran vendidos conjuntamente con la tierra.

Los gremios medievales, fundados en principios de colectivismo y hermandad, comenzaron a ser vistos como entes anacrónicos con el avance de principios individualistas o capitalistas. Ello motivó su desaparición en la historia.

Los principios filosóficos del siglo XVIII, con su culto a la libertad individual y las doctrina económicas, especialmente las fisiocráticas, con sus teorías de la libre concurrencia, se declararon enemigos del trabajo de las corporaciones, al que calificaron de monopolio odioso y retrógrado. La Revolución Francesa, como consecuencia de la Declaración de los Derechos del Hombre, proclamó la libertad de trabajo y abolió las corporaciones; fueron estimuladas todas las energías individuales y la producción industrial, a la que favorecían los recientes descubrimientos y la aplicación del vapor, tomó proporciones inmensas.

El régimen industrial, llamado capitalista, producto de la libertad de trabajo, del desarrollo de la riqueza y de los descubrimiento científicos técnicos, tiene ciertas características sociales, casi todas ellas funestas para el obrero, cuyo trabajo creador de la riqueza colectiva e individual, sólo es remunerado con el salario, con frecuencia, insuficiente. Cabe acotar que el proceso industrial o la "Revolución Industrial" produjo

numerosos avances tecnológicos y provocó el surgimiento de muchas de las comodidades de las que ahora disfrutamos, o que tal vez, sumidos en la costumbre de poseerlas, no consideramos lo importante que fue el concebirlas. Es así como el ladrillo, el vidrio, la calefacción, las telas, los medios de transporte, etc., encuentran su génesis en tan importante época histórica.

## **2.- EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.**

Al tratar del tema que nos ocupará, cual es, la suspensión de la relación laboral, forzoso es que analicemos aunque sea esquemáticamente, las principales aristas del contrato de trabajo, como fuente individual de derechos y deberes laborales.

Sin embargo, se debe advertir que la relación laboral, no sólo tiene su fuente en el contrato; a veces, y de hecho así sucede, puede darse una relación remunerada, subordinada y por cuenta ajena sin haber contrato de trabajo, en el sentido de no haberse procedido a su escrituración. Cabe acotar que, en el campo de la doctrina hay quienes opinan que la relación laboral puede tener un origen extracontractual al generarse prácticamente por el hecho de la mera incorporación del trabajador a la empresa.

### **2.1. Definición de Contrato de Trabajo.**

---

"Contrato individual de trabajo, es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada." (art. 7º del Código del Trabajo).

El artículo 8º inc. 2º, del mismo cuerpo legal, especifica aún más cuándo estamos frente al contrato de trabajo, estableciendo que los servicios prestados por personas que realizan oficios o ejecutan trabajos directamente al público, o aquellos que se efectúan discontinua o esporádicamente a domicilio, no dan origen al contrato de trabajo.

El contrato individual de trabajo constituye el principal acto en el universo jurídico de las relaciones laborales individuales, y consiste en un acuerdo de voluntades que lleva a una de las partes a prestar servicios a otra, a cambio de una remuneración, en ciertas condiciones especialmente reguladas por el ordenamiento positivo. A su vez, la otra contrae obligaciones de distinta naturaleza, que comprenden desde proporcionarle el trabajo a su contraparte, remunerarla por la prestación de los servicios que le brinda, hasta cumplir con ciertas reglas de seguridad en su desarrollo, como una forma de protección al trabajador.

De esta manera, constituye contrato de trabajo toda convención por la cual un trabajador se obliga a prestar servicios personales, en condiciones de subordinación a un empleador, a cambio de una remuneración determinada.

### **2.2. Elementos esenciales del Contrato de Trabajo.**

---

- a) Prestación de servicios o actividad personal por cuenta ajena.
- b) Remuneración.
- c) Subordinación.

d) Continuidad.

Este último elemento no se encuentra señalado en el artículo 7º, sino en el artículo 8º. Aún cuando la referencia de este artículo es sólo al trabajo que se presta en el domicilio, debe entenderse aplicable a todo trabajo. Este elemento de la continuidad ha sido unánimemente acogido por la Jurisprudencia tanto administrativa como judicial.

### 2.3. Sujetos del Contrato de Trabajo.

---

a) Sujetos: trabajador y empleador. Por trabajador se entiende toda persona natural que presta servicios personales, intelectuales o materiales bajo dependencia o subordinación y en virtud de un contrato de trabajo, según lo define el artículo 3º. Empleador, de acuerdo a esta última disposición, es toda persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas, en virtud de un contrato de trabajo.

Debe recordarse, a modo meramente histórico, que el antiguo Código del Trabajo de 1931, contemplaba una división de los trabajadores, en empleados y obreros, según si en su actividad laboral predominara el esfuerzo intelectual sobre el físico o viceversa.

La calidad jurídica de trabajador otorga a quien la detenta la titularidad de un conjunto de derechos, haciéndolo a su vez deudor de un conjunto de obligaciones que debe cumplir en beneficio de su contraparte, el empleador. Así, de la misma definición, nace el derecho a percibir una remuneración por la prestación de los servicios, existiendo también otros relativos a la limitación de la jornada de trabajo, descansos, gratificaciones, etc. Recordemos que estos derechos en su condición de mínimos, contenidos en la legislación laboral, son irrenunciables al tenor de lo preceptuado en el artículo 5º.

A su vez como parte de un acto jurídico bilateral, cual es el contrato individual de trabajo, el trabajador será el "deudor de trabajo", o "prestador de servicios", obligación contenida en la misma definición correspondiéndole cumplir sus estipulaciones y algunos deberes como los de obediencia y fidelidad.

El sujeto empleador, a diferencia del trabajador, que será siempre una persona natural, puede ser tanto una persona natural como jurídica.

Como contraparte del trabajador en el contrato individual de trabajo, le asistirán a su vez derechos y obligaciones.

Dice el profesor Carlos Poblete Jiménez: "Dentro de los derechos, el principal, derivado de la misma definición es que el empleador será el "acreedor de trabajo", es decir, a quien se le prestan los servicios. Dentro de esta prestación estará comprendida, además, lo que se conoce como "Poder de dirección", o facultad del empleador de organizar el trabajo dentro de la empresa, establecer y exigir la subordinación jerárquica del trabajador y le corresponderá el ejercicio de las facultades disciplinarias tendientes a mantener un orden interno. Además, entre otros derechos, tendrá el de exigir el cumplimiento de las obligaciones del trabajo contenidas en el contrato, de exigir el cumplimiento de la jornada, etc."<sup>1</sup>

Continúa: "En cambio, sus obligaciones serán las de proporcionar trabajo, de pagar la remuneración, de subordinarse a las normas de seguridad en el trabajo que establecen las

---

<sup>1</sup> POBLETE JIMÉNEZ, Carlos. "Código del Trabajo", Santiago, Revista Técnica del Trabajo, 1994, pág. 336.

disposiciones legales y reglamentarias, o los actos de autoridad, de otorgar los beneficios a los trabajadores que legal o convencionalmente se hayan establecido, etc."<sup>2</sup>

b) La prestación de servicios: es obligación primordial del trabajador la de realizar la actividad, de naturaleza intelectual o material, que se ha convenido en el contrato. A su vez, va a ser un derecho del empleador exigir, como acreedor de trabajo, el cumplimiento de la actividad convenida en términos tales que, de acontecer lo contrario, dará lugar a la configuración de una causal de terminación del contrato. No obstante, para que pueda darse la prestación será necesario que el empleador cumpla con una obligación previa y de la cual se derivarán aquéllas: la de proporcionar trabajo, la que a su vez, será un derecho del trabajador.

Para ser objeto de la regulación jurídica laboral, el trabajo envuelto en toda prestación de servicios debe cumplir con determinadas condiciones, cuyas características se analizan a continuación:

Libre: a diferencia del trabajo forzado, que constituye una suerte de sanción, el trabajo objeto del Derecho Laboral debe ser libremente ejecutado, vale decir, la persona tiene derecho a escoger tanto el trabajo mismo a ejecutar como a su empleador.

Voluntaria: que se relaciona íntimamente con lo anterior, debiendo el trabajador manifestar en forma concreta la voluntad de convenir una prestación de servicios subordinada, sin presiones dolosas o forzadas, o errores, que vicien dicha voluntad.

Por cuenta ajena: el trabajo realizado debe ser para la contraparte; esto significa que la titularidad de los frutos y productos del trabajo son atribuidos, originariamente, a la persona por cuya cuenta se ha prestado el servicio.

Subordinada o dependiente: se traduce en el reconocimiento respecto del empleador del poder o facultad que detenta de organización del trabajo dentro de la empresa que lo lleva a establecer una gradación jerárquica en sus dependientes y en el deber jurídico de éstos de cumplir las órdenes e instrucciones que se le impartan en el desarrollo de su trabajo.

Productiva: lo que significa que la prestación de servicios debe estar destinada o a transformar un bien en otro, sea alterándolo, modificándolo, o interviniendo en él de alguna forma, a través de un proceso en que el trabajador participa en su totalidad o en parte de él, o bien prestando un servicio en beneficio del empleador.

Coordinada: que exista entre las partes acreedora y deudora de trabajo una vinculación de unión, que en este caso es el contrato.

Exclusiva: que, en principio, el trabajador dentro de la relación laboral con su empleador le preste servicios preferentes.

c) La Remuneración: constituye la principal obligación que contrae el empleador y que surge de la ley y/o del contrato de trabajo que celebra con el trabajador. Es a la vez el principal derecho que corresponde a este último, debiendo reunir ciertos requisitos de conmutatividad que la hagan equivalente al servicio prestado. En otras palabras, es el "valor" del servicio que el trabajador brinda.

La ley consagra la remuneración como un derecho irrenunciable en dos aspectos:

1) Como elemento esencial del contrato; y

---

<sup>2</sup> POBLETE JIMÉNEZ, Carlos. Obra citada, pág. 140.

2) Señalando un monto mínimo de carácter general y sobre el cual las partes por la vía de la negociación individual y colectiva, pueden convenir un estipendio superior por el servicio a prestar. En ningún caso, salvo los expresamente permitidos por la ley, podrá estipularse una remuneración inferior a la mínima legal.

La naturaleza del elemento en estudio es de tal importancia que, al faltar en el contrato, éste deja de ser objeto de la regulación jurídica laboral y se transforma en un contrato innominado gratuito de naturaleza civil. Por esta razón, y a modo de resguardar los derechos del trabajador, el legislador, además de consagrarla en los aspectos antes señalados, se referirá especialmente a las modalidades de ésta y sus normas de protección. d) Continuidad: En relación con este elemento cabe aludir a la jornada de trabajo. El art. 21 del Código del Trabajo dispone que: "Jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador debe prestar efectivamente sus servicios en conformidad al contrato.

Se considerará también jornada de trabajo el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador sin realizar labor, por causas que no le sean imputables."

El Capítulo IV del Código, consagra las normas sobre jornada de trabajo. En efecto, dividido en cuatro párrafos, trata de la jornada ordinaria de trabajo, y del descanso dentro de la jornada, diario o semanal.

Las normas sobre limitación de jornada encuentran su fundamento en razones de tipo económico, social, humano y fisiológico.

Así, desde un punto de vista económico, se dice que a una mayor jornada no corresponde necesariamente un rendimiento mayor sino que por el contrario, éste alcanza un nivel óptimo para luego decrecer en forma inversamente proporcional. Además, la motivación social y humana descansa en la consecuencia de disponer por parte del trabajador del tiempo necesario para el esparcimiento, el cumplimiento de deberes familiares y el desarrollo de valores culturales y morales.

"En la actualidad, internacionalmente, el tema de la jornada se ha orientado no sólo hacia su reducción, como ha ocurrido en Alemania, por ejemplo, sino que también al establecimiento de la denominada jornada flexible, a cuya virtud el empleador fija un horario de apertura y cierre de la empresa, dentro del cual el mismo empleador determina períodos obligatorios en que el dependiente debe permanecer en ella y períodos opcionales de trabajo o no, según las posibilidades e intereses del trabajador. Estadísticamente puede sostenerse que, en varios países, esta jornada flexible ha tenido éxito, existiendo, por ejemplo en E.E.U.U. un 22 % de empresas afectadas a ella, en Francia un 74 %, en Inglaterra un 45 %, etc."<sup>3</sup>

### 2.4. Características del Contrato de Trabajo.

---

1.-) Es un contrato de carácter bilateral (art. 1439 C. Civil). Ambas partes contratantes se obligan recíprocamente, generándose obligaciones de corte patrimonial y personal.

Las obligaciones patrimoniales se refieren a la remuneración y prestación de servicios. A su vez, las prestaciones de tipo personal se refieren a los deberes ético-jurídicos de que las partes son deudoras y acreedoras recíprocamente, por ejemplo: fidelidad, protección, previsión, higiene y seguridad, obediencia, etc.

2.-) Es un contrato oneroso. Es de aquellos que tienen por objeto la utilidad de ambas partes contratantes, gravándose cada una en beneficio de la otra. (art. 1440 C. Civil).

<sup>3</sup> POBLETE JIMÉNEZ, Carlos. Obra citada, pág. 440.

3.-) Es un contrato conmutativo. (art. 1441 C. Civil). Las prestaciones recíprocas de las partes se miran como equivalentes. En la legislación laboral, se establece una remuneración mínima por sobre la cual las partes pueden negociar, a fin de asegurar la conmutatividad en el contrato de trabajo, conforme al tenor del artículo 1441 del Código Civil.

4.-) Es un contrato de aquellos llamados principales; dado que subsiste por sí mismo sin la necesidad de que exista otra convención. (art. 1442 C. Civil).

5.-) Es un contrato nominado. Su designación se encuentra en la legislación y además, existe toda una reglamentación supletoria de la voluntad de las partes, la que se caracteriza por ser imperativa con las consecuencias que ello conlleva, convirtiéndose en una especie de red que asegura los mínimos legales.

6.-) Es un contrato consensual, es decir, para su perfeccionamiento sólo se requiere el consentimiento de las partes, sin establecer ninguna otra solemnidad para quedar perfeccionado. Se debe tener presente que la obligación de escriturarlo es exigida por la ley laboral sólo por vía de prueba y jamás como solemnidad. Dicha obligación de escriturar recae en la persona del empleador, quien debe hacerlo por regla general en un plazo máximo de 15 días (en el caso del trabajador agrícola, 5 días), contados desde la incorporación del trabajador son pena de una multa; además la falta de contrato escrito hará presumir (presunción legal) que son estipulaciones del mismo las que declare el trabajador.

7.-) Es un contrato dirigido. La ley señala cuáles son las garantías básicas a que debe supeditarse la voluntad de las partes. Su regulación jurídica es bastante abundante, estando integrada fundamentalmente por normas de orden público.

8.-) Es un contrato de tracto sucesivo o también conocido como de ejecución permanente, es decir, que su causa o sea el motivo que indujo a la contratación, se renueva constantemente a través del tiempo, dando origen a derechos y obligaciones que se suceden en su ejercicio y cumplimiento periódico y sucesivo.

9.-) Es un contrato intuitu personae. Se debe considerar esta característica sólo respecto del trabajador quien no puede delegar el contrato porque éste se ha celebrado en atención a su persona. Respecto del empleador no tiene este carácter ya que la obligación es con la empresa o con la persona del empleador, sin importar la identidad individual de éste. (art. 4 inc. 2, C. del Trabajo).

## **2.5. Terminación de la relación individual de trabajo.**

---

La terminación constituye un fenómeno jurídico que provoca la extinción del contrato de trabajo cuyo efecto es disolver la relación laboral quedando liberadas las partes de las obligaciones de carácter patrimonial y personal que habían contraído.

La extinción del contrato de trabajo está vinculada directa e íntimamente con la estabilidad en el empleo y con el desahucio del empleador.

Por estabilidad en el empleo se entiende el derecho del trabajador a conservarlo durante su vida laboral, sin que pueda ser separado de sus funciones por el empleador, salvo que medie una justa causa previamente establecida en la ley.

Hay autores que propugnan una estabilidad absoluta en el empleo, en el sentido que, el trabajador cuyo despido ha sido declarado injustificado por sentencia ejecutoriada, tiene derecho a exigir su reincorporación al empleo que sirve, sin que el empleador pueda eximirse de su cumplimiento por causa alguna.

Otros estiman que la estabilidad debe ser relativa, entendiéndose por tal, aquella en la cual la terminación del contrato de trabajo solo puede operar en virtud de una causa justa prevista expresamente en la ley, sin perjuicio de la facultad del empleador de optar por el reintegro del trabajador o por persistir en el despido, caso este último en que deberá pagar al afectado, la indemnización por años de servicios, que las partes hubieren convenido contractualmente o la establecida subsidiariamente por el legislador.

En el polo opuesto se encuentra la doctrina del libre despido, según la cual, el contrato de trabajo puede terminar tanto por las causales especificadas en la ley como por la voluntad unilateral de cualquiera de las partes, pero si es el empleador quien lo desahucia puede, a su elección, dar un aviso anticipado del cese de los servicios o pagar una indemnización substitutiva del primero.

# CAPÍTULO I

# LA FAMILIA EN LA LEGISLACIÓN LABORAL

## 1.- SU FORMACIÓN NATURAL Y NECESARIA.

El ser humano en sociedad es por sí mismo imperfecto, en cuanto es incapaz de satisfacer sus necesidades y deseos personalmente, sin recurrir a sus semejantes.

Las dos causas mayormente fundamentales que producen tal efecto de imperfección son el sexo y la edad.

Un solo ser es incapaz de reproducir y perpetuar la especie. Requiere de un individuo del sexo opuesto.

La edad, por otra parte, es óbice para la obtención de cosas elementales en los primeros años del individuo, desde el nacimiento y lactancia hasta la infancia, puericia y aún adolescencia.

Para superar tales deficiencias, no es propio ni conveniente buscar de cualquier modo la otra mitad sexual en forma de faltarle el sentido de unión estable y regida por sentimientos superiores; ni conseguir la crianza, educación y establecimiento del nuevo ser por concurrencia de extraños a quienes faltará naturalmente la comprensión y la ternura.

Estas funciones requieren de un organismo natural, cercano, íntimo, afectivo.

Ese organismo adecuado, capaz de salvar las deficiencias naturales del ser humano, de las que hemos señalado dos fundamentales, es la familia.

Institución secular, combatida desde varios ángulos, que ha pasado y pasa por crisis, y que sin embargo destaca nítidamente, siempre con vigor y bajo el imperativo necesario que su propia naturaleza impone.

## 2.- ACEPCIONES DE LA EXPRESIÓN FAMILIA.

Frente a la necesidad de fijar y limitar el alcance de familia, como agrupación social privada, se observan varias acepciones; unas que extienden el número de componentes de la familia y otras que lo restringen.

Distinguiremos acepciones vulgares y propiamente jurídicas.

Por desgracia, para estas últimas los Códigos no señalan contornos ni definen, limitándose a conceder o desconocer derechos a favor de unos y otros componentes, denominados parientes.

Siguiéndose el sentido etimológico de familia, ésta es el “conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa”.

En un sentido vulgar, aproximado al primitivo recién dicho, hoy se entiende por familia a la agrupación de personas que viven bajo el mismo techo<sup>4</sup>. Quedan comprendidos, pues, los criados y servidores y hasta los allegados. Hoy esta acepción tiene escasa trascendencia jurídica y es considerada por el legislador para fines escasos y determinados, como el de censo de la población, abastecimientos racionados, etc.

En un sentido jurídico amplio, en la familia quedan comprendidos aquellos individuos que resultan de relaciones conyugales autorizadas por la ley (familia legítima), los que proceden de uniones extramatrimoniales (familia natural) y los que se unen por un efecto psicológico, que no es ni legal ni simplemente biológico (familia adoptiva)..

En un sentido jurídico que se encuentra en el otro extremo del que se acaba de señalar, que podemos denominar estricto, encontramos que la familia se compone de los cónyuges y sus hijos, con exclusión de los colaterales. Esta es la acepción propiamente jurídica.

Entre las dos acepciones jurídicas extremas que se han señalado en las letras precedentes, se encuentra una denominada técnico-jurídica, que es la más acorde con los Códigos. Familia es el conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción), a las que la ley atribuye algún efecto jurídico<sup>5</sup>.

Aquí se consideran los vínculos de sangre que unan a los sujetos, pero no en forma ilimitada, puesto que los ordenamientos fijan barreras, excluyéndose a parientes de cierta lejanía.

