



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

**UNA NUEVA PROPUESTA DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN A LA
MATERNIDAD: CAMINO HACIA LA IGUALDAD**

Memoria para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

INTEGRANTES:

Johana Carolina Chaura Leichtle

Karen Alexandra Fuentes Vergara

PROFESORA GUÍA: CECILY VIRGINIA HALPERN MONTECINO

Santiago, Chile

2011

Índice

INTRODUCCIÓN.....	10
Capítulo I	
REALIDAD DE LA MUJER EN CHILE: TRABAJO Y PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD	13
1. La mujer en la actualidad y sus roles.....	13
2. Historia de la participación de la mujer en el mercado laboral chileno.....	17
3. Maternidad y participación laboral de la mujer en Chile actualmente	19
4. Impedimentos de incorporación de la mujer al mercado laboral.....	20
5. Protección de la maternidad: normativa vigente en Chile.....	23
5.1 Prenatal.....	24
5.2 Postnatal	26
5.3 Licencia por enfermedad grave del hijo menor de un año.	27
5.4 Fuero maternal	29
5.5 El fuero maternal y las Empresas de Servicios Transitorios	32
5.6 Permiso parental.....	33
5.7 Sala cuna	35
5.8 Permiso de alimentación	37

5.9	Permiso por enfermedad grave del hijo menor de 18 años.	38
5.10	Prohibición de Exigir Certificados o Exámenes de Embarazo.	39
6.	Subsidio maternal: una protección regresiva.....	39

Capítulo II

LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO	41
1. Origen de las normas protectoras de la maternidad y convenios de la organización mundial del trabajo.....	41
2. Aplicación práctica de las normas y directrices de la organización internacional del trabajo con respecto a la protección de la maternidad en el trabajo en el derecho comparado	48
2.1 Licencia de maternidad	50
2.2 Protección del empleo	55
2.3 Prestaciones médicas y pecuniarias.....	58
2.4 Protección de la salud de la madre y el hijo.....	63
2.5 Licencia parental	67
3. Normas de protección a la maternidad en el derecho del trabajo de algunos países específicos	69
3.1 Argentina.....	70
3.1.1 Licencia de maternidad.....	70

3.1.2	Prestaciones Económicas y sanitarias.....	70
3.1.3	Lactancia.....	71
3.1.4	Conservación del puesto de trabajo	71
3.1.5	Condiciones de trabajo durante el embarazo	71
3.1.6	Licencia de paternidad.....	71
3.1.7	Guardería o jardines infantiles.....	72
3.2	Perú	72
3.2.1	Licencia de Maternidad	72
3.2.2	Prestaciones Económicas y sanitarias.....	72
3.2.3	Lactancia.....	73
3.2.4	Conservación del puesto de trabajo	73
3.2.5	Condiciones de trabajo durante el embarazo	73
3.2.6	Licencia de paternidad.....	73
3.2.7	Guardería o jardines infantiles.....	74
3.3	Colombia.....	74
3.3.1	Licencia de Maternidad	74
3.3.2	Prestaciones Económicas y sanitarias.....	74
3.3.3	Lactancia.....	74
3.3.4	Conservación del puesto de trabajo	75
3.3.5	Condiciones de trabajo durante el embarazo	75

3.3.6	Licencia de paternidad.....	75
3.3.7	Guardería o jardines infantiles.....	76
3.4	México.....	76
3.4.1	Licencia de Maternidad	76
3.4.2	Prestaciones Económicas y sanitarias.....	77
3.4.3	Lactancia.....	77
3.4.4	Conservación del puesto de trabajo	77
3.4.5	Condiciones de trabajo durante el embarazo	77
3.4.6	Licencia de paternidad.....	78
3.4.7	Guardería o jardines infantiles.....	78
3.5	España	78
3.5.1	Licencia de Maternidad	78
3.5.2	Prestaciones Económicas y sanitarias.....	78
3.5.3	Lactancia.....	79
3.5.4	Conservación del puesto de trabajo	79
3.5.5	Condiciones de trabajo durante el embarazo	79
3.5.6	Licencia de paternidad.....	79
3.5.7	Guardería o jardines infantiles.....	79
3.6	Alemania	79
3.6.1	Licencia de Maternidad	80