Se considera, además, la condición, puesto que se excluyen los vínculos extramatrimoniales.

### **3.- DEFINICIÓN DE FAMILIA EN SENTIDO JURÍDICO.**

La familia es una institución basada en el matrimonio, que vincula a cónyuges y descendientes, bajo fórmulas de autoridad, afecto y respeto, con el fin de conservar, propagar y desarrollar la especie humana en todas las esferas de la vida.

Es una institución, porque está establecida o fundada. Viene desde muy antiguo, obedeciendo a una necesidad natural y social. Está enraizada en la organización de la sociedad, y no es ni transitoria, ni excepcional, ni susceptible de desaparecer al efecto de una circunstancia.

Está basada en el matrimonio. Es imprescindible el precedente del matrimonio para considerar la existencia de la familia. Porque el matrimonio es lo que aporta a la unión, estabilidad y seguridad, y hace más propicio el ambiente a los afectos y respetos recíprocos. La legislación no desconoce otras uniones, las extramatrimoniales y al efecto dicta normas que coadyuvan a las soluciones que requiere la situación de hecho producida; pero esas uniones no forman LA familia, por falta de presupuestos necesarios o propicios. A lo sumo ellas forman UNA familia.

---

<sup>4</sup> MANS, "Principios de Derecho de Familia", Barcelona, Editorial Bosch, 1947, pág. 16.

<sup>5</sup> ROYO MARTÍNEZ, Angel, "Derecho de Familia", Madrid, Editorial Reus, 1968, pág. 53.

Que vincula a cónyuges y sus descendientes. Marido y mujer, padres e hijos, son los sujetos de vinculación en la composición de la familia propiamente dicha<sup>6</sup>. Los demás son naturalmente parientes y familiares; pero no componen la institución de LA FAMILIA. Lo anterior no impide, por otra parte, el llamamiento a servir tutelas o curadurías, la prestación de alimentos, el llamamiento a heredar, etc.

Bajo fórmulas de autoridad, afecto y respeto recíproco. La realidad nos enseña que para el buen desarrollo y la conservación de cualquier agrupación o escuela de formación se requiere de la jerarquía y el mando discreto. Si esa agrupación, por añadidura, está vinculada o enraizada por la sangre, fácil es pretender y conseguir que las relaciones estén resididas por el afecto y el respeto recíproco. En verdad, en ninguna institución humana es posible encontrar con mayor perfección esa confluencia de autoridad, afecto y respeto recíproco.<sup>7</sup>

## 4.- IMPORTANCIA DE LA FAMILIA.

La familia es el núcleo social primordial y el más natural y antiguo de todos.

Es una verdadera célula de la sociedad, base y piedra angular del ordenamiento social.

No sólo porque constituye el grupo natural e irreducible que tiene por especial misión asegurar la reproducción e integración de la humanidad por generaciones y siglos, sino porque en su seno se forman y desarrollan los más elevados sentimientos, tales como el de solidaridad, el de superación; allí se forjan tendencias altruistas, y otras muchas fuerzas que se requieren para la manutención saludable y próspera de la comunidad política.

La familia no sólo es factor importantísimo de la vida social, sino aún de la vida política. Porque quien se ha sometido a la disciplina del hogar está en mucho mejores condiciones para someterse a la autoridad del Estado.

La acción del matrimonio y de la familia sobre la estabilidad y superación del Estado, serán, sin embargo, mucho mayores, cuanto más estable sea a su vez la familia misma.

Por esta misma importancia trascendental de la familia, respecto del individuo y del propio Estado, es que éste ha dedicado mucha de su actividad legislativa al mantenimiento estable de la familia, creando incluso un régimen de protección a ella. La familia es, francamente, uno de los problemas de Estado.

## 5.- LA FAMILIA Y SU PROTECCIÓN POR EL DERECHO.

Si la familia es elemento de equilibrio y adelanto social, y si la propia comunidad política ha de reportar los beneficios de sentimientos desarrollados en el seno de la familia, ¿qué duda cabe que el Estado y el Derecho han de orientarse hacia la defensa de la institución familiar?

<sup>6</sup> BONNECASE, Julien, "La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia", México, Editorial José Cajica, 1945, pág. 35.

<sup>7</sup> PUIG PEÑA, "Tratado de Derecho Civil Español", Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1947, Tomo II, pág. 5.

Nuestra Constitución Política de 1980 señala que "...la familia es el núcleo central de la sociedad..." Es decir, se protege a la familia como entidad. Si bien esta norma es clave para todo el ordenamiento jurídico nacional, estimamos que es inferior a la que contemplaba el artículo 10 N° 14 de la Constitución de 1925 que señalaba: "La Constitución asegura a todos los habitantes....14°.- La protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización."

"El Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar."

En suma, se velaba por la integridad familiar, por su habitación, que habría de ser sana, y por sus condiciones económicas de vida, no descuidándose la cita expresa del bienestar de la familia, que habría de ser de categoría no inferior al mínimo. Finalmente se dejaba establecido que el Estado propendería a la constitución de la propiedad familiar, eficaz forma de robustecer la estabilidad y progreso de la Nación.

## **6.- NUESTRO CÓDIGO CIVIL NO DEFINE LA FAMILIA.**

Nuestro Código Civil usa la expresión familia en sesenta veces, con diversas adjetivaciones. Sin embargo, nunca define lo que es familia.

Con todo, al tratar de los derechos reales de uso y habitación, el Código señala quiénes, para estos efectos, quedan comprendidos en la familia que aprovechará de tales derechos (art. 815 del Código Civil).

Se incluye aquí a los cónyuges, los hijos legítimos y los naturales actuales y futuros, los sirvientes necesarios, los allegados actuales y los alimentarios.

En otras palabras, se trata del concepto antiguo, el etimológico, el de Las Partidas y de Ulpiano, que comprendía a los que vivían bajo un mismo techo sujetos a la potestad de uno.

## **7.- INTERVENCIÓN DE LA RELIGIÓN EN LAS RELACIONES FAMILIARES.**

Las relaciones familiares son susceptibles de ordenamiento por el Estado, y de ahí es que existe el Derecho de Familia; sin embargo, también por la religión, que dedica a estos problemas leyes canónicas completas.

Ambas potestades –la Iglesia y el Estado- están igualmente interesadas en dar un ordenamiento.

Ninguna de las dos puede renunciar a establecer su propia reglamentación. La Iglesia ha de cumplir su misión; el Estado, porque el Derecho de Familia, en especial el matrimonio, es el fundamento del orden legal, necesitando de la reglamentación jurídica y de la seguridad que ésta produce.

Las legislaciones que han independizado sus normas de las de la Iglesia en materia de matrimonio, lo han hecho generalmente a base de reconocer finalidades paralelas y armonizando las reglamentaciones al menos en la medida necesaria para no provocar roces o polémicas.

Ha proporcionado así este sistema, que podríamos llamar conjugado, una especie de “modus vivendi”. Esto permite a los particulares seguir cómodamente ambas reglamentaciones, sin encontrar conflicto en el cumplimiento de sus deberes.

Tal finalidad, en general, ha sido alcanzada por nuestra legislación.

## 8.- LA FAMILIA Y EL DERECHO PÚBLICO.

La familia existió desde antiguo, antes que el Estado y sin necesidad de poseer el carácter de figura jurídica. Le bastaba ser un núcleo de personas formado por la solidaridad del recíproco afecto.

El cristianismo dio apreciable impulso al valor ideal de esta colectividad, y el transcurso del tiempo completó la obra.

Quedó así la familia como la célula social, unitaria y básica. Y su importancia es grande si se atiende a que es la escuela donde se forja el individuo que luego ha de proyectarse en la sociedad.

El Estado bien organizado, aún por interés propio, debe tutelar celosamente su integridad y funcionamiento.

Esto mismo ha llevado a que el Derecho Público se infiltre substancialmente en el Derecho de Familia, imprimiéndole un carácter claramente diferenciado en relación con las otras ramas del Derecho Civil. Un evidente interés público obliga y conduce a ello.

Así, mediante normas imperativas o prohibitivas, se han fijado límites a la voluntad de los individuos en su personalidad familiar, o en sus facultades, o se han tutelado los estados que se forman.

La ley interviene en los actos formativos de ciertos estados familiares, como la celebración del matrimonio o la declaración de adopción, o de los estados de incapacidad natural; también interviene en los casos de pérdida de tales estados, como en la disolución del matrimonio o en el divorcio. Aún el régimen patrimonial del matrimonio se encuentra regulado por normas que, en general, no pueden alterarse por voluntad de las partes.

Estas infiltraciones del Derecho Público en el Derecho de Familia tienen hoy carácter progresivo.

De ahí también la función social de las instituciones familiares.

Ahondando más en el tema, el italiano Cicu, con verdadera persistencia ha venido sosteniendo que el Derecho de Familia no puede estar sometido a los principios generales concernientes al Derecho Privado. Se requiere, pues, que la ciencia elabore esos principios generales que corresponden al Derecho de Familia. Esto plantea una cierta autonomía de esta rama del Derecho Civil.

Algunos han interpretado a Cicu como partidario de calificar el Derecho de Familia como Derecho Público. No hay tal, aparte de que esto es ir muy lejos.

En efecto, el mismo Cicu explica que siendo el Derecho Público el Derecho del Estado, no podría la familia entrar a formar parte del mismo, porque es una institución típicamente privada, la más privada de todas las instituciones.

## 9.- EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOCIAL EN CHILE.

### 9.1. Primer período.

---

La legislación social obrera durante el siglo XIX se manifiesta lenta y tardíamente, debido, en primer término, a la influencia apreciable de las teorías de la escuela individualista clásica, difundidas en Chile por el sabio profesor francés M. Courcelle Seneuil, que fundara en Chile la enseñanza de la Economía Política y que continuaran don Miguel Cruchaga Montt y don Zorobabel Rodríguez; el individualismo económico llegó a dominar sin contrapeso toda la segunda mitad del siglo XIX, en la enseñanza, en la opinión ilustrada del país y en los elementos dirigentes. Pero la segunda causa, causa primordial de que la legislación protectora del trabajo y de la vida del obrero no alcanzara ningún desarrollo en el siglo XIX, en Chile, se encuentra en los hechos mismos, en las circunstancias peculiares a la vida económica e industrial del país; las principales actividades del país se encuentran en la agricultura, en las minas y en pequeñas industrias. No existía en el siglo XIX la gran explotación industrial y minera.

Durante todo este primer período no hay una legislación especial de protección obrera. Las únicas disposiciones relacionadas con el trabajo se encuentran en tres códigos: el Código Civil, el Código de Comercio y el Código de Minas.

El Código Civil Chileno, dictado en 1853, adaptación del Código de Napoleón (Código Civil Francés), de inspiración esencialmente individualista, se basa en la libertad contractual y en la igual jurídica; desconoce las desigualdades reales que producen la diferencia de condición económica. Es así como el contrato de trabajo que afecta e interesa a mayor número de personas, no lo reglamenta ni lo menciona. Sólo tiene lejanas referencias al hablar del "arrendamiento de criados domésticos", y establece que la persona a quien se presta el servicio será creído bajo su palabra, sin perjuicio de prueba en contrario, en orden a la cuantía del salario, al pago de salario del mes vencido y a lo que diga haber dado a cuenta del mes corriente. Este artículo refleja el espíritu retardatario del Código. Otros artículos del Código Civil se refieren a los "contratos para la confección de una obra material" y al arrendamiento de servicios inmateriales (artículo 1995-1996).

Por su parte el Código de Comercio, puesto en vigencia en 1865, formula reglas sobre el contrato de los factores o dependientes de comercio, considerándolo como una especie de mandato comercial (234); determina las causas de terminación del contrato, prescribe el aviso de un mes para dar por concluido el contrato que fue pactado sin plazo; les da derecho al salario hasta por dos meses, en caso de accidente, etc.; artículos 333 a 337. Estas disposiciones fueron modificadas por el Código del Trabajo.

El mismo Código de Comercio (arts. 933 a 969), trata de "los contratos de los hombres de mar", o sea, el naviero y las tripulaciones, estableciendo interesantes principios de protección obrera, alguna de las cuales aún se aplican.

Finalmente, el Código de Minería puesto en vigencia en 1888, basado en las Ordenanzas de Nueva España vigente en la época colonial trata "del arrendamiento por tiempo de servicios de operarios", reglamentando minuciosamente las relaciones entre patrones y obreros. Es este Código el que, anticipándose a su época, mejor defiende las condiciones de los trabajadores de las minas, todas estas disposiciones también fueron modificadas por el Código del Trabajo.

### 9.2. Segundo período.

---

El segundo período de la legislación social chilena, que comprende desde 1900 a 1924, se caracteriza por algunas leyes de carácter social, aunque escasas y fragmentarias.

Es evidente que al comienzo del siglo XX la necesidad de la legislación social no se había hecho sentir en Chile con la misma agudeza e intensidad que en los grandes y viejos países industriales. La grande industria con sus inmensos capitales, sus máquinas potentes y sus vastas aglomeraciones obreras, es un fenómeno que se precisa e intensifica en este segundo período.

El primer período se inició con la ley N° 1.838 de 20 de febrero de 1906, sobre Habitaciones para Obreros, primera ley social chilena; fue ésta una ley nueva, pero que no dio los resultados esperados por no haberse construido el número de habitaciones necesarias. Leyes de Descanso Dominical: la primera, de 26 de agosto de 1907, que no dio resultados; la segunda, derogatoria de la primera, es la N° 3.321, de 5 de noviembre de 1917. Según la última de estas leyes, el descanso del domingo y de días feriados es obligatorio e irrenunciables en las empresas (salvos ciertas excepciones) y comprende desde las nueve de la noche de la víspera del feriado hasta las seis de la mañana del día siguiente; esta ley está incorporada al Código del Trabajo. Ley N° 2.951, sobre Sillas, de 25 de noviembre de 1915, que ordena a todos los establecimientos comerciales tener un número suficiente de asientos para sus empleados; esta ley está incluida en el Código del Trabajo. Ley N° 3.170, de Accidentes del Trabajo, de 27 de diciembre de 1916, después substituida; la antigua ley no dio los resultados esperados, pues exceptuaba de indemnización los accidentes debidos a culpa grave de la víctima. Ley N° 3.185, de 13 de febrero de 1917, sobre Salas Cunas, en los establecimientos industriales que ocupen más de cincuenta mujeres, substituidas por el decreto-ley N° 442, de marzo de 1925, de Protección a la Maternidad Obrera. Ley N° 3.379 de 10 de mayo de 1918, que crea la Caja de Retiros y Previsión Social de los Ferrocarriles del Estado; esta ley es bastante completa y beneficia alrededor de veinticinco mil personas, pues se aplica no sólo a los empleados sino también a los obreros ferroviarios; dicha Caja ha servido de modelo a cajas de previsión posteriores.

En 1921 de acuerdo con las nuevas tendencias sociales, frutos del movimiento del año veinte, y con las convenciones internacionales, el Presidente don Arturo Alessandri, en la iniciación de su período presentó al Congreso un Proyecto de Código del Trabajo y de Previsión Social, que nunca fue despacho, formado por 620 artículo y dividido en cuatro libros, a saber: I. Convenciones relativas al trabajo; II. Reglamentación del Trabajo; III. Asociaciones Profesionales y Conflictos del Trabajo; y IV. De la Previsión y de los Seguros Sociales. El proyecto redactado por el profesor don Moisés Poblete Troncoso, constituía un completo cuerpo de leyes sociales, incorporándose en él los acuerdos relativos al trabajo en el Tratado de Washington; hay en dicho proyecto materias interesantes, algunas atrevidas, otras difíciles de realizar prácticamente, pero todas ellas fundadas en los conceptos del derecho social. Además de los puntos que contemplan casi títulos dispersos de dicho

Código, se trata en él de salarios mínimos, accionarismo obrero obligatorio, trabajo marítimo, seguro de paro forzoso, habitaciones obreras en los campos y en las faenas mineras. Pueden afirmarse que la legislación del trabajo hoy día en día vigente en Chile, proviene en su parte principal del proyecto de Código del Trabajo del señor Alessandri.

El 8 de septiembre de 1924 fueron dictadas precipitadamente, con motivo de un movimiento revolucionario, las siguientes leyes (casi todas ellas títulos del proyecto del Código del Trabajo, ya informados por las comisiones parlamentarias): Ley N° 4.053, sobre el Contrato del Trabajo, que reglamenta la forma y condiciones del contrato de trabajo obrero, la duración de éste, los salarios, el contrato colectivo, el régimen de fábrica, el trabajo infantil y femenino, la higiene y la seguridad del trabajo; esta ley está incorporada al Código del Trabajo en su Libro I. Ley N° 4.059 sobre Contrato de los Empleados Particulares, varias veces modificada, que regla esta especie de contrato de trabajo, crea para sus beneficiarios un fondo de retiro y un seguro y representa una protección para las clases medias; esta ley está incluida en el Código del Trabajo, formando el Título IV de su Libro I, menos en su parte de Previsión Social, que trata del fondo de retiro y del seguro, en la que rigen siempre los Títulos V y VI de su Libro I, menos en su parte de Previsión Social, que trata del fondo de retiro y del seguro, en la que rigen siempre los Títulos V, VI de la antigua ley de Empleados Particulares, decreto 857, de 11 de noviembre de 1925. Ley N° 4.055 sobre Indemnización por Accidentes del Trabajo; en esta ley se establece sin restricciones, de acuerdo con la teoría del riesgo profesional, la responsabilidad patronal en los accidentes del trabajo y en las enfermedades profesionales, se determinan las indemnizaciones y la forma de asistencia, se consulta el seguro voluntario para accidentes y se crean procedimientos rápidos y especiales. Esta ley formó parte del Código de Trabajo, artículos 154 y siguientes, salvo en materia de seguros de accidentes del trabajo, en que rigió el Título III de la antigua ley. Ley N° 4.057 sobre Organización Sindical, que crea y reglamenta los sindicatos industriales y profesionales e implanta la participación en los beneficios de las empresas a favor de los obreros sindicalizados. Ley N° 4.056 sobre Tribunales de Conciliación y Arbitraje, para conflictos entre el capital y el trabajo, que crea las Juntas Permanentes de Conciliación, formadas por representantes de patrones y obreros; prescribe la conciliación obligatoria y el arbitraje facultativo; reconoce, pero reglamenta el derecho de huelga. Esta ley se incorporó al Código del Trabajo de 1931 artículos 510 y siguientes. La Ley N° 4.054 sobre Seguro Obligatorio de Enfermedad e Invalidez, cuyo texto definitivo lo constituyó el Decreto Ley N° 689 de 17 de octubre de 1925, seguro social constituido por la triple imposición del patrón, del obrero y del Estado, y que presta ayuda a todo el proletariado, ya se trate de obreros, campesinos, empleados domésticos, y trabajadores independientes en los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez absoluta y vejez; hay asimismo cierta ayuda en caso de muerte. Ley N° 4.058, sobre Sociedad Cooperativas, cuyo texto definitivo es el decreto 596, de 14 de noviembre de 1932, que reglamenta la constitución y funcionamiento de estas sociedades.

Con posterioridad al 8 de septiembre de 1924, pero antes del Código del Trabajo, se dictaron los siguientes decretos leyes relacionados con el trabajo: decreto ley N° 44, de 14 de octubre de 1924, que creó la Secretaría de Estado de Higiene, Asistencia, Previsión Social y Trabajo, después denominada Ministerio de Bienestar Social. Decreto ley N° 24 de 4 de octubre de 1924, aclarado y modificado por el decreto ley N° 227, de 24 de febrero de 1925, que prohibió el trabajo nocturno en las panaderías: este decreto ley fue incluida en el Código del Trabajo, artículos 341 y siguientes. Decreto ley N° 261, de 10 de febrero de 1925, sobre Alquileres, llamado comúnmente de la vivienda, hoy derogado, ley de emergencia que rebaja ciertos alquileres, fijaba el máximo al interés de ciertas propiedades destinadas al arrendamiento y creaba Tribunales especiales de Vivienda; este decreto ley fue muy

discutido, produciendo su aplicación grandes dificultades. Decreto ley N° 308, de 9 de marzo de 1925, sobre Fomento de la Edificación Barata, que otorgaba franquicias, subsidios y privilegios a los que construyeran habitaciones higiénicas y baratas, dando intervención a la Caja de Crédito Hipotecario, lo cual venía a complementar de una manera práctica la ley de habitaciones para obreros de 1906; este decreto ley fue derogado por el decreto con fuerza de ley N° 33 de habitaciones obreras, de 12 de marzo de 1931. Decreto ley N° 442, de 28 de marzo de 1925, sobre Protección a la Maternidad Obrera, que otorgaba a la madre obrera un descanso antes y después del parto, debiendo conservar su puesto y percibir el 50% de su salario y que obligaba a todo establecimiento industrial o comercial que ocupara más de 20 obreras a tener una sala cuna; este decreto ley, con algunas modificaciones, está incorporado en el Código del Trabajo.

La Constitución de 1925 siguiendo el ejemplo de otras constituciones, en el N° 14 del artículo 10, hizo un reconocimiento de los principios del Derecho Social, al asegurar a todos los habitantes de la República: "La protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización. El Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar". La Constitución de Chile no enumera los puntos básicos que deben inspirar a la legislación social, como lo hacen otras cartas fundamentales, incluso latino-americanas.

El 10 de agosto de 1925 se dictaron ocho decretos leyes, ratificando ocho convenciones de las Conferencias Internacionales del Trabajo.

El 31 de diciembre de 1927 se dictó el decreto N° 2.100 que creó los Tribunales del Trabajo, decreto que modificó a varias leyes sociales; este decreto se incorporó con modificaciones en el Libro IV del Código del Trabajo. El 14 de enero de 1929 se dictó la ley N° 4.531, sobre Cooperativas Agrícolas, que reglamentó esta clase de sociedades. Por decreto con fuerza de ley N° 33, de 12 de marzo de 1931, se modificó totalmente la ley N° 4.931, de 6 de febrero de 1931, sobre Fomento a las habitaciones obreras, reglamentándose también en él la venta de sitios a plazo, los arrendamientos de pisos y las mejoras<sup>8</sup>.

## 10.- TEXTO DEFINITIVO DE LAS LEYES SOCIALES. CÓDIGO DEL TRABAJO.

En 1930, el Gobierno del señor Ibáñez del Campo presentó al Congreso un proyecto de Código del Trabajo, redactado por funcionarios y estudiado por dos comisiones designadas al efecto. El objetivo primordial del nuevo Código era refundir en un sólo texto las leyes del trabajo vigentes en Chile, armonizar sus disposiciones, corregir sus defectos y subsanar sus vacíos, legislando sobre materias nuevas. En la Cámara de Diputados no se alcanzaron a estudiar por la comisión correspondiente sino unos cuantos artículos del proyecto, cuando el mismo Gobierno del señor Ibáñez, aprovechándose que se le habían concedido facultades extraordinarias por el Congreso para reorganizar la administración pública, promulgó, en forma manifiestamente inconstitucional, el Código del Trabajo, llamándolo Texto de las

---

<sup>8</sup> ESCRIBAR MANDIOLA, Héctor, "Tratado de Derecho del Trabajo", Tomo I, Santiago, 1944, Edit. Zig-Zag, pág. 26.

Leyes del Trabajo, por decreto con fuerza de ley N° 178 de 13 de mayo de 1931, que comenzó a regir el 28 de noviembre del mismo año. Este texto no es una simple refundición de las leyes vigentes; es nueva legislación, que no sólo reforma leyes anteriores, sino que reglamenta nuevas clases de trabajos, como ser: los trabajos agrícolas, del servicio doméstico, a domicilio, marítimo, etc. Es indiscutible que algunas de sus innovaciones, no todas, han sido felices, y que se ha ordenado en parte, la confusa legislación social chilena; sin embargo, fue deplorable que todo esto se haya efectuado por un simple decreto con fuerza de ley, sin la intervención del Poder Legislativo. Es también sensible que esta legislación tenga la forma de un código, pues las leyes obreras, reflejo y expresión de un derecho nuevo en vías de formación, no deben codificarse, porque ello significa estancarlas y detenerlas en su crecimiento; las leyes sociales, aun imperfectas, necesitan de frecuentes reformas, y, en cambio, hay tendencia a respetar los códigos y a no tocarlos; era indispensable refundir las leyes obreras chilenas, pero ello habría podido fácilmente hacerse con la dictación de cuatro o cinco grandes leyes del trabajo<sup>9</sup>.

## 11.- LAS NORMAS SOBRE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO DE 1931.

Dice el profesor Francisco Walker Linares que “la protección legal al trabajo femenino, además de la prohibición al trabajo nocturno, se refiere a las formas en que aquél se realiza y al amparo de la maternidad obrera. El artículo 49 prohíbe que las mujeres sean empleadas en trabajos mineros subterráneos y en faenas calificadas como superiores a sus fuerzas o peligrosas para las condiciones físicas o morales de su sexo. Por lo que atañe a la protección de la madre obrera, la ley quiere defenderla fundada en principios humanitarios y de conservación social, y a fin de impedir que el patrón eche a la calle como una mercadería inútil a la mujer embarazada, la cual quedaría sin ocupación ni recursos, con los consiguientes peligros para la madre y el hijo; además, debe velarse para que la madre no se separe del niño cuando vaya al taller, y lo tenga cerca de ella para alimentarlo y prestarle sus cuidados.”<sup>10</sup>

La protección legal a las madres obreras en el Código del Trabajo del año 1931, estaba consignada en el Título III del Libro II de dicho cuerpo legal, comprendiendo a todos los establecimientos o empresas industriales o comerciales y sus sucursales, cualquiera que sea su naturaleza. Las obreras, durante su embarazo, tenían derecho a un descanso que comprendía seis semanas antes del alumbramiento y seis semanas después. En este período se les prohibía el trabajo en los establecimientos citados (art. 309).

Durante el mismo período, el patrón estaba obligado a reservar el puesto a la obrera embarazada y a pagarle un subsidio que, sumado al que acordaba la Ley N° 4.054 de Seguro Obrero Obligatorio, completaba el 50% del salario durante el período señalado. Si la obrera no tenía derecho a subsidio del seguro, lo costeaba íntegramente el patrón (art. 310).

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ CORREA, Raúl, "Los obreros ante el Derecho Social Chileno", Editorial La Nación, Santiago, 1935, págs. 34 y sgtes.

<sup>10</sup> WALKER LINARES, Francisco, "Nociones Elementales de Derecho del Trabajo", Santiago, Editorial Nacimiento, 4ª Edición, 1947, pág. 266.

El patrón no podía sin justa causa despedir a la mujer embarazada, no considerándose como tal el menor rendimiento para el trabajo en razón del trabajo.

# CAPÍTULO II

# PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN CHILENA Y EN DERECHO COMPARADO

## 1.- GENERALIDADES.

La mujer trabajadora embarazada goza en razón de su situación personal, del fuero maternal, y por ello tiene reglas que le son propias de los demás trabajadores aforados, como por ejemplo, el hecho de que no se ve afectada por la quiebra del empleador.

El legislador al establecer las normas sobre fuero maternal ha buscado, por una parte, proteger la salud y la vida de la trabajadora, fines a que alude el artículo 194 del Código del Trabajo, pero también busca la protección de la maternidad, de la vida del que está por nacer y que también consagran el artículo 19 de la Constitución Política de la República de 1980 y el artículo 75 del Código Civil y de la vida y salud del recién nacido al menos en su primer año de vida, lo cual sirve de fundamento al fuero de la trabajadora después del parto, ya que necesita tener asegurados sus ingresos durante un cierto período de tiempo para poder alimentar y citar a su hijo en sus primeros años de vida.

Según dispone el artículo 180 del Código del Trabajo, quedan sujetos a la norma sobre protección a la maternidad y a las que regulan el fuero maternal:

"Los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y todos los servicios y establecimientos, cooperativos o empresas industriales extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado".

Lo anterior comprende además sucursales o dependencias de los establecimientos, empresas o servicios indicados.

Es decir, las normas sobre protección a la maternidad y el fuero laboral, tienen una aplicación que excede al mero ámbito del sector privado alcanzando, incluso, a las instituciones del sector público, beneficiando así a una amplia gama de trabajadores, comprendiendo las que trabajan en su domicilio y en general, todas las mujeres que estén acogidas a algún sistema previsional. Es decir las normas jurídicas contenidas en el artículo 194 y siguientes del Título II del Código, son de aplicación universal, en los sectores públicos y privados.

## 2.- NORMAS TUTELARES DE LA MUJER EMBARAZADA Y DE SUS HIJOS.

El legislador a lo largo de la historia ha tenido especial preocupación de amparar, la actividad de los trabajadores, y dentro de este sistema, encontraremos normas especiales de protección de la mujer trabajadora y de su hijo.

La protección de la maternidad tiene dos ámbitos que persiguen un mismo fin, pero cuya competencia incumbe tanto al derecho del trabajo como a la seguridad social. Estos dos aspectos son:

La asistencia médica durante el embarazo, parto y puerperio, la asistencia materno infantil, las prestaciones económicas suplementarias por maternidad (asignación maternal), el 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 órganos gestores de la seguridad social.

Y en segundo lugar se persigue la protección de la mujer en la estabilidad y condiciones de su empleo, lo que implica un conjunto de normas jurídico públicas tuitivas del trabajo de la mujer embarazada y destina a facilitar a la madre el cumplimiento de sus obligaciones maternales, como por ejemplo permisos, salas cunas y diversos beneficios que analizaremos más adelante.

### **3.- DERECHOS DE LAS MUJERES TRABAJADORAS.**

Las mujeres trabajadoras tienen como beneficios que le son inherentes a su estado de embarazo, los descansos, pre y post natales que comprenden, respectivamente seis semanas antes del parto y doce semanas después de él.

Estos derechos no pueden renunciarse y durante los períodos de descanso mencionados queda prohibido el trabajo de las mujeres embarazadas y puérperas. Asimismo, no obstante cualquier estipulación en contrario, se deben conservar sus empleos o puestos de trabajo durante dichos períodos, según lo dispone el artículo 195 del Código del Trabajo.

De lo anterior se infiere que el contenido de los descansos pre y post natales está referido a los siguientes aspectos:

- a) A la licencia maternal propiamente tal;
- b) A la prohibición de trabajar durante ese período de seis semanas antes y de doce después del parto, ya sea en la misma empresa u otra, pues se trata de normas jurídicas públicas de protección, en que el bien tutelado es la salud y la vida de la madre y del hijo que está por nacer;
- c) A la conservación del empleo durante ese período.

#### **3.1. Subsidio de maternidad.**

---

Nuestra legislación contempla en el artículo 198 del Código del Trabajo un subsidio maternal, en los siguientes términos:

"La mujer que se encuentre en el período de descanso de maternidad a que se refiere el artículo 195, o de descansos suplementarios y de plazo ampliado señalados en el artículo

196, recibirá un subsidio equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba, del cuál sólo se deducirán las imposiciones de previsión y descuentos legales que correspondan".

Este subsidio constituye una prestación de seguridad social que tiene por objeto mantener el nivel de ingresos durante el período de descanso; el cálculo y otorgamiento del subsidio está regulado por el D.F.L. N° 44 de 1978 y en lo procesal administrativo, por el D.S. de Salud N° 3 de enero de 1984, reglamento de autorización de Licencias Médicas.

Con anterioridad, a la normativa indicada, la materia se regulaba, por el artículo 62 de la Ley N° 18.768, publicada en el D.O. de 29 de diciembre de 1988, y a contar del 1 de julio de 1989, para los efectos del goce del subsidio por maternidad, las trabajadoras debían cumplir, el día primero del mes de la concepción, certificada ésta por un médico o matrona, con los requisitos exigidos por la normativa vigente para dicho subsidio, esto es, la afiliación a un organismo previsional.

La Ley N° 18.867, publicada en el D.O. el 4 de diciembre de 1989, reemplazó dicho artículo 62 y dispuso que los subsidios por maternidad, volverían a regirse por el D.F.L. N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsional Social, de 1978, que norma los subsidios por enfermedad del sector privado, y por las leyes N° 18.418 y 18.469, sin exigir la afiliación de la madre a un régimen previsional a la fecha del embarazo.

La misma ley establece que, en caso de adopción plena, la trabajadora tiene derecho a un permiso durante la tramitación del juicio hasta por doce semanas con derecho a subsidio. Estos mismos beneficios se otorgan a la madre, ya iniciada la adopción, cuando el adoptado fuere menor de un año y sufre de enfermedad grave.

La Ley N° 12.299 (D.O. del 12 de marzo de 1994) ha modificado el D.F.L. N° 44 en lo relativo a los subsidios maternales, estableciendo que: "En todo caso, el monto diario de los subsidios del inciso primero del artículo 195, ambos del Código del Trabajo, y del artículo 2° de la Ley N° 18.867, no podrá exceder del equivalente a las remuneraciones mensuales netas, subsidios o de ambos, devengados por las trabajadoras dependientes los tres meses anteriores más próximos al séptimo mes calendario que precede al del inicio de la licencia, dividido por noventa, aumentado en el 100% de la variación experimentada por el índice de precios al consumidor en el período de los siete meses anteriores al mes precedente al del inicio de la licencia, incrementado en un 100%. Los tres meses a que se refiere el inciso anterior deberán estar comprendidos dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al séptimo mes calendario que precede al mes de inicio de la licencia.

Si dentro de dicho período sólo se registraren uno o dos meses con remuneraciones y/o subsidios, para determinar el límite del subsidio diario, se dividirá por 30 o 60, respectivamente.

Para los efectos del cálculo de los subsidios a que se refieren el inciso primero del artículo 195 y el inciso segundo del artículo 196, ambos del Código del Trabajo, se considerarán como un sólo subsidio los originados en diferentes licencias médicas otorgadas en forma continuada y sin interrupción entre ellas.

Corresponde el subsidio maternal a las trabajadoras dependientes e independientes de los sectores público y privado, cualquiera sea la entidad en que se desempeñen y a las trabajadores independientes que coticen en algún régimen previsional.

Este subsidio procede en los siguientes casos de acuerdo a las normas del Código del Trabajo modificadas por las disposiciones de la Ley N° 19.250:

1) Descanso prenatal o de seis semanas antes del parto, artículo 195 del D.F.L. N° 1 del Trabajo de 1994.

2) Descanso postnatal de 12 semanas después del parto, artículo 195 del Código del Trabajo.

Si la madre trabajadora fallece en el parto o durante el descanso postnatal, este permiso, o el resto de él, que sea destinado al cuidado del hijo, corresponderá al padre, quién sin embargo, no goza del fuero establecido en el artículo 201 de este Código, pero tendrá derecho al subsidio a que se refiere el artículo 198.

Ahora bien, siguiendo la opinión del profesor Carlos Poblete<sup>11</sup> debe concluirse que si se otorga asimismo al padre, el descanso postnatal, al tiempo de este descanso que dicho padre destine al cuidado de su hijo le originará un estado de necesidad, al suspenderse transitoriamente su capacidad de ganancia, el cual, para ser satisfecho requerirá que el respectivo sistema de seguridad social le de cobertura mediante el otorgamiento de una prestación, la que debe estimarse representada por el subsidio por maternidad que nos ocupa y que corresponde a la madre.

La conclusión anterior se corrobora, por lo demás, si se atiende al proyecto de ley recientemente enviado por el Ejecutivo al Congreso Nacional, en uno de cuyos artículos se establece que el subsidio por maternidad corresponderá también al padre.

3) Descanso prenatal suplementario, en caso de enfermedad de la mujer durante el embarazo, artículo 197 del Código del Trabajo.

4) Descanso prenatal prorrogado por parte producido después de las seis semanas siguientes a la fecha en que la mujer hubiere iniciado el descanso de maternidad.

5) Descanso puerperal prolongado a más de doce semanas después del parto, por enfermedad comprobada por certificado médico.

6) Permiso de la mujer por enfermedad grave de su hijo menor de un año, comprobada por certificado médico otorgado o ratificado por los servicios que tengan a su cargo la atención médica de los menores. La duración de este permiso es determinada por el respectivo servicio médico.

En el caso del permiso que nos ocupa, la madre trabajadora tiene derecho al subsidio por maternidad cuyos requisitos, monto y características, señalaremos más adelante.

Si ambos padres del menor enfermo son trabajadores, cualquiera de ellos ya a elección de la madre, conforme a la ley, puede gozar del permiso y subsidio a que nos hemos referido en este número seis.

Con todo, de los referidos permisos y subsidios puede gozar el padre, si la madre ha fallecido, o estando viva, la tuición del menor corresponda a su cónyuge por sentencia judicial.

También tienen derecho al permiso y subsidio que se otorgan en razón de maternidad y a los que se refiere el artículo 200 del Código del Trabajo, la trabajadora o el trabajador que tengan a su cuidado a un menor de edad inferior a seis meses, por habersele otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal de dicho menor como medida de protección, hasta por doce semanas.

### 3.2. Permisos regulados por el Código del Trabajo.

---

<sup>11</sup> POBLETE, Carlos, obra citada, pág. 212.

- a) Permiso prenatal de la madre.
- b) Permiso postnatal de la madre.
- c) Permiso postnatal del padre.
- d) Permiso prenatal prorrogado.
- e) Permiso postnatal prolongado.
- f) Permiso por enfermedad grave del hijo menor de un año.

3.3. Permisos regulados por la Ley N° 18.867.

- a) Permiso de la trabajadora que tenga a su cuidado a un menor de edad inferior a seis meses y que haya iniciado el juicio de adopción plena.
- b) Permiso de la trabajadora por enfermedad grave del menor de un año en juicio de adopción plena.

## 4.- FUERO MATERNAL Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO.

El fuero maternal se encuentra consagrado en el artículo 201 del Código del Trabajo, el cual no es más que la transcripción literal del texto del artículo 186 del antiguo Código, que a su vez deriva del artículo 100 del Decreto Ley N° 2.200, modificado por la Ley N° 18.018, y expresa lo siguiente:

"Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, la trabajadora estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174.

"Si por ignorancia del estado de embarazo se hubiere dispuesto el término del contrato en contravención a lo dispuesto en el artículo 174, la medida quedará sin efecto, y la trabajadora volverá a su trabajo, para lo cual bastará la sola presentación del correspondiente certificado médico o de matrona, sin perjuicio del derecho a remuneración por el tiempo en que haya permanecido indebidamente fuera del trabajo, si durante ese tiempo no tuviere derecho a subsidio. La afectada deberá hacer efectivo este derecho dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde el despido.

"No obstante lo dispuesto en el inciso primero, si el desafuero se produjere mientras la mujer estuviere gozando del descanso maternal a que aluden los artículos 195 y 196, aquélla continuará percibiendo el subsidio del artículo 198 hasta la conclusión del período de descanso.

"Para los efectos del subsidio de cesantía, si hubiere lugar a él, se entenderá que contrato de trabajo expira en el momento en que dejó de percibir el subsidio maternal.

"Lo dispuesto en este artículo no es aplicable a las trabajadoras de casa particular".

La disposición anterior se encontraba redactada en términos similares en el artículo 313 del Código del Trabajo de 1931, y fue reafirmada por el artículo 10 de la Ley N° 16.455; no obstante, con la dictación del D.L. N° 2.200 de 1978, se determinó que las trabajadoras de casa particular no quedaban amparadas por el fuero maternal, restringiéndose así el primitivo alcance de la institución.

En todo caso de no existir este mecanismo protector, la estabilidad laboral de la trabajadora embarazada se vería en peligro, ya que es de presumir que perdería su empleo, eventualidad que implica una interrupción en la continuidad de sus ingresos, lo que a su vez podría afectar tanto la salud de la trabajadora como la de su hijo, al no contar con los recursos económicos que generaba su actividad laboral y que le son indispensables para la satisfacción de las necesidades propias del embarazo, del parto, y de la primera etapa de la crianza de su hijo.

Podría sostenerse que la existencia del fuero perjudica a las trabajadoras, ya que los empleadores preferirían contratar dependientes del sexo masculino, en atención a que obviamente no se les aplica el referido fuero maternal. A nuestro juicio, si bien es dable presumir una tendencia en dicho sentido, creemos que los perjuicios para la trabajadora serían mucho mayores si no estuvieran protegidos por el fuero maternal, ya que al embarazarse perderían su empleo, pues la eficacia productiva de una mujer embarazada disminuye debido a que el embarazo le acarrea una serie de trastornos en su salud física y estabilidad emocional.

Por otra parte, de no existir el fuero maternal, puede presumirse que habría una tendencia de las trabajadoras, especialmente de aquellas que sustentan sus hogares, de evitar el embarazo, ya que éste probablemente les significaría la pérdida de su empleo y de los recursos económicos necesarios en su hogar, lo cual redundaría, en mayor o menor medida, en un descenso de las tasas de natalidad.