3.6.2	Prestaciones Económicas y sanitarias.....	80
3.6.3	Lactancia.....	80
3.6.4	Conservación del puesto de trabajo	81
3.6.5	Condiciones de trabajo durante el embarazo	81
3.6.6	Licencia de paternidad.....	81
3.6.7	Guardería o jardines infantiles.....	81
3.7	Reino unido	82
3.7.1	Licencia de Maternidad	82
3.7.2	Prestaciones Económicas y sanitarias.....	82
3.7.3	Lactancia.....	82
3.7.4	Conservación del puesto de trabajo	83
3.7.5	Condiciones de trabajo durante el embarazo	83
3.7.6	Licencia de paternidad.....	83
3.7.7	Guardería o jardines infantiles.....	83
3.8	Francia.....	83
3.8.1	Licencia de Maternidad	84
3.8.2	Prestaciones Económicas y sanitarias.....	85
3.8.3	Lactancia.....	85
3.8.4	Conservación del puesto de trabajo	85
3.8.5	Condiciones de trabajo durante el embarazo	85

3.8.6	Licencia de paternidad.....	85
3.8.7	Guardería o jardines infantiles.....	86
3.9	Dinamarca	86
3.9.1	Licencia de Maternidad	86
3.9.2	Prestaciones Económicas y sanitarias.....	87
3.9.3	Lactancia.....	87
3.9.4	Conservación del puesto de trabajo	87
3.9.5	Condiciones de trabajo durante el embarazo	87
3.9.6	Licencia de paternidad.....	87
3.9.7	Guardería o jardines infantiles.....	87
3.10	Noruega.....	88
3.10.1	Licencia de Maternidad	88
3.10.2	Prestaciones Económicas y sanitarias.....	88
3.10.3	Lactancia.....	89
3.10.4	Conservación del puesto de trabajo	89
3.10.5	Condiciones de trabajo durante el embarazo	89
3.10.6	Licencia de paternidad.....	89
3.10.7	Guardería o jardines infantiles.....	89
3.11	Tabla comparativa de los países estudiados específicamente, con respecto a cada uno de los tópicos analizados:.....	91

CAPÍTULO III

PROPUESTA DE REFORMA A LAS NORMAS PROTECTORAS A LA MATERNIDAD, PARA DISMINUIR LA DISCRIMINACIÓN HACIA LA MUJER..... 96

1.	Costos económicos de las empresas en relación a la contratación de trabajadoras....	96
2.	Necesidad de cambiar las normas actuales: incorporación de la flexiseguridad	98
3.	Comisión asesora presidencial: mujer, trabajo y maternidad	105
4.	Medidas concretas propuestas como normas de protección a la maternidad.....	109
4.1	Fuero Maternal:.....	109
4.2	Prenatal flexible y Postnatal compartido.....	114
4.3	Salas cunas	116
4.4	Financiamiento.....	118
4.4.1	Mujeres con contrato de trabajo	120
4.4.2	Mujeres sin contrato de trabajo	121
4.4.3	Prestaciones que cubrirá el seguro de maternidad.....	121
5.	Contenido del proyecto de ley que crea el permiso postnatal parental y modifica el código del trabajo en materias que indica: crítica y análisis	123
5.1	Descanso de maternidad.....	124
5.2	Adopciones.....	125
5.3	Nuevo permiso postnatal parental	125