Al realizar un examen del inciso primero de este artículo, podemos deducir una serie de observaciones:

a) Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, la trabajadora estará protegida en el empleo, en idéntica forma que los dirigentes sindicales, vale decir, gozará de fuero.

b) Al señalar el texto legal que dicho estatuto se extiende "hasta un año después de expirado el descanso de maternidad", se infiere que cuando el descanso postnatal ha sido ampliado, el plazo de un año se cuenta a partir del término de la ampliación y no desde el término del período normal de las doce semanas del descanso puerperal. Es como se ha interpretado la norma por la jurisprudencia.

c) Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, la trabajadora goza del fuero señalado en el artículo 174 del Código, o sea, no se le puede poner término a su contrato sin autorización previa del juez del trabajo, lo que éste puede conceder por las causales de los números 4 y 5 del artículo 159 y las del artículo 160 del Código del Trabajo.

Las dos causales a que hace referencia del artículo 159 son:

- Vencimiento del plazo convenido en el contrato.
- Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato.

Estas dos causales de despido fueron introducidas por el D.L. N° 2.200, el que fue muy censurado por el mundo laboral, pues en conformidad al Código del Trabajo de 1931, según su versión vigente a la víspera de la dictación del Decreto Ley en referencia, la protección en el empleo o inamovilidad de la mujer embarazada desde el momento del embarazo y hasta un año después de expirado el período de descanso puerperal, era absoluta y sólo podía ser despedida por causales subjetivas de caducidad, imputables a su persona o conducta, y siempre mediante un juicio previo de desafuero.

A nuestro juicio, aquí existen la colisión de legítimos intereses, y cuando ello ocurre debe buscarse una solución. De un lado, cabe advertir la posición del acreedor de trabajo, que contrató una dependiente por un período determinado de tiempo. Es presumible y atendible inferir que, si fijó tal plazo, es porque no requerirá de los servicios de ella por un tiempo superior.

Igualmente, si la contrató para la realización de una labor determinada, y dicha labor se concluye, ya sea por la dependiente misma o por otra, durante su ausencia por maternidad, no se requerirá más de sus servicios.

De otro lado debe atenderse el bien jurídico especialmente protegible: la maternidad y la estabilidad en el empleo de la madre, a fin de que obtenga la fuente de ingresos para sus necesidades y las del hijo.

Frente a estos intereses en pugna, que habían sido resueltos en favor de la trabajadora en servicio antes de la dictación de la actual normativa, esta solución que adoptó nuestro actual cuerpo legal es controvertible, pues limitó la responsabilidad adicional del acreedor de trabajo, en orden a obligarlo a mantener en su empleo a la trabajadora que, al no mediar la maternidad, habría cesado en su relación laboral por la expiración del plazo del contrato o por la conclusión del trabajo que le dio origen.

No sería justo omitir las consideraciones reales que indujeron a la reforma. Ellas tienen que ver con mejorar la opción de trabajo de la mujer frente al hombre, particularmente con relación a los empleos de corto tiempo. Si alguien necesita un trabajador para una suplencia de seis meses, por ejemplo, y prefiere una mujer a un hombre, en la legislación anterior se preferiría a un hombre, salvo aptitudes muy especiales de la mujer. La razón es sencilla y realista, sobrevienen al embarazo una inamovilidad de nueve meses de la gestación, más tres meses de permiso postnatal (12 semanas", más de un año de inamovilidad adicional (24 meses de vigencia obligada del vínculo laboral).

Con todo, la solución debió buscarse, nos parece, en la reforma de las normas sobre seguridad social, en forma de que sea la comunidad y no el empleador quien asuma las consecuencias económico-sociales del embarazo y la maternidad; lo que fue plasmado posteriormente, al menos en forma relativa, por el inciso tercero del artículo 201 del Código del Trabajo.

Las causales a que se hace referencia respecto del artículo 160, son, resumidamente, las siguientes:

- Falta de probidad.
- Vías de hecho.
- Injurias.
- Conducta inmoral grave.
- Ejecutar negociaciones dentro del giro del negocio expresamente prohibidas en el respectivo contrato.
- No concurrencia a sus labores sin causa justificada.
- Abandono del trabajo.
- Actos u omisiones o imprudencias temerarias que afecten la seguridad o funcionamiento del establecimiento.
- Perjuicio material causado intencionalmente en la empresa.

- Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

## 5.- CARACTERÍSTICAS DEL FUERO MATERNAL.

En cuanto al carácter que reviste el fuero maternal, la Corte Suprema en sentencia de 9 de diciembre de 1981 estableció que el fuero maternal es un derecho inherente a la condición de mujer y que el legislador protege no obstante se extinga o concluya la fuente de trabajo, por lo que si no se ha solicitado la autorización que dispone el artículo 174 del Código del Trabajo, procede ordenar su cancelación.

Esta jurisprudencia no es más que el corolario de que el fundamento de esta protección es la maternidad con independencia de toda otra consideración. Siendo ese el bien jurídico protegido, podrá hacerse contra cualquier otro empleador, por lo que el artículo 174 del Código del Trabajo resulta aplicable al caso de una trabajadora que se retira de una empresa y es despedida por su nuevo empleador antes de transcurrido el año siguiente a la expiración de la licencia post-natal.

## 6.- PROCEDIMIENTO DE DESAFUERO.

Constituye el procedimiento a realizar cuando se trata de despedir a una trabajadora amparada por el Fuero Maternal. Así lo ordena perentoriamente el artículo 174 del Código del Trabajo al señalar que "En el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en la del artículo 160".

Autorización que se traduce en el juicio de Desafuero, pues constituirá una contienda jurídica entre el empleador, que en este procedimiento será el demandante y la trabajadora, que será la parte demandada.

En dicha petición se solicitará al tribunal que la trabajadora pierda su privilegio en virtud de las causales que autorizan el desafuero, debidamente acreditadas y que en concepto del tribunal así se estimen, y dejen el camino expedito al despido acogiendo la solicitud.

Como se trata de un juicio, se iniciará de la manera genérica, que no es otra que por medio de una demanda; en este escrito el empleador solicitaría en lo principal que se autorice el desafuero de la trabajadora objeto de la medida, acompañando lista de testigos y el hecho de comparecer con el patrocinio de abogado y representada por persona legalmente habilitada para accionar en juicio.

Será juez competente para conocer de esta solicitud, el juez laboral del domicilio del demandado o de aquél lugar en que se prestan o se prestaron los servicios a elección del demandante.

Presentada la demanda al Juez Competente, se continúa con la tramitación general, por no tener establecido un procedimiento especial, sujetándose a las reglas del Libro V "De la Jurisdicción Laboral", Título I, Capítulos I y II, artículos 415 a 458, comenzando en síntesis con la demanda; contestación (y probable reconvencción), contestación a la última,

audiencia de conciliación; recepción de la causa a prueba y todos los trámites propios del procedimiento laboral general señalado por el Código del Trabajo, temas propios del Derecho Procesal Laboral.

Conforme lo señalado en el artículo 174 inciso 2º, el juez, como medida prejudicial y en cualquier estado del juicio, podrá decretar de forma excepcional y fundadamente, la separación provisional del trabajador de sus labores, con o sin derecho a remuneración. Decretada dicha separación, el juez deberá decidir si se hace otorgando a la trabajadora el derecho a recibir remuneraciones durante el período que abarcará la separación o si se niega tal posibilidad.

## 7.- EL FUERO MATERNAL EN EL DERECHO COMPARADO.

### 7.1. Legislación laboral de España.

---

Hace más de un siglo que la doctrina española ha detectado el abuso sistemático de que ha sido objeto la mujer trabajadora producto de la imposición física del hombre sobre ella, un acto brutal que con el paso de los años llegó a convertirse en un derecho consagrado.

El desarrollo social ha permitido que diversas manifestaciones de discriminaciones vayan desapareciendo del marco legal y logrando crear una conciencia social respecto de este tema.

El ámbito donde esta discriminación se ha hecho más patente es en el del trabajo, en el cual la mujer ha debido asumir durante siglos la realización de trabajos duros y de menor consideración social, recibiendo a cambio compensaciones de menor valía que las del hombre.

La igualación de los derechos entre hombres y mujeres, es en gran medida la de sus derechos laborales.

El trabajo de la mujer no exige propiamente la existencia de un contrato de trabajo especial, sino de un régimen peculiar de carácter tutelar hacia la condición natural de la mujer procreadora y de la crianza de su hijo.

La función de la legislación española a lo largo de la historia ha sido de ir disminuyendo esta discriminación entre hombres y mujeres. De esta manera, sus primeras normas apuntan hacia este sentido, como por ejemplo la ley del 24 de julio de 1873, la ley de 26 de julio de 1878, etc. Y en esta dirección se han encaminado las distintas leyes españolas encargadas de regular este tema.

Las medidas legales en favor de la mujer no deben considerarse como privilegios contrarios al principio de no discriminación; por el contrario, se trata de medidas especiales de protección y asistencia, que el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 111 distingue nítidamente de las discriminaciones.

El principio general que inspira el actual estatuto jurídico laboral de la mujer es el de la superación de las restricciones y discriminaciones basadas en situaciones sociológicas que pertenecen al pasado y que no se compadecen ni con la formación y capacidad de la mujer española ni con su promoción evidente a puesto y tareas de trabajo y responsabilidad.

Tal principio de igualdad jurídica entre mujer y varón fue reiterado por el Decreto N° 2.310 de 1970, de 20 de agosto, sobre derechos laborales de la mujer y reforzado por la Ley de 20 de mayo de 1975, que dio al artículo 62 del Código Civil, entre otros preceptos modificados por ella, nueva redacción: "El matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges", regla que encontró su traducción en materia laboral en el artículo 10 del Código del Trabajo.

El principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres tuvo su consagración con el más alto rango normativo en el artículo 14 de la Constitución: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de raza, ideología, condición social y sexo".

El Código del Trabajo no hace otra cosa que proseguir esa línea de igualación entre trabajadores de uno y otro sexo, así, específicamente, el artículo 28 del Código del Trabajo se dedica, según reza su rúbrica: "a la igualdad de remuneraciones por razón de sexo", desarrollando el principio contenido en el artículo 35 de la Constitución.

Precisamente esta tendencia hacia la igualdad es lo que ha llevado al estatuto laboral a no acoger el derecho de la trabajadora, reconocido en la legislación anterior, a extinguir su contrato por razones de matrimonio con devengo de una compensación o "dote". Hoy se reconocen en un plano de igualdad al hombre como a la mujer.

Además la excedencia forzosa de la mujer por matrimonio ha sido repetidamente declarada inconstitucional por el tribunal competente, en cuanto discriminatoria<sup>12</sup>.

Determinados derechos laborales específicos de la mujer se mantienen, no como privilegios, sino como medidas especiales de protección, autorizadas por el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 111, y comprendidas bajo la consideración de protección especial en la Carta Social Europea.

Derecho de las mujeres con hijos lactantes menores de nueve meses a interrumpir diariamente la jornada laboral durante una hora, divisible en dos períodos, para proveer a la lactancia, o, alternativamente, a reducir en media hora sin pérdida de retribución la jornada normal (artículo 37.4 E.T.); este derecho tiene su primer antecedente en la Ley N° 30 de Enero de 1990.

Derecho de la trabajadora ocupada en un establecimiento no fabril a disponer de un asiento que podrá utilizar "mientras no lo impida su ocupación".

### 7.2. Legislación laboral de Austria.

---

El plazo de protección contra el despido después del parto, es de cuatro meses, o sea, dos meses después de la expiración de la licencia post-natal normal; las causales que justifican un despido por falta grave se enumeran taxativamente, señalándose que su estado particular debe tomarse en cuenta para la apreciación de los hechos. Debe señalarse que la protección contra el despido comienza desde el embarazo.

### 7.3. Legislación laboral de Bélgica.

---

La trabajadora no puede ser despedida a partir del momento en que el empleador ha sido informado del embarazo y hasta un mes de finalizada su licencia.

<sup>12</sup> Tribunal Constitucional Español. Sentencias de fecha 14.02.1986, 18.02.1983, todas ellas sentencias recaídas en recursos de amparo concernientes a empleadas de la compañía telefónica, declarando el derecho al reintegro del excedente.

Se prohíbe además el empleo de mujeres embarazadas en trabajos que puedan exponerlas a los efectos nocivos de vibraciones mecánicas o de una temperatura elevada; todo transporte manual de cargas queda prohibido durante los tres últimos meses del embarazo y durante la novena y décima semana siguientes al mismo. Lo mismo respecto de tareas que las expongan a efectos nocivos de productos químicos o a un riesgo de afección viral.

### **7.4. Legislación laboral de Dinamarca.**

---

Su legislación prohíbe todo despido por razón de embarazo, parto, adopción de un niño, solicitud y ejercicio del derecho a la licencia de maternidad, desde el primero de enero de 1981.

No se regula en general, en los países escandinavos, prohibición específicas de ocupar mujeres embarazadas en determinadas tareas.

### **7.5. Legislación laboral de Francia.**

---

El despido no está autorizado durante el embarazo y el período de suspensión del contrato de trabajo, sea cual fuere su duración, como tampoco durante las cuatro semanas siguientes a la expiración de dicha suspensión.

La prohibición del despido se aplica igualmente al período de prueba, siéndole prohibido al empleador buscar informaciones acerca del posible estado de embarazo de la asalariada que tiene intención de contratar. Fuera de la licencia de natalidad, durante la cual la prohibición reviste un carácter absoluto, el despido de trabajadoras embarazadas sólo se admite en caso de falta grave independiente del estado de embarazo de la interesada, o por imposibilidad de mantener el contrato, como el plazo.

La duración de la jornada de trabajo, puede verse modificada como consecuencia de convenios, traduciéndose en reducciones de la duración diaria, de 5 a 15 minutos, en los horarios de ingreso y salida, evitando su fatiga ocasionada por el transporte y la salida de los locales de trabajo. Goza durante un año de pausas de lactancias, dos diarias, de media hora cada una.

### **7.6. Legislación laboral de Italia.**

---

La prohibición de despido alcanza al período de un año, o sea nueve meses después de la licencia obligatoria de maternidad, además del período de embarazo.

En cuanto a los trabajos considerados peligrosos para el embarazo, tales como el transporte e izado de cargas, están prohibidas a las embarazadas y durante los siete meses siguientes al parto, llevando aparejado el derecho de la transferencia a otro puesto, sin pérdida de salario.

Se les prohíbe el trabajo nocturno sólo en las empresas manufactureras y puede derogarse en razón de exigencias de producción y por las condiciones del medio de trabajo no admitiéndose derogación alguna durante el embarazo y en los siete meses siguientes al parto.

### **7.7. Legislación laboral del Reino Unido.**

---

Se prohíbe el despido en razón de embarazo y el derecho al reintegro de la trabajadora durante las veintinueve semanas que siguen al parto están condicionadas a una duración mínima del servicio; un año para la primera y dos años para el segundo.

### **7.8. Legislación laboral de Colombia.**

---

En la legislación colombiana se establece claramente que el empleador no puede despedir a una trabajadora por motivo de lactancia o embarazo y se presume que es por dicha causa cuando es despedida dentro del período que dura el embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, sin la autorización de las autoridades respectivas. Para despedir a dicha trabajadora, el empleador necesita de la autorización del Inspector del Trabajo o del Alcalde Municipal, en los lugares en que no hubiere Inspector del Trabajo, los cuales la concederán sólo si hay causa justificada para ello.

Si la trabajadora es despedida sin la respectiva autorización tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a la remuneración de sesenta días. Se entiende, además, que el período de inamovilidad suspende el transcurso del plazo de aviso de desahucio.

### **7.9. Legislación laboral de Perú.**

---

Una situación similar a la del derecho colombiano se presenta en el Derecho del Trabajo del Perú, el cual no consagra inamovilidades laborales, salvo el caso de la protección de la trabajadora embarazada.

Esta protección comprende el período que se extiende entre los tres meses anteriores al parto y los tres meses posteriores a él, y su trasgresión tiene como sanción la obligación del empleador de indemnizar a la trabajadora despedida sin la respectiva autorización con el equivalente a noventa días de trabajo.

## **8.- ALGUNAS NOTAS JURISPRUDENCIALES.**

Dentro del tema general de protección al trabajador, y en particular de protección a la maternidad, nuestros tribunales de justicia han proporcionado una nutrida jurisprudencia judicial, que en conjunto con la jurisprudencia administrativa, proporcionada por la Contraloría General de la República, la Superintendencia de Seguridad Social y la Dirección del Trabajo, han dado algunas líneas de orientación de este relevante tema social.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 25.558, de 24 de septiembre de 1987: "La funcionaria que goza de fuero maternal, que pese a ello es despedida y luego reincorporada, tiene derecho a las remuneraciones por el período intermedio, pero debe devolver la indemnización por despido y subsidio por cesantía".

Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 8.365/252, de 17 de noviembre de 1987: "Para el cómputo del plazo de inamovilidad por maternidad, no debe considerarse el permiso que por enfermedad grave del hijo menor de un año se contempla dentro de su protección, porque dichos beneficios parten de distintos supuestos y sus causales son diferentes".

Dictamen de la Superintendencia de Seguridad Social N° 1.107, de 10 de febrero de 1988: "La trabajadora que goza de fuero maternal que es indebidamente separada de sus

funciones y posteriormente reintegrada, tiene derecho a remuneraciones por el tiempo que permaneció fuera del trabajo, con excepción del período en que haya hecho uso del subsidio por incapacidad laboral."

Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 4.046/100, de 6 de junio de 1988: "La suscripción de un finiquito no obsta a la reincorporación de la dependiente a cuyo contrato se ha puesto término ilegalmente, siempre que la trabajadora acredite que al momento de firmarlo ignoraba su estado de embarazo."

Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 7.543/148, de 11 de octubre de 1988: "Los docentes que desde el inicio del período de interrupción de actividad escolar o durante el mismo han gozado del descanso de maternidad del artículo 181 del Código, no tienen derecho a impetrar el beneficio del feriado anual en una época distinta a la comprendida entre el término del año escolar y el comienzo del siguiente."

Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2.892, de 7 de agosto de 1978: "No es posible sostener que el fuero de la trabajadora embarazada esté subordinado a la condición de que ella mantenga una misma relación laboral durante todo el período que comprende el fuero maternal, por lo que en ningún caso, podrá ser privada de su empleo hasta un año después de expirado su descanso maternal postnatal de doce semanas posteriores al parto, aún cuando se haya producido un cambio de empleador."

En base a estos mismos fundamentos, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 23 de abril de 1990, en la causa "Valle con Confecciones Letelier y Cía. Ltda.", resolvió que si se pone término de inmediato a las actividades de la empresa, como consecuencia de la quiebra del empleador, no se puede despedir a una dependiente embarazada, ya que dicho hecho no puede afectar al fuero que la ampara, pues este beneficio es personalísimo e independiente de la actividad misma de la empresa para la cual labora la trabajadora y, aún en el caso de que se extinga la fuente de trabajo, permanece la causa que motiva el fuero maternal.

De lo expresado puede establecerse la razón de la diferencia que existe con el fuero de los directores sindicales ante la quiebra de la empresa, ya que mientras el fuero de estos extingue, porque no tiene razón de ser al no haber asamblea ni trabajadores que representar, el fuero maternal continúa vigente.

Por otra parte, la quiebra alude a dos causas económicas y financieras inherentes a la empresa misma, en cambio las causales que autorizan el desafuero de la trabajadora embarazada, se fundan en hechos imputables a ella misma.

En cuanto al ámbito de aplicación de las normas sobre fuero maternal, ya dijimos que es bastante amplio, en base a lo que dispone el artículo 194 del Código del Trabajo, lo que ahora nos planteamos son situaciones puntuales en las que las funcionarias públicas han hecho valer el fuero maternal, ante su despido.

La Contraloría General de la República ha debido pronunciarse en variadas ocasiones sobre la materia. Cabe destacar el Dictamen N° 19.114, del 16 de octubre de 1983 que estableció que: "Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad la trabajadora estará sujeta a las normas sobre fuero laboral, por lo que el empleador no podrá poner término al contrato de trabajo sino con previa autorización del juzgado la que podrá conceder en los casos señalados por el actual artículo N° 174 del Código del Trabajo, de 1994.

Si bien es cierto que la jurisprudencia administrativa de los Dictámenes N°s 6.208 y 7.649 de 1980, expresa que el cumplimiento del plazo de designación como interino

corresponde a la causal de terminación del contrato por vencimiento de plazo, situación en la que puede ponerse término a los servicios de una trabajadora amparada por las normas de protección a la maternidad, no es menos cierto que el empleador no puede decretar el cese del contrato de trabajo de la mujer que goza de fuero maternal, por esta causal, sino previa autorización del juzgado.

Tal es la extensión de las tres normas sobre fuero maternal que la Corte de Apelaciones de Temuco estableció por sentencia de 18 de diciembre de 1981, en la causa Rol N° 428-84, señalando que es ilegal el decreto alcaldicio que declara vacante el cargo de una trabajadora municipal amparada por el fuero maternal, aun cuando tal vacancia tenga como fundamento un sumario administrativo que terminó solicitando la renuncia voluntaria de la trabajadora por las diversas infracciones administrativas. Ello por cuanto las normas protectoras de la maternidad tienen carácter absoluto y preferente sobre las disposiciones que facultan a la autoridad para aplicar medidas disciplinarias.

A nuestro entender, no obsta el carácter categórico del artículo 194 del Código del Trabajo, que hace extensiva la norma del artículo 201 sobre fuero maternal al sector público, bastaría haber recurrido al artículo 1° del Código del Trabajo para dejar claramente establecida la aplicabilidad de las normas sobre protección de la maternidad a dicho sector y por tanto, del fuero maternal. En efecto, dicha disposición establece que: "Las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias. Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional, del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aporte o participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no reguladas en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos".

Al no contener el Estatuto Administrativo una regulación especial en relación al punto señalado y al no ser contraria la normativa del Código al referido cuerpo legal, las disposiciones sobre fuero maternal son completamente aplicables a las trabajadoras del sector público.

En cuanto a la ignorancia del estado del embarazo se ha resuelto que la trabajadora embarazada que, ignorando su estado firma un finiquito renunciando al fuero laboral, se ve amparada por el derecho a ser reincorporada a su trabajo, contenido en el inciso segundo del artículo 201 del Código del Trabajo. En este sentido se pronuncia el Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 3.819 del 13 de octubre de 1981.

Sin perjuicio de lo anterior la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 8 de noviembre de 1982, en la causa "Acevedo con Hotelera Galerías Nacionales Ltda.", estableció que: "Pugna con la buena fe con que deben ejecutarse los contratos, el que la trabajadora invoque en su demanda el fuero maternal, en circunstancias que nunca informó a su empleador acerca del hecho de encontrarse en estado de gravidez, ni tampoco cuando suscribió el finiquito al término de sus servicios; no pareciendo verosímil que la demandante ignore tal estado dada la experiencia que en esta materia debe suponerse de una madre con dos hijos. Aun cuando el artículo 186 del Código del Trabajo, contempla el caso de ignorancia del embarazo y permite reclamar los derechos pertinentes, ello no significa que a pretexto de esa ignorancia, injustificada en la especie, la trabajadora pretenda aprovecharse de su propio dolo haciendo valer un nuevo derecho, cuando ya ha obtenido el pago de todo lo que estimaba que se le adeudaba y ya firmado un finiquito amplio y total con las

formalidades legales, sin reserva alguna." Obviamente que determinar la ignorancia o el conocimiento del estado de embarazo es una cuestión de hecho difícil de acreditar, ya que en el mismo caso planteado no puede decirse que la madre trabajadora está de mala fe si la concepción se ha producido recientemente ya que lo más seguro es que en dicho caso se ignore el embarazo.

# CAPÍTULO III

# NATURALEZA JURÍDICA DEL PERMISO PATERNAL

# SUSPENSIÓN O INTERRUPCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

## 1.- CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA FIGURA.

La suspensión del contrato de trabajo, suponiendo una vicisitud en la vida del mismo, se puede asemejar más o menos parcial y más o menos directamente, a otras figuras jurídicas insertas o insertables, en la vida del contrato de trabajo. Sin embargo, la semejanza, cuando existe, no permite en modo alguno su asimilación con ninguna otra. Intentaremos ofrecer una caracterización diferenciadora de la figura suspensiva, respecto de los supuestos próximos a la misma, y ello con base a una serie reducida de datos fundamentales, de los cuales habrán de derivarse lógicamente otra serie más numerosa que nos han de servir para, en un segundo paso, ofrecer un esquema más detenido de los típicos caracteres de la suspensión y que al fin y al cabo son los que nos van a permitir la identificación y el aislamiento de la figura que nos ocupa.

Son cuatro los supuestos que pueden llevar a un intento de asimilación de la figura suspensiva; cuatro "vicisitudes" insertadas o insertables en el aspecto dinámico de la vida del contrato: 1) La interrupción en la prestación de los servicios; 2) La situación de excedencia del trabajador; 3) La novación del contrato de trabajo; 4) La extinción del mismo.

### 1.1. Caracteres diferenciadores respecto de la interrupción.

---

La principal dificultad que existe para separar la suspensión y la interrupción del contrato es, a nuestro modo de ver, una cuestión esencialmente terminológica; no hay acuerdo unánime para los que se han ocupado del tema, en lo que haya de entenderse por interrupción y lo que sea suspensión. Todo reside, parece ser, en que las dos figuras jurídicas a que nos referimos parten de un hecho: la no prestación del trabajo a que normalmente está obligado el trabajador; por que evidente es que todo el mecanismo jurídico está desencadenado en función de ese presupuesto de los subsiguientes efectos jurídicos. Por ello, la doctrina ha hablado de interrupción de la prestación junto a la suspensión de las prestaciones, refiriéndose a ese supuesto a que aludimos; y ha fundido la interrupción de las prestaciones con la interrupción de la relación contractual.

La indiferenciación de ambas figuras ha nacido y se ha desarrollado por virtud de la no distinción expresa entre los supuestos de hecho (interrupción de la prestación de los servicios) y sus consecuencias jurídicas (interrupción y suspensión); ello quizás sea debido a la inclusión de ambos problemas dentro del estudio del salario como prestación fundamental del contrato; consecuencia de todo es la opinión de algún autor negándose a reconocer la efectiva diferenciación de los supuestos interruptivos y los suspensivos, basado en su inoperancia y la confusión terminológica que comporta<sup>13</sup>.

Por su parte, los sistemas jurídico-positivos no han diferenciado exactamente estas figuras, salvo en algunos casos, como el brasileño y el español; ello quizás sea debido

---

<sup>13</sup> GALLAND, Bruno, "Derecho del Trabajo", París, 1958, pág. 603.

a que desde luego los límites, siendo desde nuestro punto de vista evidentes, no son en modo alguno definitivos, y su fijación no responde estrictamente a construcciones jurídicas reflexivas, sino a criterios de oportunidad político-social; porque en definitiva, la diferenciación de ambos supuestos ha de hacerse en atención a los efectos jurídicos que la norma les adjunta, siendo sólo ello lo que nos va a servir para el aislamiento que intentamos. La motivación de la que nacen tanto una como otra es la misma, si bien con distinto modo de manifestarse, y, en definitiva, la mecánica de ambas es la misma (traslación de un riesgo no propio al empresario), si bien que la intensidad de una sea mayor que en la otra. Por ello creemos que habría que distinguir entre la diferenciación de los dos casos, en la mente del legislador y la diferenciación jurídica estricta, basada en los datos positivos. Aquélla no debe interesarnos; sin embargo, observemos cómo el legislador se enfrenta con diversos supuestos en los que el trabajador se ve imposibilitado en sentido amplio de prestar su trabajo; ante ellos hay un movimiento inicial de exclusión; esos supuestos, que encierran todos una idea de temporalidad, no pueden extinguir el contrato; pero, además, se concreta la idea de temporalidad: las causas que produzcan una interrupción breve no van a afectar apenas nada a la vida del contrato; ello quiere decir que el trabajador va a seguir percibiendo su salario, en base a una ficción consistente en estimar que ese salario que se percibe tiene el mismo carácter que el percibido por los días festivos o vacacionales. Otros supuestos de interrupción del trabajo son en sí temporales, pero su idea implica una más larga duración en el tiempo; entonces la remuneración se suspende en principio, lo cual no quiere decir que el trabajador no haya de percibir prestaciones económicas; aparece la rígida conmutatividad entre trabajo y salario y encontramos el supuesto de la suspensión configurado por el legislador de un modo diferente al interruptivo. Sin embargo, esta idea de temporalidad es válida sólo como principio, pues después la regulación positiva puede desviarse de ella, aunque no sea muy frecuente el caso. Por otra parte, la consideración de las peculiaridades genéricas de esas causas que producen suspensión y aquellas simplemente interruptivas, no nos sirven de guía para nuestro intento; y en rigor tampoco ha servido de guía al legislador, precisamente por ese carácter de oportunidad que ha conducido a la actividad legislativa. Debe considerarse en principio que la primacía en la existencia la tienen los supuestos suspensivos, adaptados en su configuración a las directrices de esquemas puramente jurídicos y consecuentes con los principios de la conmutatividad de las prestaciones del contrato. Las causas hoy "interruptivas" deben ser consideradas como derogaciones de la regla general suspensiva; derogaciones que no responden sino a esos criterios de oportunidad ya aludidos. No es, pues, la naturaleza de un grupo de causas la que ha provocado el distinto tratamiento jurídico.

Todo ello hace que la diferenciación jurídica estricta de los supuestos interruptivos y los suspensivos haya de basarse simplemente en los efectos adjuntados por la norma a cada una de las causas previstas. Cuando la no prestación del trabajo (supuesto de hecho) no vea interrumpida la prestación salarial estaremos ante un caso de "interrupción"; cuando, por el contrario, la primera produzca una similar interrupción en la prestación salarial, estaremos ante un caso de suspensión del contrato de trabajo<sup>14</sup>.

Otro criterio orientador, complementario del expuesto, será, a la vista de nuestro Derecho positivo, el referido a la interpretación de la norma, la cual exige respecto de la interrupción una interpretación restrictiva y, en cambio, admite la extensiva respecto de la suspensión; claro que este criterio no habrá de servir, no tanto para una diferenciación conceptual, como para el encuadre posterior de los supuestos de hecho dentro de una u otra; de este modo, todos los casos de interrupción de las prestaciones de trabajo para los

---

<sup>14</sup> VIDA SORIA, José, "La suspensión del contrato de trabajo", Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965, pág. 44.

que la Ley, reglamentaciones, etc., no dispongan expresamente la percepción del salario, serán causa simplemente de suspensión si además, claro está, poseen los requisitos necesarios de la misma.

De este modo se puede diferenciar la suspensión del contrato de; las interrupciones periódicas del trabajo (pausas en la jornada diaria, pausas semanales y debidas a festividades, descansos anuales retribuidos), de las interrupciones "no periódicas" de esa misma prestación (permisos con sueldo o retribuidos).

### **1.2. Caracteres diferenciadores respecto de la excedencia.**

---

La configuración jurídico-laboral de la excedencia del trabajador está aun sin realizar detenidamente. Sin embargo, la observación de las disposiciones de las reglamentaciones y las referencias doctrinales que sobre ella se han hecho nos permiten tener una visión general de la misma. Hay que admitir por evidente la afirmación de que la excedencia es una envoltura formal de algo que incide sobre la mecánica del contrato de trabajo. Qué sea lo que está envuelto por medio de esa formalidad que es la excedencia, es algo que en principio aparece como problemático.

No es válida, por supuesto, la consideración de la excedencia laboral como causa de suspensión del contrato, al nivel, pues, de la enfermedad, el servicio militar, etc.; ello porque vemos con una simple observación cómo esa figura engloba dentro de sí "causas" de ella misma; no es, pues, que la excedencia produzca una suspensión del contrato, sino que determinados supuestos de hecho producen la excedencia del trabajador (enfermedad, etc.).

Más problemático es, sin duda, saber si la excedencia supone simplemente una envoltura formal adjunta a determinados supuestos de suspensión o si en realidad la excedencia indica que hay otra figura jurídica autónoma, parecida a la interrupción y a la suspensión, pero diferenciable de ellas.

Cuando el Derecho positivo regula la excedencia, no lo hace en modo alguno provisto de un criterio propio, que venga a sistematizar categorías de supuestos de hecho determinados. Procede aquí distinguir otra vez el punto tomado en cuenta por el legislador y la configuración jurídica estricta de la figura creada por el mismo. Las causas previstas por aquél para crear la excedencia son, en general, caracterizadas por una amplia duración de su operatividad en el tiempo o incluso por una indeterminación inicial de esa temporalidad necesaria para apoyar en ella la disposición imperativa que viene a impedir la extinción del contrato. Es pues, según parece, el tiempo lo que ha venido a condicionar la acción del legislador. Y la acción se ha plasmado en unas normas que están muy lejos de ser unívocas en sus efectos, tal y como lo eran en principio aquellas otras que venían a configurar la interrupción.

La situación legal, pues, es la siguiente: se establecen dos tipos fundamentales de excedencia: la forzosa y la voluntaria, ambas en principio tienen efectos semejantes. Dentro de la forzosa se configuran a nuestro modo de ver dos subtipos: aquellos en los que la excedencia da lugar a la denominada reserva de plaza y al cómputo de la antigüedad en el servicio y aquellos otros que no producen esos efectos. Respecto de los casos que dan lugar a reserva de plaza, etc., evidente es que su naturaleza es la de una suspensión del contrato y, por consiguiente es admisible y necesario decir que respecto de ellos la excedencia es ni más ni menos que una envoltura formal; distinto será preguntarse por la eficacia o utilidad de la misma; porque los casos así previstos en las reglamentaciones

especiales (fundamentalmente en materia de cargos públicos, como más adelante lo veremos) no ven modificada su situación jurídica por la adjunción a la misma del calificativo de excedencia; son, y siguen siendo, casos de suspensión del contrato de trabajo; hay, pues, envoltura formal, pero ello no sirve, a efectos jurídicos, para nada, lo cual hace inútil y como inexistente aquella formalidad.

Los supuestos de excedencia forzosa que, aparte de suspender las prestaciones recíprocas fundamentales, salario y trabajo, producen una solución de continuidad en el conjunto de la antigüedad en el servicio y que no conceden al trabajador el derecho de reincorporación automática a su puesto de trabajo cuando la imposibilidad ha cesado, evidentemente que no son iguales a los supuestos suspensivos. Respecto de aquéllos, pues, se podrá decir que hay una envoltura formal, que es la excedencia, pero nunca que esa envoltura lo sea de un caso de suspensión del contrato de trabajo, y lo mismo se le puede decir de los casos previstos en las Reglamentaciones de trabajo como de excedencia voluntaria; no son ellos envoltura de supuestos de suspensiones voluntarias, pues sus efectos difieren esencialmente.

Es regla general que la excedencia, aparte de cubrir ya un considerable espacio de tiempo (superior a los suspensivos por regla general), no da derecho al trabajador que la disfruta a la reincorporación automática del mismo una vez cesada la causa que la produjo, sino que sólo se concede un derecho preferente al reingreso a la empresa cuando se produzca una vacante de las de la categoría profesional del excedente; todo lo más y en raras ocasiones se establece la posibilidad de que el trabajador entre a trabajar en un puesto de categoría inferior, si del mismo modo hubiera vacante. Mientras tanto, la relación trabajador-empresario desaparece por completo, salvo esa relativa manifestación que queda dicha. Se suspende, por supuesto, la remuneración y, claro está, que la prestación de servicios; no se compita el tiempo de excedencia a efectos de antigüedad en el servicio; el trabajador no está vinculado respecto del empresario, ni éste respecto de aquél por ninguna clase de lazos jurídicos; incluso se puede decir, aunque ello no nos sirva de apoyo para nuestro razonamiento, que en la práctica no se tiene derecho a prestaciones de Seguridad Social.

A todo ello hay que añadir que en muchos casos se exige, para que el trabajador pueda pasar a la situación de excedencia, el tener una serie de condicionamientos, el más importante de los cuales es estar en posesión, llegado el momento de la excedencia, de una determinada antigüedad en la empresa. Ello autoriza a preguntarnos sobre la posición del trabajador que, ante un típico supuesto de excedencia, no posee esos condicionamientos: sencillamente, la situación ha de variar poco respecto de la anterior: no se dará lugar a la adquisición del derecho preferente de reingreso, etc.

La situación respecto de los casos en que el trabajador tenga en posesión actual los requisitos necesarios para la aparición de la excedencia no varía sino en la concesión de esa hipotética preferencia. Por eso ocurre un fenómeno significativo: cuando el plazo concedido al trabajador para ejercitar su derecho de preferencia se agota, lo que se extingue no es el contrato en situación "excedente", sino ese mismo derecho; no hay a la llegada del término límite necesidad de declarar extinguido el contrato por no haberse solicitado el reingreso; lo único que existe es el decaimiento automático de aquel derecho del excedente; no se necesita declaración expresa; el decaimiento, en realidad, no viene a modificar nada y sólo se hará valer por el empresario cuando el trabajador, pasados los plazos máximos, intente ejercitar ese derecho que ya no posee.

Y es que la excedencia está envolviendo y dando forma a una extinción del contrato de trabajo por causas no imputables a ninguna de las partes. La relación contractual ya no

existe y se adjunta en sustitución de la misma un derecho peculiar a favor del trabajador que ha de consistir en que cuando haya una plaza vacante de su categoría profesional en la empresa, pueda aquél obtenerla por encima de otros aspirantes a la misma.

### **1.3. Caracteres diferenciadores respecto de la novación.**

---

La diferenciación de estas dos figuras nos parece bastante más fácil de precisar que los dos anteriores supuestos.

Se ha sostenido, fundamentalmente en el derecho laboral español, que los casos de suspensión previstos por la Ley son de un contenido típicamente novatorio; se dice que "se ha de tener por implícita en todo contrato de trabajo la cláusula de que ante estos acontecimientos (suspensivos) de caso fortuito o fuerza mayor, cesa el contrato en muchos de sus derechos y obligaciones, siguiendo tan sólo la vigencia de algunos derechos especiales, como los de antigüedad en la empresa". "Conceptuando el contrato de trabajo como una unidad indivisible esta supervivencia de alguno de sus derechos u obligaciones nos hace pensar en que se trata de una novación especial del contrato de trabajo en forma similar a como en lo civil actúa la revisión o resolución del contrato por alteración de las circunstancias básicas; el contrato, más que suspenderse, se nova o cambia por otro en el que consta como derecho central y básico la readmisión automática"<sup>15</sup>.

La tesis de la novación así planteada permanece, en el mejor de los casos, difusa y, según un correcto modo de pensar, equivocada. No nos hemos de plantear aquí la problemática general de la novación en el contrato de trabajo, por otra parte un tanto descuidada por la doctrina. Sin embargo, hay que hacer notar cómo no hay lugar a plantearse problemas respecto de la novación subjetiva, pues evidente es que damos por supuesta la invariabilidad en los sujetos vinculados por el contrato. La novación objetiva, por su parte, puede serlo en sentido extintivo o en el sentido simplemente modificativo; la extintiva, el término lo está indicando, contiene, en definitiva, la extinción de un vínculo y la aparición de uno nuevo más o menos conectado con el anterior; es claro que el planteamiento suspensivo excluye de sí esa posibilidad. Queda, por tanto, la que supone una simple modificación del contenido del contrato y, caso de admitirla, lo habría de ser estimando un supuesto de novación especial del contrato, que supondría la sustitución de las obligaciones del primero por otro con su centro situado en el derecho del trabajador a la readmisión automática.

Ya desde ahora podemos indicar que no se puede dar por presupuesto un derecho de readmisión cuando tal readmisión no existe dentro de la figura suspensiva; en efecto, la denominada reserva de plaza, y, más exactamente dicho, la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo es algo que se produce automáticamente como consecuencia de la esencial continuidad del contrato suspendido; no hay readmisión, término que indica una acción en sentido positivo por parte del acreedor de trabajo, el cual en todo caso se tiene que limitar a un no hacer nada en contra de la reincorporación del trabajador; y los requisitos de esta reincorporación son simples medidas garantizadoras de los intereses de las partes, pero nunca constitutivas por sí de una nueva situación.

### **1.4. Caracteres diferenciadores respecto de la extinción del contrato.**

---

<sup>15</sup> PÉREZ LEÑERO, Jorge, "Instituciones de Derecho español del trabajo", Madrid, Editorial Reus, 1949, pág. 201.