5.4	Enfermedad grave hijo menor de un año	127
5.5	Fuero	129
5.6	Aumento de cobertura	130
5.7	Conclusiones sobre el proyecto de ley.	131
ANEXO		133
1.	Revisión de jurisprudencia del nuevo procedimiento laboral en relación al fuero maternal.....	133
1.1	Sentencia N°1.....	134
1.2	Sentencia N°2.....	135
1.3	Sentencia N°3.....	135
2.	Texto completo de las sentencias	136
2.1	Sentencia N° 1: Jardín Infantil Sala Cuna Trencito con Katherine Andrea Bello Vera	136
2.2	Sentencia N° 2: Segovia con Soto	146
2.3	Sentencia N°3: Fisco con Aranda Reyes, Sara.....	151
CONCLUSIÓN		155
BIBLIOGRAFÍA.....		157

INTRODUCCIÓN

La maternidad siempre ha sido un tema de gran relevancia en la historia y, no sólo desde el punto de vista de mantener las generaciones y la población mundial, sino que, también, en el ámbito más humano y social. Es así como, a través de esa estrecha relación entre madre e hijo se da inicio a la formación de nuevos entes sociales, los cuales deberán enfrentarse a las distintas situaciones que depara la vida.

Por eso, proteger la maternidad es un tema esencial en las sociedades, ya que no estamos hablando de cosas, si no de personas, que no vivirán aisladas, sino dentro de nuestra sociedad.

El colosal avance tecnológico, económico, educacional y social, ayudados del fenómeno de la globalización, han provocado que la mujer poco a poco se vaya incorporando al ámbito laboral. En un principio, esta incorporación se realizó de forma muy tímida, pero cada vez se fue desarrollando con mayor ímpetu, hasta alcanzar, en la actualidad, que las mujeres constituyan un gran porcentaje de la masa laboral activa.

Como bien sabemos, la mayoría de las mujeres deben armonizar satisfactoriamente, tanto sus funciones de madre y dueña de casa, como su función productiva y profesional, siendo este un gran desafío para todas ellas. El camino no es fácil y se ven expuestas a la discriminación en el ámbito laboral, no logrando una paridad con los hombres, motivada precisamente por los roles que le corresponde desempeñar, especialmente por el rol natural de madre.

Estos dos roles antes mencionados, vale decir, la maternidad como el trabajo de la mujer son bienes jurídicos igualmente relevantes para la sociedad actual, por lo que, el Legislador se ha visto en la necesidad de proteger ambos, todo con el objetivo de lograr un equilibrio.

También es importante señalar que, la protección de la maternidad de las trabajadoras, contribuye no sólo a la salud y el bienestar de las madres, sino que, es fundamental en la de sus hijos, reduciendo la mortalidad infantil y previniendo futuras enfermedades de los niños.

La protección de la maternidad también es esencial para asegurar el acceso de la mujer a la igualdad de oportunidades y de trato en el lugar de trabajo, ya que de no existir una regulación, las mujeres derechamente no serían contratadas.

En los últimos años, la protección de la maternidad se ha visto marcada por los progresos de la legislación y el aumento de las expectativas sociales en relación con los derechos de las trabajadoras durante los años que debe criar a sus hijos pequeños. Pero las ventajas que se han ido obteniendo no han conseguido resolver el problema fundamental que experimentan la mayoría de las mujeres trabajadoras en algún momento de su vida profesional: la desigualdad de trato en el empleo a causa de su función procreadora.

Es una realidad, que no podemos evadir, que las mujeres cada día más se están incorporando al mercado laboral, por lo que se requiere una normativa activa para brindarle protección no sólo a ellas en esta etapa de su vida tan importante sino que también a sus hijos, ya que este proceso, es importante tanto a nivel personal como a nivel social.

A través de este trabajo, realizaremos un análisis de la situación de la mujer a lo largo de la historia y cómo ha logrado ingresar al mercado laboral, analizando la normativa legal respecto a la protección a la maternidad y cómo ésta -a nuestro parecer- se torna insuficiente, fomentando aun más la discriminación.

Es así, que en el primer capítulo de este trabajo titulado “Realidad de la mujer en Chile: trabajo y protección a la maternidad” analizaremos la situación de la mujer con respecto al trabajo, cómo logró y sigue logrando su incorporación y cuáles son las normas que actualmente existen en nuestro país destinadas a dar protección a la maternidad.

En el segundo capítulo, realizaremos un análisis de las normas de protección a la maternidad en el Derecho Comparado, viendo cuáles son los derechos consagrados a nivel internacional, a través de las normas que establece la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con sus convenios de protección a la maternidad. Además realizaremos un análisis específico de las normas consagradas al respecto, de una selección de países.

Por último, en el capítulo tercero, luego de una ardua investigación y recopilación de material bibliográfico, expondremos nuestra propuesta para mejorar el actual sistema sobre protección a la maternidad mostrando que con nuevas ideas se puede avanzar hacia una igualdad de trato entre hombres y mujeres en el campo laboral, sin dejar de proteger el bienestar de los niños.

Creemos que –y es en lo que se basa nuestra propuesta-, con la aplicación de las bases fundamentales de flexibilidad laboral, por un lado, como de la seguridad social por otro, como se ha implementado el modelo de flexiseguridad danés, se puede lograr cambios positivos y sustantivos, en cuanto a la protección de la maternidad.

CAPÍTULO I

REALIDAD DE LA MUJER EN CHILE: TRABAJO Y PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD

En el presente capítulo pretendemos mostrar la situación actual de la mujer en relación al mundo laboral y cómo ella enfrenta la maternidad, visualizando cuáles son las normas vigentes en este punto.

1. La mujer en la actualidad y sus roles

Para referirnos a la situación de la mujer en la actualidad, es necesario, primeramente, recordar que la mujer, por regla general, y casi sin excepciones, desempeña diversos roles, como el de madre, esposa, dueña de casa y trabajadora. Hemos hecho el alcance y distinción, ya que muchas mujeres deben lidiar con el desempeño de todos estos roles en forma paralela, lo que claramente significa un desafío.

La mujer, a través de la historia y con sus variados roles, siempre ha desempeñado un papel preponderante en la sociedad, en primer lugar, en su rol de madre, y también, en su rol de esposa, como asimismo en su abnegado rol de dueña de casa. Sin embargo, el rol de la mujer trabajadora nunca ha sido valorado socialmente de la misma forma que los anteriores, es más, ha sido foco, incluso en el día de hoy, de una gran discriminación. De más está decir que, la progresiva incorporación de la mujer al mercado laboral en Chile, ha contribuido enormemente al desarrollo y crecimiento del país, no sólo en la economía sino en todos los aspectos sociales.

Pero, esta incorporación de la mujer al mundo laboral, como ya esbozábamos, no ha sido una tarea fácil. Las mujeres trabajadoras de nuestro país presentan dificultades en conciliar las responsabilidades familiares con sus actividades laborales. Es más, la mujer, no sólo tiene que armonizar y equilibrar los diferentes roles que comentábamos anteriormente, sino que además, la mujer, por el hecho de ser tal, tiene que soportar la discriminación laboral de la cual es objeto.

Esta discriminación no sólo está dada por la discriminación histórica que ha sufrido la mujer, sino que existe un prejuicio en torno a la capacidad de ésta de desempeñarse de forma eficiente en todos sus roles, y sobre todo en conjunto con la maternidad. Lo anterior se ha acrecentado con la creencia por parte del empleador que es mucho más eficiente y menos costoso el contratar hombres para el desempeño de los cargos, lo cual estimamos que es una simple opinión sin una real sustentación fáctica.

A pesar de éste prejuicio sobre la eficacia en el desempeño, no podemos sino reconocer, que la mujer tiene una enorme capacidad para enfrentar los desafíos que se le presentan, ya sea en el hogar como en el mundo laboral, desempeñándose de la mejor manera en todos los ámbitos.

Así las cosas, la mujer, a lo largo de los años, ha luchado contra la discriminación, abriéndose camino a través de las adversidades. Es más, la mujer de hoy, podemos señalar, que se encuentra igualmente capacitada que un hombre para el desarrollo de cualquier tipo de trabajo, dentro de sus diferencias físicas claro está. Es importante señalar, que es labor del Estado, no sólo proteger la maternidad, sino que, además, establecer las normas para que exista una igualdad de géneros en la sociedad, y esta igualdad tiene que ser uno de los principios rectores de nuestro Derecho.