Más evidente que ninguna de las conclusiones anteriores es esta proposición que ahora intentamos resolver. Su misma evidencia releva en cierto modo de la detención excesiva en su estudio. No obstante que las formulaciones legales no son claras al respecto en nuestro sistema positivo, que no contempla una norma como la del artículo 79 de la ley del Contrato de Trabajo en España que señala "no podrá darse por terminado el contrato de trabajo por virtud de los supuestos suspensivos", se puede decir que la suspensión del contrato de trabajo excluye la extinción del mismo y su última justificación se encuentra en esa misma función excluyente.

Esencialmente se ha observado cómo la extinción afecta a la existencia del contrato, y la suspensión, a la ejecución actualizada de sus prestaciones constitutivas. La suspensión implica dos fenómenos que la diferencian de la extinción: el primero radica en la continuidad del contenido del contrato suspendido; algunos efectos, los fundamentales, continúan, pero no se ejecutan; otros, siguen en vigor y produciendo sus normales consecuencias jurídicas; el segundo es derivación del anterior; pasado un plazo determinado previamente, el contrato suspendido recobra su virtualidad jurídica y empieza a vivir otra vez normalmente; el contrato extinguido impone una interrupción definitiva de todas las prestaciones que venían a formar el contenido de aquél; cuando alguna relación vinculadora de las partes subsiste después de la extinción, deriva su existencia de aquél y pasado un determinado tiempo se extingue de modo irremediable (por ejemplo, el deber de secreto profesional); la subsistencia de relaciones contractuales durante la suspensión deriva su razón de ser del contrato, que subsiste, y su subsistencia está en función de la de del contrato, permaneciendo sin términos prefijados de desaparición, si no son los del contrato mismo del que forman contenido. Un dato clarísimo en favor de la existencia de efectos que permanecen en vigor durante la suspensión es la posibilidad de fundar una acción de despido en base del incumplimiento de aquéllos, contrariamente a lo que sucede con los que se encuentran extinguidos.

## 2.- CAUSAS DE SUSPENSIÓN EN EL DERECHO CHILENO.

En primer lugar debemos señalar que en nuestro país el estudio de la suspensión de la relación laboral se topa con dos graves problemas de índole jurídico. El primero dice relación con la circunstancia de que nuestra ley laboral no cuenta con un título específico que trate de esta materia, ni con reglas claras en tal sentido como sí lo hace, por ejemplo, la Ley del Contrato de Trabajo española según lo veremos más adelante. Pero enseguida el defecto, o la omisión, se traslada también al campo de la doctrina, por cuanto si se analizan detenidamente los principales tratados y manuales de Derecho del Trabajo de los autores nacionales (Macchiavello, Humeres, Thayer, etc.), nos daremos cuenta que tampoco tratan la materia de una manera armónica, que nos permita a nosotros, los ingentes estudiosos del tema, encontrar una guía en tales fuentes.

Pero no obstante lo anterior, trataremos de efectuar una clasificación de las causales de suspensión de la relación laboral tanto de las aplicables a nuestra legislación, como de aquellas que no lo son.

El distinguido jurista español Pérez Botija<sup>16</sup>, efectúa una clasificación de acuerdo al siguiente esquema:

- a) Causas biológicas de suspensión: enfermedad y maternidad.
- b) Causas físico-económicas: accidentes, incendios de locales, destrucción de materias primas, crisis, etc.
- c) Causas político-administrativas: servicio militar.
- d) Causas político-sociales: huelgas y lock-out.
- e) Causas jurídico-penales: suspensión disciplinaria del trabajador, cierre de la empresa por orden de Autoridad.

Como es lógico suponerlo, nosotros realizaremos una breve visión de la maternidad como causal de suspensión de la relación de trabajo, en atención a los objetivos de nuestro tema.

### **2.1. La Maternidad de la mujer trabajadora como supuesto suspensivo.**

---

El embarazo de la mujer trabajadora con los períodos pre y post natales que normalmente le son inherentes, aparece como causal justificada de una suspensión del contrato de trabajo.

Lo anterior no puede ser menos de ser así, puesto que la maternidad es algo natural y necesario, merecedor de una alta protección jurídica, constituyendo una importante manifestación de esta protección el hecho de la no extinción del contrato, sino su simple suspensión por dichos motivos.

Desde que existe la legislación laboral el legislador se ha preocupado de proteger a los trabajadores más débiles en razón de su edad, de su sexo o de ciertas circunstancias que disminuyen por razones orgánicas su capacidad de trabajo, como son la enfermedad o el estado de gravidez.

Estas normas han excedido el campo del Derecho del Trabajo privado y han pasado a ser de carácter general, aplicándose por igual a todos los trabajadores, sean del sector público, fiscal, semifiscal, empresas autónomas y del sector privado<sup>17</sup>.

Siguiendo esta línea, el artículo 194 del Código del Trabajo dispone que la protección a la maternidad se regirá por las normas que pasan a indicarse, y que quedan sujetos a ellas los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o pertenecientes a una corporación de Derecho Público o Privado.

En su inciso 2º agrega que también quedan comprendidas las sucursales o dependencias de los establecimientos, empresas o servicios indicados.

<sup>16</sup> PÉREZ BOTIJA. "Curso de Derecho del Trabajo", México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1964, pág. 271.

<sup>17</sup> Este beneficio de la protección a la maternidad y el de asignación familiar son los únicos en nuestra legislación que son de carácter general, sea que los beneficios pertenezcan al sector público o privado. Como excepción puede anotarse que la trabajadora de casa particular no goza del beneficio del fuero de las demás trabajadoras.

Adiciona el inciso 3º, recalcando la universalidad de estos principios, que estas disposiciones beneficiarán a todas las trabajadoras que dependen de cualquier empleador, comprendidas aquellas que trabajen en su propio domicilio y, en general, a todas las mujeres que estén acogidas a algún sistema previsional.

Los artículos 195 a 202 del Código del Trabajo, contemplan esta materia, la que trata otorgándole a la mujer diversos derechos que pueden esquematizarse de la siguiente manera:

a) Las trabajadoras tienen derecho a un descanso de maternidad de 6 semanas antes del parto y 12 después de él, derecho que es irrenunciable.

Si la madre muriera en el parto o durante el período del permiso posterior a éste, dicho permiso o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo corresponderá al padre, pero éste no gozará del fuero establecido en el artículo 201 del Código (es decir, de la inamovilidad laboral); sí gozará de subsidio (en virtud de lo dispuesto en el artículo único N° 3º de la Ley N° 19.272 que modificó la Ley N° 19.250).

b) El empleador debe conservarles su puesto durante esos períodos.

c) Si durante el embarazo se produjere enfermedad como consecuencia de éste, comprobada con certificado médico, la trabajadora tiene derecho a un descanso prenatal suplementario, cuya duración será fijada, en su caso, por los servicios que tengan a su cargo las atenciones médicas preventivas o curativas.

d) Si el parto se produce después de las 6 semanas siguientes a la fecha en que la mujer hubiere comenzado el descanso de maternidad, el descanso prenatal se entenderá prorrogado hasta el alumbramiento y desde la fecha de éste se contará el descanso puerperal, lo que deberá ser comprobado, antes de expirar el plazo, con el correspondiente certificado médico o de matrona.

e) Si como consecuencia del alumbramiento se produjere enfermedad comprobada con certificado médico, que le impidiere regresar al trabajo por un plazo superior al descanso post-natal, el descanso puerperal será prolongado por el tiempo que fije el servicio encargado de la atención médica preventiva o curativa.

f) Los certificados médicos o de matronas serán expedidos gratuitamente cuando éstos perciban remuneraciones del Estado.

g) Para hacer uso del descanso maternal basta con presentar el certificado de médico o matrona que acredite que el estado de embarazo ha llegado al período requerido.

h) La mujer que se encuentre en los períodos de descanso, o supletorios o ampliados, recibirá un subsidio equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba, del cual sólo se deducirán las impositivas de previsión y descuentos legales que correspondan.

i) Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, la trabajadora goza del fuero señalado en el artículo 174 del Código, o sea, no se le puede poner término a su contrato sin autorización previa del juez del trabajo, lo que éste puede conceder por las causales de los N°s 4 y 5 del artículo 159 y las del artículo 160 del Código. Estas causales pueden resumirse de la siguiente manera:

- Vencimiento del plazo convenido para el contrato.
- Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato.

- Falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave debidamente comprobada.

- Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.

- Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos.

- El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.

- Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

Por nuestra parte creemos que las causales N°s 3 y 4 del artículo 160 no son aplicables pues se refieren a no concurrencia del trabajador a las labores y abandono del trabajo, causales que no reciben aplicación por cuanto estamos en un caso de ausencia legítima del trabajo por parte de la mujer.

j) Si por ignorancia del estado de embarazo se hubiere puesto término al contrato en contravención a lo dispuesto en el artículo 174, recién analizado, la medida quedará sin efecto y la trabajadora volverá a su trabajo, para lo cual bastará la sola presentación del correspondiente certificado médico o de matrona, sin perjuicio de su derecho a la remuneración por el tiempo en que indebidamente haya permanecido fuera del trabajo (art. 201).

La afectada deberá reclamar dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde el despido.

k) Durante el período de embarazo, la trabajadora que esté ocupada habitualmente en trabajos considerados por la autoridad como perjudiciales para su salud, deberá ser trasladada, sin reducción de sus remuneraciones, a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado; para estos efectos, se consideran perjudiciales los siguientes trabajos: 1) que obliguen a levantar, arrastrar o empujar grandes pesos; 2) que exijan un esfuerzo físico, incluido el hecho de permanecer de pie largo tiempo; 3) trabajo nocturno; 4) horas extraordinarias, y 5) aquellos que la autoridad competente declare inconvenientes para el estado de gravidez<sup>18</sup>.

### 3. - Derecho Comparado.

Respecto a este supuesto suspensivo de la relación jurídico laboral, debemos hacer presente que en el Derecho Comparado existen legislaciones que lo consignan expresamente.

Así, el Código del Trabajo de la República del Paraguay, en su artículo 73 letra m) expresa:

"Son causas de suspensión de los contratos de trabajo:

m) el descanso prenatal y postnatal."

---

<sup>18</sup> HUMERES MAGNAN, Héctor y HUMERES NOGUER, Héctor, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, págs. 212 y sgtes.

Por su parte el Código del Trabajo de Guatemala (Decreto N° 1441 de 1961) establece en su artículo 60 letra b):

"Son causas de suspensión individual total de los contratos de trabajo:

b) los casos previstos en el artículo 66 inciso b, una vez transcurridos los términos en los que el patrón está obligado a pagar medio salario."

Cabe señalar que el artículo 66 letra b) anteriormente citado, señala: "son causas de suspensión individual parcial de los contratos de trabajo:

b) las enfermedades, los riesgos profesionales acaecidos, los descansos pre y post natal."

# CAPÍTULO IV

# BENEFICIOS DEL HOMBRE TRABAJADOR ANTES DE LA LEY N° 20.047

## 1.- LA LEGISLACIÓN CHILENA.

La legislación chilena recién en el año 1993 reconoció el derecho de paternidad, el cual permite que el padre se haga cargo del menor, pero sólo en caso que la mamá muera.

Esta modificación al Código del Trabajo se hizo en base a la Ley N° 19.250, la que es conocida como la Primera Reforma Laboral.

Pero éste no es el único precedente de la Ley de post-natal masculino en Chile, pues el Código del Trabajo contiene otras normativas que le otorgan algunos derechos al padre, pero siempre en ausencia de la madre.

Una de estas normas antecesoras es la que permite traspasar al papá el derecho a fuero maternal en el evento que la madre muera. Se trata de una protección frente a la posibilidad de ser despedido, de suerte que para el hombre representa una posibilidad que antes sólo tenía la mujer.

La tendencia a ampliar algunos derechos exclusivos de la madre al padre, obedece a que, no obstante que la finalidad es amparar la maternidad, el bien jurídico protegido es el niño.

También es posible que el padre utilice una licencia médica en caso de enfermedad del hijo menor de un año. Sin embargo este beneficio es, en principio para la madre, por lo que en el caso de que ambos sean trabajadores, cualquiera de ellos puede gozar de este permiso con goce de sueldo, pero con elección de ella.

Si bien la Ley N° 20.047 tiene precedentes, pues al padre ya se le venían reconociendo algunos derechos en las normas sobre protección a la maternidad, igual marca una gran diferencia con lo que ya existía. Ahora se establece un permiso que no es alternativo, porque además de que la madre conserva su derecho a post-natal, paralelamente el padre goza también de este beneficio.

La ley de post-natal masculino es una clara muestra de que se está avanzando en la materia, aunque no es el inicio, pues el padre ya tenía derechos como tal.

En tal sentido el Código del Trabajo, antes de dictarse esta ley, contemplaba en su artículo 66 un día de permiso para el padre trabajador en caso de nacimiento del hijo, el cual podía ser utilizado dentro de los tres días siguientes al parto. Ahora se suman cuatro días, dándole un total de cinco.

El artículo 66, eso sí, no se refiere a los padres adoptivos, pero en general se les otorga este día de permiso pues todos los beneficios que se aplican a los padres biológicos deben hacerse extensivo a ellos.

Si bien no hay una norma expresa que lo establezca, se puede concluir que los padres adoptivos tendrían en principio y en conformidad a la ley de post-natal masculino el derecho a cuatro días, pero por aplicación de otras normas, por lo que se podría interpretar que el permiso que establece el artículo 66 es también aplicable a ellos. La decisión, en todo caso, es del empleador pues no está obligado a otorgarlo.

## **2.- ALGUNAS NOTAS DE DERECHO COMPARADO.**

Desde el punto de vista del Derecho Comparado la ley N° 20.047 es un gran avance, pues todas las leyes que protegen la maternidad en el ámbito laboral son propias de países con mayor desarrollo.

Las legislaciones europeas tienden a otorgar los mismos beneficios al padre y a la madre, con alternancia en el uso, situación similar a la que se da en Chile en caso de enfermedad de un hijo menor de un año. Además en Europa se da mucho más el uso de jornadas parciales y, en consecuencia, los progenitores pueden ocupar el tiempo que éstas les permiten para el cuidado de los hijos.

Las normativas comparadas han tendido a equiparar los roles de los padres trabajadores. En el Reino Unido y en Alemania ya no existen tratos diversos en el mercado laboral y puede ser el hombre y la mujer indistintamente quienes se preocupen de la crianza de los hijos. Esto demuestra que el progenitor no está para reemplazar a la madre sino para asumir el rol que le corresponde, pues sólo de esta manera se crea un vínculo de igualdad entre hombres y mujeres.

Sin embargo el panorama en Chile es muy distinto. El legislador da tratos diferentes al padre y a la madre que trabajan, situación que era entendible en el pasado pero no en la actualidad, ya que ocasiona discriminaciones en el mercado laboral, Esto es fruto de una cultura como la muestra en que la crianza de los hijos se encomienda mayormente a la mujer.

En países desarrollados como Francia, España y Dinamarca se otorgan entre doce y quince días de promedio de permiso a los padres trabajadores. El caso de Suecia es destacable, pues los seis meses de post-natal pueden ser utilizados indistintamente por el padre o la madre.

Comparativamente, en Latinoamérica sólo Uruguay goza de este beneficio, de quince días, pero sólo para funcionarios de la administración pública.

# CAPÍTULO V

# ESTUDIO DE LA LEY N° 20.047 SOBRE PERMISO PATERNAL

## 1.- HISTORIA DE LA LEY.

El proyecto de ley que en definitiva creó en nuestro país el sistema o derecho de permiso post natal para el padre, ingresó a la Cámara de Diputados el 31 de julio del año 2003 y fue aprobado como ley luego de dos años de discusión.

La moción de los diputados Marcela Cubillos, Ramón Barros, Julio Dittborn, Camilo Escalona, Marcelo Forni, Pablo Longueira, Iván Norambuena, Felipe Salaberry, Boris Tapia y Gonzalo Uriarte fue aprobada el 15 de septiembre del 2004 por la Cámara Baja y el 20 de julio del 2005 por el Senado para, finalmente, ser promulgada por el Presidente de la República el 24 de agosto del año 2005 y publicada en el Diario Oficial el 2 de septiembre del mismo año.

Desde entonces, la Ley N° 20.047 –modificación hecha del artículo 195 del Código del Trabajo- da un permiso de cuatro días pagados a todos los trabajadores, los que pueden ser utilizados a su elección: de corrido, o distribuidos dentro del primer mes de vida del menor. Este derecho es irrenunciable, y también se les otorga a los papás adoptivos a partir de la respectiva sentencia.

Estos días se agregan al que ya les otorgaba a los trabajadores el artículo 66 del Código del Trabajo por nacimiento o muerte de un hijo.

La nueva normativa fue apoyada por el Gobierno de la época, a tal punto que el ex Presidente Ricardo Lagos Escobar en su discurso de promulgación, hizo hincapié en su trascendencia, señalando:

“Me parece importante esta legislación que se ha entregado y lo quisimos celebrar aquí en el Palacio de La Moneda, como una señal del interés de un emprendimiento común de los distintos sectores parlamentarios, de los distintos colores políticos, que cuando hay un elemento superior, como es el deseo de avanzar en el tipo de país que queremos construir, todos somos llamados, todos tenemos algo que aportar, y por ello estoy muy contento que nos hayan acompañado en la promulgación de esta legislación.”

No obstante, no todos los sectores estuvieron de acuerdo con la iniciativa, pues aunque todos alabaron el fondo de la misma, muchos criticaron la forma.

A este último grupo pertenece el senador de Renovación Nacional Mario Ríos, quien votó en contra de la iniciativa por considerar que “beneficia a los irresponsables”, ya que al ser obligatoria, argumenta, otorga cinco días de permiso también a aquellos padres que no asumen su deber.

Y lo que, según él, es peor, va en perjuicio de aquellos papás cuyos ingresos son en base a comisiones, ya que “el hecho de obligarlos a no trabajar disminuye sus entradas”.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Senador Mario Ríos, Actas de Sesiones del Senado, Sesión N° 164, 18 de julio de 2005.

El senador citado opinó que en muchos hogares de Chile los padres no asumen su responsabilidad, por lo cual considera que es inapropiado que la ley establezca que el beneficio es irrenunciable. “No corresponde que un papá que está viviendo lejos tenga cinco días libres sólo por el hecho de que el menor nació. No es favorecer una responsabilidad sino beneficiar una irresponsabilidad.”

El senador Ríos señaló que cada vez que se legaliza en forma extrema una relación paternal, maternal o familiar, alejándose de las realidades laborales, se producen problemas y asegura que cuando se van sumando deberes irrenunciables, sin duda se complica la contratación de trabajadores.

Respecto de la cantidad de días que contempla este beneficio, el parlamentario sostuvo que se está produciendo un daño en aquellos casos donde el ingreso está sujeto a los porcentajes de venta de un producto: “Cuando un niño llega, obviamente hay que quererlo, pero también se debe entender que surgen nuevas obligaciones y hay más pañales que comprar y más bocas que alimentar. Entonces forzarlos a que se alejen cinco días es perjudicial.”

Durante la discusión del proyecto, igualmente, se escuchó la voz del Presidente nacional del Comercio Detallista, señor Rafael Cumsille, para quien, “serán los pequeños empresarios los que asuman el mayor costo de la iniciativa”, planteamiento que fue compartido por el gerente general de la Cámara de la Producción y del Comercio de Concepción, señor Leoncio Toro quien explicó que “si las Pymes de la región se mantuvieron al margen del debate público que provocó el proyecto de ley fue exclusivamente por la sensibilidad social del tema.”

Los que no estuvieron ausentes en la discusión fueron los trabajadores. El señor Ricardo Moya, presidente de la CUT de la Región del Maule, interpretó la expectativa creada y la aprobación de la normativa como un tema estratégico en tiempo de elecciones.

Tampoco estuvo ausente en la discusión parlamentaria la visión biológica y psicológica del tema. En este sentido se dejó oír la opinión de la matrona María Teresa Orellana, quien sólo manifestó palabras de elogios para la iniciativa señalando que “estos días permitirán a la familia estrechar vínculos”. Y apostó porque esta aproximación temprana disminuya – en el corto plazo- el nivel de maltrato infantil que existe, ya que “la participación del padre crea una continuidad en el cuidado y establece un real compromiso”.

La afirmación anterior fue avalada también por el psicólogo especialista en apego infantil, señor Felipe Lecannelier. A su juicio ya era hora que el varón se involucrara en el proceso del nacimiento y de los primeros días del hijo, pues, “si se lo propone y dispone de tiempo puede llegar a tener el mismo potencial e importancia de la madre”.