Es importante tener presente que, dentro de las personas que se encuentran actualmente empleadas y de los que actualmente buscan trabajo, hay muchas más mujeres que hace 10 años, pero este no es un antecedente que nos haga estar felices, ya que aún no es suficiente comparándonos con el resto del mundo. Esta situación es relevante para darnos cuenta de la necesidad de actualización de las normas protectoras de la maternidad y del trabajo de la mujer, orientadas hacia una igualdad de géneros.

Si comparamos Chile con el resto del mundo, tenemos que señalar tristemente que la tasa de participación laboral femenina, aunque ha tenido un crecimiento sostenido en las últimas décadas, todavía es baja. Según el Reporte de Género de 2009 del Foro Económico Mundial, Chile se encuentra en el lugar número 112 entre 134 países del mundo en términos de oportunidades de acceso al trabajo y generación de ingreso para las mujeres, es decir, Chile, se encuentra entre los países más atrasados del mundo en este tema.

La tasa actual de participación laboral femenina asciende solamente a un 44 por ciento¹. Es importante señalar además, y como para graficar de forma más contundente el atraso de nuestro país en este punto, que la tasa de participación femenina en países del Cono Sur como Argentina, Brasil y Uruguay bordea entre un 50 y 60 por ciento², es decir, casi un 14 por ciento más que nuestro país. Es más, si comparamos nuestra cifra con la de países desarrollados, como por ejemplo, Australia, Canadá, Francia o el Reino Unido, donde la fuerza laboral femenina alcanza entre un 65 a 71 por ciento, nos damos cuenta de que es un punto en el que Chile está muy atrasado y que, por lo tanto, es menester que el Estado legisle y actualice las normas en pos de un avance en esta área, ofreciendo bases de mayores oportunidades para el desarrollo laboral de la mujer, incentivando la igualdad de géneros .

Además de lo ya comentado, que por sí solo ya es un gravísimo antecedente, la baja participación laboral afecta más fuertemente a las mujeres de los estratos sociales más bajos, es decir, las mujeres más vulnerables y con menos educación de nuestro país, y que, en consecuencia necesitan más ingresos. Estas mujeres tienen una participación laboral que no supera el 25 por ciento.

Según la encuesta CASEN del año 2009, 7 de cada 10 mujeres pertenecientes a los niveles socioeconómicos más bajos no percibe ningún tipo de ingreso remuneracional, lo que, en consecuencia, le impide aportar económicamente a sus familias, y así tener mayores oportunidades para salir de la pobreza, además, de seguir dentro de círculos de violencia y drogadicción.

Todo lo anterior, cobra mayor relevancia social si consideramos que en los últimos 20 años los hogares en que la mujer es la jefa de hogar y ella sola tiene que sacar adelante a su familia han aumentado significativamente. Por otro lado, incluso en hogares biparentales, vale decir, los

¹INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICAS DE CHILE. Baja participación laboral femenina. [en línea] <<http://www.ine.cl/noticia.php?opc=news&id=143&from=filenews&lang=esp>> [consulta: 20 septiembre 2010]

² INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES. Fuerza laboral de la mujer en el 53%. [en línea] <http://www.inmujeres.gub.uy/mides/colgado.jsp?contentid=10318&site=1&channel=inmujeres> [consulta: 15 diciembre 2010]

hogares que cuentan tanto con el padre como la madre, nuestro país continúa culturalmente con una base conservadora, en que existe una marcada separación de responsabilidades familiares, y donde se ve al hombre como el proveedor –incluso cuando la mujer trabaja y aporta económicamente a la casa, incluso más que el hombre- y la mujer como encargada de la crianza de los hijos y de las labores domésticas. Todo esto genera un cuadro social complejo y que es base de problemas fundamentales dentro de nuestra sociedad.