En medio de éstas y otras opiniones aparece la visión técnica de la Dirección del Trabajo, quien a través de su coordinadora jurídica, señora Laura Silva, afirmó categóricamente que el post-natal masculino es una ley que reconoce un derecho fundamental y que como tal no debe ser atacado, sino acatado.

Lo cierto es que el post-natal masculino hay que otorgarlo, pues aunque la normativa no incluya una sanción específica por incumplimiento, la Inspección del Trabajo aplica la norma general –artículo 477- es decir, de 1 a 60 Unidades Tributarias Mensuales, dependiendo del número de trabajadores de la empresa.

Una empresa que nace con partidarios incondicionales que ven en ella el comienzo de una mejor sociedad y como otros más cautos que la catalogan como el primer paso de un

recorrido pendiente. Pero que también ha surgido en medio de detractores que no creen en su factibilidad y de críticos que la tildan de incompleta.

## **2.- SITUACIÓN DEL HOMBRE TRABAJADOR ANTES DE LA LEY N° 20.047.**

La legislación chilena recién en el año 1993 reconoció el derecho de paternidad, el cual permite que el padre se haga cargo del menor, pero sólo en caso que la mamá muera.

Esta modificación al Código del Trabajo se hizo en base a la Ley N° 19.250, la que es conocida como la Primera Reforma Laboral.

Pero éste no es el único precedente de la Ley de post-natal masculino en Chile, pues el Código del Trabajo contiene otras normativas que le otorgan algunos derechos al padre, pero siempre en ausencia de la madre.

Una de estas normas antecesoras es la que permite traspasar al papá el derecho a fuero maternal en el evento que la madre muera. Se trata de una protección frente a la posibilidad de ser despedido, de suerte que para el hombre representa una posibilidad que antes sólo tenía la mujer.

La tendencia a ampliar algunos derechos exclusivos de la madre al padre, obedece a que, no obstante que la finalidad es amparar la maternidad, el bien jurídico protegido es el niño.

También es posible que el padre utilice una licencia médica en caso de enfermedad del hijo menor de un año. Sin embargo este beneficio es, en principio para la madre, por lo que en el caso de que ambos sean trabajadores, cualquiera de ellos puede gozar de este permiso con goce de sueldo, pero con elección de ella.

Si bien la Ley N° 20.047 tiene precedentes, pues al padre ya se le venían reconociendo algunos derechos en las normas sobre protección a la maternidad, igual marca una gran diferencia con lo que ya existía. Ahora se establece un permiso que no es alternativo, porque además de que la madre conserva su derecho a post-natal, paralelamente el padre goza también de este beneficio.

La ley de post-natal masculino es una clara muestra de que se está avanzando en la materia, aunque no es el inicio, pues el padre ya tenía derechos como tal.

En tal sentido el Código del Trabajo, antes de dictarse esta ley, contemplaba en su artículo 66 un día de permiso para el padre trabajador en caso de nacimiento del hijo, el cual podía ser utilizado dentro de los tres días siguientes al parto. Ahora se suman cuatro días, dándole un total de cinco.

El artículo 66, eso sí, no se refiere a los padres adoptivos, pero en general se les otorga este día de permiso pues todos los beneficios que se aplican a los padres biológicos deben hacerse extensivo a ellos.

Si bien no hay una norma expresa que lo establezca, se puede concluir que los padres adoptivos tendrían en principio y en conformidad a la ley de post-natal masculino el derecho a cuatro días, pero por aplicación de otras normas, por lo que se podría interpretar que el permiso que establece el artículo 66 es también aplicable a ellos. La decisión, en todo caso, es del empleador pues no está obligado a otorgarlo.

### **3.- ALGUNAS NOTAS DE DERECHO COMPARADO.**

Desde el punto de vista del Derecho Comparado la ley N° 20.047 es un gran avance, pues todas las leyes que protegen la maternidad en el ámbito laboral son propias de países con mayor desarrollo.

Las legislaciones europeas tienden a otorgar los mismos beneficios al padre y a la madre, con alternancia en el uso, situación similar a la que se da en Chile en caso de enfermedad de un hijo menor de un año. Además en Europa se da mucho más el uso de jornadas parciales y, en consecuencia, los progenitores pueden ocupar el tiempo que éstas les permiten para el cuidado de los hijos.

Las normativas comparadas han tendido a equiparar los roles de los padres trabajadores. En el Reino Unido y en Alemania ya no existen tratos diversos en el mercado laboral y puede ser el hombre y la mujer indistintamente quienes se preocupen de la crianza de los hijos. Esto demuestra que el progenitor no está para reemplazar a la madre sino para asumir el rol que le corresponde, pues sólo de esta manera se crea un vínculo de igualdad entre hombres y mujeres.

Sin embargo el panorama en Chile es muy distinto. El legislador da tratos diferentes al padre y a la madre que trabajan, situación que era entendible en el pasado pero no en la actualidad, ya que ocasiona discriminaciones en el mercado laboral, Esto es fruto de una cultura como la muestra en que la crianza de los hijos se encomienda mayormente a la mujer.

En países desarrollados como Francia, España y Dinamarca se otorgan entre doce y quince días de promedio de permiso a los padres trabajadores. El caso de Suecia es destacable, pues los seis meses de post-natal pueden ser utilizados indistintamente por el padre o la madre.

Comparativamente, en Latinoamérica sólo Uruguay goza de este beneficio, de quince días, pero sólo para funcionarios de la administración pública.

### **4.- DIFERENCIAS ENTRE EL POST-NATAL FEMENINO Y MASCULINO.**

El post-natal femenino en Chile tiene una duración de 12 semanas, es decir, 84 días. Con ellos la trabajadora puede estar los tres primeros meses de vida con su hijo. En tanto, el permiso otorgado al padre es de tan sólo 5 días, lo que es más bien un reconocimiento de paternidad.

La diferencia de tiempo se debe a que ambos permisos cumplen objetivos muy diversos. El beneficio de la madre no guarda ninguna relación con el que ha contemplado la nueva ley. Sin duda existen diferencias, pues el post-natal femenino tiene que ver además, con la necesidad de amamantar al menor, lo cual sólo pueden hacerlo ellas.

No hay comparación entre ambos permisos pues mientras el post-natal femenino es financiado por el sistema de seguridad social, el permiso paternal lo paga el empleador.

En conformidad con lo anterior conviene replantearse quién debe adjudicarse los costos laborales de la maternidad y paternidad: ¿sólo debe asumirlos el empleador o hay

una sociedad comprometida con el tema? Sería bueno buscar soluciones como los costos tripartitos: el Estado, la empresa y los mismos trabajadores.

## **5.- FINALIDAD DEL POST-NATAL MASCULINO.**

Actualmente el Derecho del Trabajo tiende a incorporar el respeto a la comunidad laboral y a los derechos fundamentales, lo cual se traduce en que los trabajadores son considerados como personas no como un objeto.

De esta forma se entiende la trascendencia que tiene el post-natal masculino, ya que desde el punto de vista de la psicología y de la medicina ya está probada la importancia de la cercanía de ambos padres con el recién nacido. En virtud de que un contrato implica subordinación y dependencia, el trabajador está obligado a destinar su jornada laboral a ciertas funciones, lo cual le impide estar con su hijo. Entonces es un avance el reconocimiento legal de este derecho fundamental.

No solamente el niño necesita del apego de sus progenitores los primeros meses de vida, sino también el padre trabajador requiere que se le reconozca su derecho como persona.

La masiva incorporación de la mujer al mundo del trabajo generó una serie de modificaciones legales en el ámbito laboral y como consecuencia surgió la necesidad de regular los derechos de los padres trabajadores.

La ley N° 20.047 refleja una apertura de los patrones culturales respecto de los roles que tradicionalmente le han sido asignados al hombre y a la mujer. En los inicios del Derecho del Trabajo era inimaginable pensar en concederles derechos relacionados con la maternidad a los varones, porque en esa época las mujeres estaban todavía dedicadas exclusivamente a las tareas del hogar.

La ley no hace más que regular la realidad, pues siempre reacciona cuando las condiciones ya existen y surge la necesidad de reglamentarlas. La nueva normativa obedece a lo que hoy se vive en nuestro país, donde los padres efectivamente asumen roles compartidos con sus mujeres, en el hogar y en cuidado de los hijos. Las modificaciones normativas no se producen sólo cuando la cultura es la apropiada, pues los procesos de cambio son dinámicos. Si hay una posición que ha sido legitimada y se considere necesario abrir nuevos y más espacios de igualdad entre los sexos, debe ser abordada dicha tarea.

Cuando se trata de derechos que son fundamentales o que están muy cerca de serlos, hay que avanzar y reconocerlos por encima de lo que opine la comunidad, pues ellos son inherentes a las personas y al legislador le corresponde materializar los cambios necesarios para que tenga real eficacia.

La ley de post-natal masculino es una modificación importante, pues reconoce los derechos del padre trabajador. A pesar de que el tiempo asignado es escaso, el sólo hecho de que signifique un beneficio para él y para que acompañe a la madre y al hijo es bueno.

Aunque la nueva normativa se ubique en el Título II del Libro II del Código del Trabajo, el cual se denomina "Protección a la Maternidad", la inspiración de la ley no ha sido pensada sólo como un apoyo a la madre. Si bien por una cuestión cultural este Título tiene ese nombre, lo que aquí se está protegiendo no es sólo eso, sino que los derechos del que está

por nacer y del recién nacido, y estos son independientes de si los titulares del beneficio son el papá o la mamá.

## **6.- CONTENIDO Y ALCANCE DEL LA LEY N° 20.047.**

A partir del 2 de septiembre del año 2005, fecha de publicación de la Ley N° 20.047, cuyo artículo único introdujo un nuevo inciso 2° al artículo 195 del Código del Trabajo, el padre tiene derecho a cinco días de permiso pagado en caso de nacimiento de un hijo, el cual debe hacerse efectivo exclusivamente en aquellos días en que se encuentra distribuida la respectiva jornada laboral, no procediendo, por ende, considerar para estos efectos los días en que le corresponde hacer uso de su descanso semanal, sea éste legal o convencional.

El aludido permiso, 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 impetrarse 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 la alternativa señalada precedentemente, podrá hacerse uso de los cinco días de permiso dentro del primer mes de la fecha de nacimiento, estando facultado para distribuirlos como estime conveniente, sea en forma continua o fraccionada.

El permiso de que se trata 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 sea el número de hijos producto del embarazo.

A partir de la vigencia de la citada ley, y por razones señaladas en el cuerpo de esta Memoria, el padre a quien se le conceda la adopción de un hijo tiene derecho a impetrar cuatro días de permiso pagado por tal causa, beneficio que deberá hacerse efectivo a contar de la fecha de la respectiva sentencia definitiva.

El padre trabajador que se encuentre en la situación descrita precedentemente, podrá hacer uso de cuatro días de permiso que le correspondan en los mismos términos que el padre biológico, vale decir, en forma continua, a contar de la fecha de la sentencia definitiva que le concede la adopción o dentro del primer mes desde dicha fecha, en forma continua o fraccionada.

## **7.- ALGUNOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LA LEY N° 20.047. INTERPRETACIÓN DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO.**

La Dirección del Trabajo a través de su Departamento Jurídico, con fecha 2 de septiembre del año 2005 y en virtud de Oficio Ordinario N° 3827/103, por necesidades del Servicio estimó pertinente fijar el sentido y alcance del artículo único de la Ley N° 20.047 en variados aspectos.

### **7.1. Vigencia de la norma.**

En primer término y en cuanto a la vigencia de la citada ley, cabe precisar que dicho cuerpo legal no establece ningún plazo especial de vigencia de sus normas, de suerte tal que resulta aplicable en la especie la disposición prevista en el inciso 2° del artículo 7° del Código Civil, que prescribe que para todos los efectos legales la fecha de la ley será la de su publicación en el Diario Oficial.

Atendido lo anterior, la Ley N° 20.047 rige y resulta obligatoria a partir del 2 de septiembre del año 2005.

## 7.2. Contenido del beneficio.

---

Ahora bien, el Artículo único de la mencionada ley dispone:

“Intercálase el siguiente inciso segundo, nuevo, en el artículo 195 del Código del Trabajo, pasando los actuales incisos segundo, tercero, cuarto y quinto, a ser incisos terceros, cuarto, quinto y sexto respectivamente:

“Sin perjuicio del permiso establecido en el artículo 66 el padre tendrá derecho a un permiso pagado de cuatro 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.”

Por su parte el artículo 66 del mismo cuerpo legal establece:

“En los casos de nacimiento y muerte de un hijo así como el de muerte del cónyuge, todo trabajador tendrá derecho a un día de permiso pagado, adicional al feriado anual, independientemente del tiempo de servicio. Dicho permiso deberá hacerse efectivo dentro de los tres días siguientes al hecho que lo origine.”

Del análisis en conjunto de las normas laborales precitadas se infiere que el legislador ha establecido en beneficio del padre trabajador, cuatro días de permiso pagado en caso de nacimiento de un hijo, beneficio éste que opera en forma adicional a aquél que por la misma causa consagra el artículo 66 del Código del Trabajo, antes transcrito.

De ello se sigue, que a partir del 2 de septiembre del año 2005, fecha de publicación de la Ley N° 20.047, todo trabajador tendrá derecho a que su empleador le conceda un total de cinco días de permiso pagado en caso de nacimiento de un hijo, prerrogativa ésta que reviste el carácter de irrenunciable.

## 7.3. Situación del adoptante.

---

De la nueva disposición contenida en el inciso 2° del artículo 195 del Código del Trabajo, se infiere asimismo, que la ley concede el derecho a cuatro días de permiso pagado que ella establece al padre a quien se le conceda la adopción de un hijo, a partir de la fecha de la respectiva sentencia definitiva, beneficiando con ello a este grupo de trabajadores que no gozaban anteriormente de permiso alguno por tal causa. Ello, atendido que la norma del artículo 66 del mencionado Código no resulta aplicable a estos trabajadores dado que el requisito para impetrar el día de permiso pagado que él contempla es el nacimiento de un hijo, favoreciendo por ende exclusivamente, al padre biológico.

#### 7.4. Forma y oportunidad para hacer uso del beneficio.

---

Efectuadas las precisiones anteriores, cabe referirse a la forma y oportunidad en que debe hacerse efectivo el derecho que consagra la normativa contenida en el actual inciso 2° del artículo 195 del referido Código, para lo cual se hace necesario determinar, en primer término, el alcance de la expresión “permiso” utilizado por el legislador, para luego referirse a las opciones que puede utilizar el padre trabajador para hacer efectivo este derecho ante el nacimiento de un hijo o su adopción.

Para dilucidar la primera interrogante, esto es, qué debe entenderse por “permiso” para los efectos que nos ocupan, cabe recurrir a las normas de interpretación de la ley contenidas en los artículos 19 y 20 del Código Civil, conforme a la primera de las cuales “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”, agregando la segunda en lo pertinente que “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras.”

Ahora bien, de acuerdo a la doctrina, el sentido natural y obvio de las palabras es aquél que establece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. De acuerdo a dicho texto, la segunda acepción de la palabra “permiso” aparece definida como el “período durante el cual alguien está autorizado para dejar su trabajo u otras obligaciones.”

Conforme lo anterior, es posible sostener, en opinión de la Dirección del Trabajo, que el legislador al emplear en el precepto en análisis la expresión “permiso” está referido a la autorización que debe otorgar el empleador para que el dependiente se exima de prestar servicios en aquellos días en que se encuentra obligado a cumplir sus funciones en conformidad al contrato que los une.

Al tenor de lo expuesto, forzoso es concluir que el permiso que por la causa señalada debe otorgar el empleador al padre trabajador debe hacerse efectivo exclusivamente en aquellos días en que se encuentra distribuida la respectiva jornada laboral, no procediendo por ende, considerar para estos efectos los días en que le corresponde hacer uso de su descanso semanal, sea éste, legal o convencional.

Aclarado lo anterior, cabe referirse a la forma y oportunidad en que el trabajador podrá ejercer el derecho a permiso que nos ocupa.

Al respecto es necesario tener presente que el inciso 2° del artículo 195 establece que el padre trabajador, a su elección, podrá optar por las siguientes alternativas:

(a) Utilizar el permiso desde el momento del parto:

En este evento y por expreso mandato del legislador, los cinco días de permiso pagado deberán utilizarse en forma continua, esto es, sin interrupciones, salvo naturalmente aquellas que deriven de la existencia de días de descanso semanal que pudieren incidir en el período.

Así y avía de ejemplo, si el trabajador está afecto a una jornada laboral distribuida de lunes a viernes y el parto ocurre un día jueves, no podrán computarse como días de permiso los días sábados y domingo siguientes, por cuanto, conforme a la distribución de la jornada semana a que se encuentra afecto, en tales días se encuentra liberado de la obligación de prestar servicio.

Tratándose de trabajadores exceptuados de descanso dominical y de días festivos en conformidad al artículo 38 del Código del Trabajo, vale decir, el permiso de que se trata deberá computarse considerándose los días domingo y festivos toda vez que para ellos, por regla general, éstos constituyen días laborales, pero excluyendo de dicho cómputo los

días de descanso compensatorios que les corresponda en conformidad a dicha norma. De este modo, si como en el ejemplo propuesto el nacimiento ocurre un día jueves y la jornada semanal del trabajador se encuentra distribuida de martes a domingo, descansando un día lunes, éste último no podrá considerarse como día de permiso para los señalados efectos.

(b) Utilizar el mencionado permiso dentro del primer mes desde la fecha de nacimiento:

En este caso el trabajador podrá distribuir los cinco días que este comprende en las oportunidades que estime pertinentes, sea en forma continua o fraccionada, siempre que los mismos se hagan efectivos en el respectivo mensual.

Al respecto es necesario precisar que acorde a las reglas de interpretación de la ley analizadas precedentemente, la expresión “mes” a que alude el mencionado precepto debe ser entendida en su sentido natural y obvio, esto es, conforme al significado que le da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el cual lo define como “conjunto de días consecutivos desde uno señalado hasta otro de igual fecha en el mes siguiente.”

De esta suerte, a vía de ejemplo, si el nacimiento se produce el día 15 de septiembre, los cinco días de permiso deberán ejercerse en el período comprendido entre los días 16 de dicho mes y el 16 de octubre, resultando aplicables las reglas sobre cómputo del beneficio establecidas en el punto (a) precedente.

En los mismos términos especificados en las letras (a) y (b) precedentes, el padre adoptivo podrá hacer uso de los cuatro días de permiso que le garantiza la actual normativa, vale decir, haciendo uso de éstos en forma continua a contar de la fecha de la sentencia definitiva que le concede la adopción o durante el primer mes a partir de dicha fecha, sea en forma continua o fraccionada.

## 7.5. Nacimientos múltiples.

---

Otro aspecto de la ley que es necesario dilucidar es como opera el permiso que nos ocupa de nacimientos múltiples.

Al respecto cabe precisar que la normativa en comento no regula tal situación, por lo que resulta necesario aplicar las normas de interpretación de la ley contempladas en el artículo 19 del Código Civil.

Como se recordará, el inciso primero de dicho precepto ordena en primer término al intérprete recurrir al tenor literal de la ley, esto es, al sentido natural y obvio de las palabras utilizadas por el legislador, el cual, como ya se dijera en párrafos anteriores, es el fijado por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Ahora bien, del análisis de la disposición en comento aparece que el legislador al consagrar el beneficio de que se trata empleó el artículo indeterminado “un” en su forma singular, estableciendo que el padre trabajador “tendrá derecho a un permiso pagado de cuatro días en caso de nacimiento de un hijo.”

Aun cuando esta forma singular permite sostener que el padre trabajador tendría derecho sólo a un permiso por el hecho del nacimiento, la circunstancia de que posteriormente se refiera a “un hijo” podría dar lugar a argumentar que tal prerrogativa podría extenderse en caso de nacimientos múltiples.

Tal conclusión, en opinión de la Dirección del Trabajo, no resulta válida, si se considera que la utilización en ambos casos del vocablo “un” deriva de la correcta aplicación de las reglas gramaticales en la redacción de la norma, no resultando viable, por ello, fundamentar

sólo sobre dicha base la tesis que en caso de nacimientos múltiples el padre tendría derecho a un permiso pagado, por cada uno de los hijos productos del embarazo.

Atendido lo anterior y para los efectos ya señalados, cabe recurrir a la norma de interpretación de la ley prevista en el inciso 2º del artículo 19 del Código Civil, que establece:

“Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.”