En la encuesta Voz de Mujer del año 2005, se señalaba que más del 60 por ciento de las mujeres trabajadoras asumían totalmente las responsabilidades de la educación y cuidado de los niños. Por otro parte, el 42 por ciento de los hombres que dice cooperar en estas labores, lo hacen desde un rol secundario, basado en el ejercicio de la autoridad y la participación en actividades recreativas con sus hijos –este rol secundario de asistente, marca que la mujer es la responsable en el cuidado de la casa y los niños, ellos sólo colaboradores-.

Con el ingreso de la mujer al mundo del trabajo, haciéndose así partícipe en el sustento económico del hogar, se debiera esperar un apoyo más sistemático de los hombres en las labores domésticas, especialmente aquellas asociadas al cuidado de los niños, teniendo no sólo un rol secundario, sino una coparticipación en estos trabajos. Esta coparticipación en todas las labores –tanto laborales, de crianza y doméstica- es un objetivo que el Legislador debe tener en mente para generar un cambio social.

Junto a lo anterior, es importante señalar, que además de esta dificultad en la armonización de roles, existe una discriminación en la contratación de mujeres. Este no es un tema baladí, sino que es un problema grave, que al igual que la situación ya relatada anteriormente, debe tener prioridad para el trabajo como país, para poder alcanzar una igualdad de oportunidades entre los géneros, y otorgar a las mujeres las oportunidades necesarias para su desarrollo íntegro, generando un círculo virtuoso, que ayudaría a superar muchos problemas que nos afectan como país.

Antes de pasar a las causas de la discriminación hacia la mujer, nos referiremos a su situación en el mercado laboral chileno y cómo ha logrado su incorporación en él.

Es muy importante tener en cuenta que Chile sólo alcanzará el desarrollo económico y social si sus mujeres participan activamente del mundo laboral y para ello es primordial disminuir la carga que para ellas significa hoy, el cuidado de sus hijos y entregarle normas que protejan la maternidad y busquen la igualdad de géneros. Por esto, tiene que ser un aspecto fundamental para el Estado el entregar a los trabajadores y trabajadoras soluciones concretas para la conciliación de familia y trabajo, eliminando los costos que implica tener hijos, de la contratación de las mujeres y fomentando la corresponsabilidad de ambos padres en la crianza estos.

2. Historia de la participación de la mujer en el mercado laboral chileno

El comienzo de la inclusión progresiva de la mujer en el mercado laboral chileno se remonta desde fines del siglo XIX, llegando a conformar un tercio de la población activa en los primeros años del siglo XX. Esto, influido principalmente, por la migración que existía desde el campo a la ciudad, y el desarrollo de centros urbanos, mineros y administrativos, característicos en esa época, todo dentro del contexto de la cuestión social.

La participación de la mujer en el mundo laboral a principios del siglo XX, se concentró principalmente en la industria, identificándose por su trabajo en las fábricas, que en ese tiempo demandaban mucha mano de obra a bajo costo. En esta época, las mujeres no sólo se encontraban empleadas en los trabajos peor remunerados, sino que, además, recibían sólo la mitad del sueldo de un hombre con el mismo cargo.

En la década del treinta, el porcentaje de participación femenina en los trabajos remunerados, en razón de la crisis económica, disminuyó considerablemente, llegando a ser sólo un quinto del total de trabajadores.

Durante los años cuarenta, la participación de la mujer vuelve a aumentar, pero ahora en el área de profesiones y oficios con especialización. Es en esta época donde aparecen las primeras mujeres con título profesional.

En los años cincuenta, continúa en aumento la participación de las mujeres en trabajos remunerados, concentrándose en industrias y servicios. Acá, aparecen las mujeres oficinistas y las vendedoras.

A partir de 1970, la proporción femenina en la fuerza laboral tuvo un crecimiento sostenido hasta alcanzar un tercio de la misma, a mediados de los años ochenta. En esta época el crecimiento fue inclusive a tasas mayores que la de los hombres. Así, sigue creciendo notablemente en la época de los ochenta.