Al respecto debe manifestarse que efectuado un estudio de las actas de las sesiones, boletines y demás documentos que conforman la historia fidedigna de la Ley N° 20.047, se ha podido verificar que en ellos no consta antecedente alguno relativo a la materia. Es así como, ni en la moción que dio origen al proyecto, como tampoco en los Informes de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, tanto de la Cámara de Diputados como del Senado, en la discusión parlamentaria, ni en las relativas indicaciones, se abordó la situación de los partos múltiples ni la incidencia de éstos en el permiso de que se trata.

Tal circunstancia permite sostener que nunca estuvo en la intención del legislador aumentar dicho permiso en caso de partos múltiples, lo que a la vez autoriza para afirmar que en tal evento el padre trabajador sólo tiene derecho a los cinco días que por tal concepto le otorga la ley.

La conclusión anterior se corrobora si se tiene presente que la disposición contemplada en el actual inciso 2º del artículo 195 del Código del Trabajo constituye una normativa de excepción –toda vez que la regla general es que el descanso postnatal beneficie a la madre trabajadora- que como tal, debe interpretarse restrictivamente, no siendo posible, por consiguiente, asignarle efectos que la ley no previó ni en su letra ni en su espíritu.

A mayor abundamiento cabe señalar que la Dirección del Trabajo, pronunciándose acerca de la incidencia de los partos múltiples en el descanso postnatal, previsto actualmente en el inciso primero del artículo 195, en su dictamen N° 5.552, de 08.08.86, concluye que no resulta procedente aumentar la duración del aludido descanso en el evento de producirse un parto múltiple, quedando por ende la trabajadora afecta a las reglas generales sobre la materia.

# CAPÍTULO VI

# FAMILIA Y TRABAJO. DESAFÍOS PENDIENTES

Trabajo y familia. Familia y trabajo. Estas dos son las principales preocupaciones de muchos trabajadores, hombres y mujeres, a lo largo y ancho del mundo. Pero no fue siempre así. Podría decirse que antes a los hombres les preocupaba el trabajo y a las mujeres la familia. Pero hoy son más que nunca las mujeres –y las madres- que desempeñan un trabajo remunerado. Según las estimaciones del Banco Mundial, entre 1960 y 1997, las mujeres han incrementado su participación en la fuerza de trabajo total en un 126%. En la actualidad, las mujeres integran casi la mitad de la mano de obra del mundo. Se ha producido un colosal aumento de las familias en las que el hombre y la mujer obtienen ingresos derivados de sus respectivos trabajos y han aumentado mucho, también, las familias monoparentales. A menudo los ingresos de las mujeres son vitales para la supervivencia de la familia. Según estimaciones de la O.I.T. se calcula que en todo el mundo la proporción de hogares en los que las mujeres son la principal fuente de ingresos asciende al 30% del total. Y no sólo están presentes las mujeres hoy en el mundo del trabajo, sino que muchas se ocupan en los tradicionalmente considerados “trabajos masculinos”.

Este aumento de la participación de las mujeres en la fuerza del trabajo ha inducido un cambio en los roles y las expectativas de género, tanto en la familia como en la propia empresa. A medida que son más las mujeres que pasan a desempeñar un empleo retribuido, crece también el número de hombres que comparte mucho más que antes las tareas domésticas y las funciones de atención a la familia, tradicionalmente consideradas femeninas. Teóricamente pues, a medida que aumenta el número de familias con dos fuentes de ingresos, las mujeres salen de su papel familiar para implicarse en el mundo del trabajo, en tanto que los hombres lo hacen de su papel tradicional en el trabajo para asumir nuevas responsabilidades con la familia<sup>20</sup>.

Las nuevas realidades reclaman nuevas iniciativas por parte de los empleadores y de las autoridades y tanto los gobiernos como las empresas están empezando a cobrar conciencia de ello. El Convenio de la O.I.T. sobre “Trabajadores con responsabilidades familiares” N° 156 de 1981, ratificado hasta ahora por 29 países, buscó promover la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo entre los trabajadores con responsabilidades familiares y aquellos que no las tienen. Hasta ahora los enfoques más innovadores para abordar el problema trabajo-familia han surgido de la empresa privada. Parte de este esfuerzo ha sido fruto de su “conciencia social” y su sentido de “responsabilidad social”. Pero lo más importante de todo es que esa experiencia suya ha demostrado que las políticas destinadas a compaginar trabajo y vida familiar, son un medio eficaz para mejorar la dedicación y la productividad de los trabajadores.

Es en todo este marco ideológico en que se encuadra, precisamente, una iniciativa como la plasmada en la Ley N° 20.047 de 2005, ya que le permite al padre estar cerca de su hijo en los primeros días de vida de éste, y compagina su labor familiar fundamental con su trabajo al crear un sistema de permiso debidamente reglamentado y financiado.

---

<sup>20</sup> IGLESIAS DE USSEL, J., “La familia y el cambio político en España”, Madrid, Editorial Tecnos, 1998, pág. 34.

Profundizaremos un poco en esta temática.

No resulta nada fácil elaborar un listado de las transformaciones que en los últimos años, directa o indirectamente han afectado a la estructura interna de la familia como consecuencia de la compatibilidad con el trabajo.

En primer lugar el modelo de cambio ha supuesto la ruptura de la imagen de un único modelo tradicional de familia (familia nuclear); y la aceptación del pluralismo que supone la existencia de otras formas u hogares alternativos, que van desde las uniones de hecho, a otras derechamente pasajeras. En segundo lugar, la creciente incorporación de las mujeres al trabajo extradoméstico ha supuesto la transformación de la dinámica interna de la vida familiar, constituyendo una de las grandes revoluciones sociales de la segunda mitad del siglo XX, tanto por las modificaciones en la composición del mercado laboral como por la introducción de un debate muy vivo sobre los roles y responsabilidades de unas y otros en el ámbito doméstico. En consecuencia, cada vez es más necesaria una adaptación tanto del trabajo remunerado como de la familia.

Siguiendo el criterio de la estructura de las relaciones internas en el seno de la familia, es posible hablar de la existencia de un nuevo tipo que convive con el modelo de familia patriarcal. Se trata de un modelo de relaciones familiares más “democrático” (familia igualitaria o simétrica), en el sentido de una equiparación legal de los derechos y obligaciones de los cónyuges y una mayor negociación de roles en la toma de decisiones en el espacio doméstico y laboral. Por tanto, a priori, es posible pensar que mientras en este modelo más democrático la situación de conflicto sea menos frecuente (existe una práctica más consensuada en la toma de decisiones), en la familia “de toda la vida” (con una fuerte jerarquización de los roles familiares-domésticos y del mercado laboral) aumente. Sin embargo, muchos de los conflictos se originan en este tipo de familias, por la falta de flexibilidad en el mercado del trabajo. Existen otras tendencias que tienen fuerte impacto sobre las familias. El número de mujeres con una formación más avanzada es cada vez mayor, tienen mejores oportunidades de acceder a puestos directivos, y la tendencia de las mujeres profesionales es casarse con hombres también profesionales, formándose un número mayor de familias con doble ingreso en comparación con algunos años atrás. Las familias monoparentales ya no son un grupo reducido; factores como el descenso del índice de nupcialidad y el aumento en el índice de divorcios y separaciones, trae consigo un incremento de éstas. Ése es el problema de muchas organizaciones y empresas, al no contemplar esos cambios en el diseño de su plantilla laboral. Su estructuración del trabajo sigue esencialmente diseñada para empleados varones y con una sola fuente familiar de ingresos, con horarios de trabajo que son incompatibles con las necesidades de cuidar niños o personas dependientes.

El descenso brusco de la natalidad no es otro factor que se pueda dejar de lado. Y es que las mujeres han tenido que elegir, en muchos casos, entre estabilidad laboral e hijos. Si bien este es un conflicto que en Chile no muestra números preocupantes, si ocurre ello en algunos países de Europa. España, por ejemplo, tiene el índice de fertilidad más bajo de Europa, con 1,26 hijos por mujer en edad fértil, frente a los 1,46 de la media comunitaria. Estos datos ponen de manifiesto que, en España, los mecanismos adoptados por las instituciones públicas y privadas para fomentar el equilibrio entre trabajo y familia resultan insuficientes para dar solución a los problemas estructurales de conciliación, si se comparan con las medias de otros países europeos.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> FREIXAS FARRÉ, A., “Mujer y política: vínculos y cuidados”, Barcelona, Editorial Bosch S.A., 2004, pág. 95.

Según un estudio del Centro de Investigaciones Sociológicas de España, que data de noviembre de 2002, la precariedad en el empleo, el difícil acceso a la vivienda, y las dificultades para conciliar trabajo y familia son, por este orden, los motivos por los que las parejas retrasan nacimientos o deciden no tener hijos. Y es que el tema de los hijos es una de las cuestiones que más influye en la promoción laboral y sociocultural de la mujer, que se convierte en un lastre para conseguir empleo y para el éxito profesional, y a veces, en la desatención de los que se tienen.

La familia y el trabajo son, hasta el presente, las dos redes sociales más significativas con que los seres humanos se relacionan entre sí y con la sociedad en su conjunto y en las que las personas pasan la mayor parte de su tiempo. Lo público penetra en lo privado, la familia, pero también lo privado, la familia, se deja sentir en múltiples formas en lo público, el trabajo. Es entonces cuando surgen preguntas del tipo: ¿el trabajo y la familia o la familia y el trabajo, son causas de conflicto? ¿existe tensión entre ambas formas de sociabilidad? Si un alto porcentaje de los chilenos en edad de trabajar tienen un empleo remunerado o busca activamente trabajo, y si la familia es la institución a la que pertenece gran parte de nuestra sociedad, resulta obvio el alto porcentaje de población expuesta a un posible conflicto trabajo-familia, que si no se resuelve bien afecta de manera sensible al desarrollo de la vida familiar. No resulta ocioso advertir que, en el caso de familia, aunque aquí se mencione en singular, ni existe tal homogeneidad en la realidad social, ni el impacto de cada actividad es el mismo en cada situación familiar. En el caso del trabajo se trata siempre del extradoméstico y, en consecuencia, no se considera la organización de la economía informal, en la cual la familia suele desempeñar un papel central.

Hasta antes de la revolución industrial el trabajo estaba íntimamente ligado a la familia, tanto en su ubicación geográfico-espacial como en el sentido de la formación intergeneracional de la fuerza de trabajo, puesto que era en el seno de la misma familia donde se desarrollaban las habilidades laborales de las nuevas generaciones. Sin embargo, con la revolución industrial, y específicamente con la producción a gran escala, esta situación se alteró drásticamente, ya que obligó a la sociedad a organizar el trabajo segregándolo de la familia, debiendo concurrir el trabajador al lugar de trabajo determinado por el empresario. En este período es cuando el conflicto entre trabajo y familia comienza a materializarse por la ausencia prolongada del trabajador de su hogar, por la insuficiencia del salario para solventar las necesidades familiares, por la necesidad de adquirir destrezas laborales adicionales a las domésticas y, finalmente, por la confinación de la mujer al trabajo del hogar, sin oportunidades de desarrollo profesional y con una sobrecarga de trabajo. Eso lleva a una especialización y una clara división de los roles familiares, con un hombre proveedor y largo tiempo ausente y con una mujer a cargo de la casa y de la crianza de los hijos.

Las transformaciones que en este período se producen en el ámbito del trabajo son múltiples y variadas, dando lugar a un nuevo escenario social que obliga a redefinir la organización del trabajo y de la familia. Baste señalar, por ejemplo, el cambio que supuso la creación de la máquina “inteligente” y la revolución electrónica de las comunicaciones, así como la cada vez más usual rotación del trabajador en el empleo y el comienzo en el mercado laboral de la desregularización y en consecuencia la precarización de ciertos sectores. La familia también experimenta múltiples y variadas transformaciones.

Esta situación se mantiene, incluso aumenta, por la incorporación cada vez mayor de la mujer al mercado laboral. A diferencia de otras épocas, ahora son más que nunca las mujeres y las madres, que desempeñan un trabajo remunerado.

Una de las consecuencias de estos cambios, es que muchas personas enfrentan un conflicto entre el trabajo y la familia. Obviamente la vida familiar se resiente si la mujer se incorpora al mercado laboral, por la simple razón de que tanto el hombre como la mujer se ven obligados diariamente a compatibilizar el trabajo con la familia, o viceversa, dando lugar a continuas reestructuraciones entre dichos espacios. El problema radica en que las empresas siguen considerando que el conflicto entre el trabajo y la familia no es de su responsabilidad.

Aunque el género no es una variable por sí sola significativa para explicar el tema de la familia y el trabajo y el conflicto generado en las parejas, sí es uno de los ejes centrales al que inevitablemente hay que prestar especial atención. También son muchas las investigaciones que han señalado que, aunque reconciliar trabajo y familia es una ambición de muchos hombres y mujeres con cargas familiares y laborales, ellas son las que están pagando más alto precio. Por ello, suele ser más habitual que ellas sean las más interesadas en ser agentes de cambio en la cultura empresarial. Por ejemplo, que en las exigencias del trabajo también se tengan en cuenta las condiciones y obligaciones familiares, porque, incluso, los nuevos usos laborales, incluidos los programas de formación, pueden requerir del trabajador prolongadas ausencias del hogar.

Como consecuencia del aumento de la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo, también crece el número de hombres que comparten las tareas domésticas y las funciones de atención a la familia. Teóricamente pues, a medida que aumenta el número de familias con dos fuentes de ingresos, las mujeres salen de su papel familiar para implicarse en el mundo del trabajo, en tanto que los hombres lo hacen en el otro sentido. Pero la realidad es que la redistribución de las responsabilidades financieras en el seno de la familia no se ha visto acompañada de una redistribución equivalente de las responsabilidades de trabajo en el hogar. Que todavía son las mujeres quienes desempeñan una parte desproporcionada de las tareas domésticas. Que tienen ahora más trabajo que nunca, hasta el extremo que podríamos hablar de una “doble jornada laboral” (función de cuidadora del hogar y de la familia y función de trabajadora fuera del hogar). Estas situaciones inducen a pensar que, aunque en los últimos años han cambiado las percepciones sociales sobre el trabajo y la familia, no lo han hecho al mismo ritmo como lo ha hecho el mercado del trabajo a consecuencia de la mayor participación de las mujeres en él. Y esto trae consigo una serie de problemas:

- Discriminación en la empresa: Es más probable que ante una alteración familiar sea la mujer la que se aparte temporalmente o abandone definitivamente el mercado laboral. Se aspira a un ideal de familia en el que tanto el hombre como la mujer trabajen fuera de casa y se repartan las tareas del hogar y el cuidado de los hijos.

- Adaptación a los deberes de prestación de cuidados: Además de la corresponsabilidad en el trabajo del hogar, otras estrategias para la conciliación de la vida laboral y familiar son el trabajo a tiempo parcial o, la utilización de recursos comunitarios para el cuidado del hogar como las guarderías, los servicios de atención domiciliaria o las residencias de ancianos.

En el día de hoy la política social y los lugares de trabajo se enfrentan a nuevos desafíos, y el de la compatibilidad trabajo y familia es uno de ellos. Este desafío es una cuestión que no sólo afecta a personas con hijos pequeños, sino que está activamente presente en las vidas de la mayoría de los trabajadores.

Para que medidas de este tipo puedan llevarse a la práctica, la negociación colectiva y la individual en la empresa son instrumentos importantes. La negociación colectiva además,

permite adaptar a cada necesidad algunos aspectos del contenido de las leyes y concretar algunos principios aún hoy poco desarrollados.

De esta forma, las medidas de flexibilidad pueden ser una de las mejoras más importantes introducidas en los convenios de empresas, en las que se trataría de permitir al empleado ausentarse del trabajo en función de sus necesidades familiares, tratando de compatibilizar esos dos espacios.

---

# CONCLUSIONES

Aunque durante los últimos años se ha progresado mucho en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, aún queda trabajo por hacer. Trabajar para la conciliación de la vida pública y privada no sólo significa dedicarse a la construcción de nuevos modelos y nuevas formas, sino de avanzar hacia una concepción diferente del reparto de responsabilidades públicas, familiares, domésticas y privadas de las personas, desde una óptica de responsabilidad social. No se trata, por tanto, de un compromiso individual, al contrario, requiere el compromiso firme de todos, y de manera especial el respaldo de las empresas que son quienes establecen los métodos de organización del trabajo y a la vez son responsables de una parte importante del bienestar de sus trabajadores. Debemos comenzar articulando mecanismos eficaces e innovadores que incentiven a las empresas a apoyar de manera decidida a la familia, favoreciendo la conciliación de los objetivos familiares y laborales de sus empleados. Que la persona pueda enfrentarse a la vida laboral y familiar de manera equilibrada y no de forma parcial, puesto que es en esta última situación donde posiblemente aparezca en mayor medida un conflicto entre parejas como consecuencia de la incompatibilidad del trabajo y de la familia.

Con las realidades y experiencias descritas en esta Memoria se puede vislumbrar los múltiples beneficios que conlleva para todos conciliar la vida familiar y laboral. No estaría demás, al mismo tiempo, aprender de iniciativas desarrolladas en otros países y que han funcionado bien, pero adecuándolas a la particularidad de nuestra sociedad. El papel del hombre como padre y su falta de implicación real en la conciliación trabajo-familia es uno de los principales puntos de atención y de discusión en la legislación laboral de varios países, y Chile no puede estar ausente de ello no obstante los avances que se ha experimentado en conformidad a la ley N° 20.047 que se ha estudiado.

Por ello, una Memoria como la que finaliza con estas líneas, que trata una de las realidades más importantes que presenta la sociedad de nuestro siglo, que no es otra que el fenómeno de la incorporación de la mujer al trabajo remunerado y el impacto que está produciéndose en la institución familiar, hace de ésta una iniciativa tan oportuna como valiosa, al arrojar luz sobre los principales aspectos que pueden incidir en el conflicto generado en las parejas, así como de revisión y puesta al día del tema trabajo y familia.

## BIBLIOGRAFÍA

- 1.- BONNECASE, Julien, "La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia", México, Editorial José Cajica, 1945, 359 p.
- 2.- ESCRIBAR MANDIOLA, Héctor, "Tratado de Derecho del Trabajo", Tomo I, Santiago, 1944, Editorial. Zig-Zag, 501 p.
- 3.- FERNÁNDEZ CORREA, Raúl, "Los obreros ante el Derecho Social Chileno", Editorial La Nación, Santiago, 1935, 136 p.
- 4.- FUENTES PUELMA, Carlos, "Estudios sobre Derecho del Trabajo", Santiago, Editorial Jurídica La Ley, 1991, 1ª Edición, 256 p.
- 5.- GAETE BARRIOS, Alfredo, "Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, 1974, Tomo I, 287 p.
- 6.- HUMERES MAGNAN, Héctor, "Tratado de Derecho del Trabajo", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, 3ª Edición, 567 p.
- 7.- HUMERES NOGUER, Héctor y HUMENES MAGNAN, Héctor, "Derecho del Trabajo y Seguridad Social", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, 3ª Edición actualizada, 667 p.
- 8.- MANS, "Principios de Derecho de Familia", Barcelona, Editorial Bosch, 1947, 532 p.
- 9.- MEJAVIEDMAN, Sergio y LIZAMA PORTAL, Luis, "Reformas Laborales de la Ley N° 19.759", Santiago, Editorial Conosur, 2002, 1ª Edición, 183 p.
- 10.- MONTT BALMACEDA, Manuel, "Principios de Derecho Internacional del Trabajo", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, 1ª Edición, 403 p.
- 11.- PÉREZ BOTIJA. "Curso de Derecho del Trabajo", México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1964, 607 p.
- 12.- POBLETE JIMÉNEZ, Carlos, "Código del Trabajo, Actualizado, Anotado y Concordado", Santiago, Revista Técnica del Trabajo, 1996, 1ª Edición, 1087 p.
- 13.- THAYER ARTEAGA, Williams, "Trabajo, Empresa y Revolución", Santiago, Editorial Universitaria, 1984, 1ª Edición, 184 p.
- 14.- THAYER ARTEAGA, Williams, "Manual de Derecho del Trabajo", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, 2ª Edición, 315 p.
- 15.- VIDA SORIA, José, "La suspensión del contrato de trabajo", Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965, 413 p.
- 16.- WALKER LINARES, Francisco, "Derecho del Trabajo", Santiago, Editorial Universitaria, 1954, 1ª Edición, Tomo II, 643 p.