En los años noventa, sigue la misma tendencia, aumentando desde un 30,6 por ciento en 1992 a un 35,6 por ciento en el año 2004.³

Es importante señalar, que la tasa de participación femenina aumenta en todos los grupos de edad, aunque no de forma igualitaria, ya que los grupos que registran los mayores aumentos corresponden a las mujeres entre 25 a 34 años y entre 45 a 54 años.

Esta mayor presencia de las mujeres en el mercado laboral, se percibe tanto en sectores de la actividad económica tradicionales femeninos, así como en rubros no tradicionales, tales como pesca, intermediación financiera, actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler, aumentando éste último en 4,26 puntos porcentuales. Sin embargo, estos sectores aún representan una proporción baja del total de mujeres ocupadas, así el aumento más significativo se registra en servicios comunitarios, sociales y personales⁴.

El significativo crecimiento de la participación de la mujer en el mercado laboral en los últimos años sin duda ha significado un avance positivo para el país en los más variados ámbitos. Este aumento, como ya dijimos, no es suficiente para decir que hemos cumplido con la

³ INSTITUTO Nacional de Estadísticas. Censo 2002 síntesis de resultados. Santiago Chile, Empresa Periodística la Nación S. A., 2003. 50p.

⁴ INSTITUTO Nacional de Estadísticas. Censo 2002 síntesis de resultados. Santiago Chile, Empresa Periodística la Nación S. A., 2003. 50p.

meta, ya que nos encontramos dentro de los países con las menores oportunidades para las mujeres, situación que no podemos obviar, y es necesario que el Estado entregue las políticas públicas y las normas que nos permitan este avance.

3. Maternidad y participación laboral de la mujer en Chile actualmente

La maternidad no es un factor que sea irrelevante para estudiar la participación de la mujer en el mercado del trabajo. En Chile, como en el resto del mundo, las mujeres con hijos tienen menor participación laboral que las mujeres sin hijos.

Según datos de la encuesta CASEN del año 2006, podemos señalar que sólo el 34,23 por ciento de las mujeres con hijos menores de un año trabaja, pero más de la mitad de las mujeres sin hijos menores de dieciocho años lo hace. También influye en la participación laboral femenina cuál es la cantidad de hijos, junto con los años de estos.

Los hijos, también afectan la experiencia laboral de la mujer. En las madres, cada hijo se asocia con una pérdida de experiencia laboral promedio de casi 1,9 años, esto a diferencia de los hombres, que cada hijo representa un incremento en su experiencia laboral de aproximadamente nueve meses.

Toda esta relación es un fiel reflejo de la separación de roles que comentábamos en párrafos anteriores, donde es la madre quien se encarga de la educación y cuidado de los hijos y al padre se ve como el ente proveedor, junto con la discriminación en el mercado del trabajo que inducen a las mujeres a tener una mayor presencia en el hogar.

En apartado quisiéramos describir una situación que demuestra la existencia de una falencia en las normas de protección a la maternidad. Es por todos sabido, que las mujeres en nuestro país, buscan extender su postnatal mediante licencias engañosas. Esto se nota claramente en las estadísticas agregadas del gasto gubernamental en licencias por incapacidad laboral.

Este fraude –junto con demostrar la necesidad de una mejora en las normas que protegen la maternidad- incide en el prejuicio que tienen los empleadores de que es menos beneficioso contratar mujeres en vez de hombres, aumentando la discriminación de género y además, afecta la desigualdad entre las personas más adineradas en relación a las más vulnerables, ya que, las mujeres más capacitadas tienen mayor acceso a la información y comprensión del sistema y, además, cuentan con la posibilidad de encontrar un médico que trate a sus hijos y esté dispuesto a extender una licencia fraudulenta.

Está comprobado, que las mujeres que utilizan licencias fraudulentas para extender su permiso postnatal son las mujeres de los más altos estratos sociales, lo que además, genera un mayor gasto del Estado.

Así, lamentablemente, tenemos que señalar que el uso engañoso de licencias para extender el permiso de postnatal, es una costumbre ampliamente extendida, lo que es claramente, una conducta inaceptable y que es necesario erradicar.

4. Impedimentos de incorporación de la mujer al mercado laboral

Como ya hemos relatado someramente en los párrafos anteriores, existen muchos factores que actualmente entorpecen el ingreso de las mujeres al mercado laboral. Entre ellos, y como uno de los más relevantes, podemos nombrar, la división del trabajo entre hombres y mujeres y su separación de roles dentro de nuestra sociedad conservadora.

Esta división del trabajo asigna a las mujeres el espacio privado, vale decir, la crianza y cuidado de los niños y a los hombres el espacio productivo o público, es decir, el ya tan nombrado rol de proveedor. En razón de este factor, podemos explicar las menores oportunidades que tienen las mujeres para acceder a recursos materiales, sociales y, específicamente, mayores oportunidades para el desarrollo laboral y su inserción en el mercado del trabajo.

Culturalmente, se atribuye a la mujer la responsabilidad del hogar y el trabajo doméstico. Incluyendo en este trabajo no sólo los quehaceres de la casa, sino que además el cuidado y responsabilidad de los demás miembros de la familia, especialmente, de aquellos que no pueden valerse por sí mismos o se encuentran enfermos o con alguna discapacidad.

Para la mujer, esta responsabilidad doméstica, opera como una limitación al momento de plantearse el ingreso al mercado laboral, ya que si no encuentra la solución para desempeñar las múltiples tareas que demanda este trabajo doméstico, es muy difícil que se pueda incorporar con plena libertad a un trabajo con jornada completa.

En este sentido la flexibilización del mercado laboral ha ayudado mucho a ir disminuyendo la influencia de este entorpecimiento con trabajos de jornadas parciales, pero aún, muchas mujeres no pueden acceder a estos trabajos si no cuentan con un apoyo concreto en el ámbito doméstico.

Las mujeres tratan, de alguna forma, de encontrar el apoyo necesario para poder salir al mercado laboral delegando sus funciones, por lo menos, de cuidado de los más pequeños del grupo familiar, en alguna de las siguientes opciones: familiares, vecinos, personas de confianza o simplemente, en establecimientos destinados al efecto. Lamentablemente muchas de estas opciones son de carácter precario y temporal lo que hace a su vez más frágil el eventual ingreso de las mujeres a actividades laborales remuneradas. Por lo mismo las soluciones más estables están en el fortalecimiento y desarrollo de redes comunitarias o institucionales, como políticas de gobierno a nivel comunal o a nivel de Estado. Así, con soluciones más estables, las mujeres se pueden sentir seguras de poder acceder al mercado del trabajo, sin el temor de que le fallen los apoyos en sus labores domésticas y tengan que fallar en sus labores profesionales.

Otro factor que dificulta el ingreso de las mujeres al mercado laboral, es la discriminación existente en la contratación de mujeres versus la contratación de hombres.

La discriminación de la mujer en el mercado laboral obedece a múltiples razones, una de ellas está ligada a los diversos roles de la mujer, que ya analizamos como una barrera de ingreso al mundo laboral, considerando que la mujer buscará un empleo que le acomode en horario y

remuneración para poder sacrificar un aspecto de su vida. Esto es difícil de conciliar, ya que el mercado laboral ofrece empleos que no gratifican el sacrificio de la mujer.

Otro elemento de discriminación es la creencia generalizada de los empleadores, en cuanto al mayor costo asociado que implica la contratación de mujeres en razón del ejercicio de la maternidad y del cuidado de lactantes e hijos. Es importante señalar en este aspecto, que de acuerdo a múltiples estudios se ha demostrado que los costos no salariales de las mujeres no excede del 0.2 por ciento respecto a la contratación de hombres⁵.

Se han hecho diversas actividades como seminarios y campañas para lograr cambiar el convencimiento erróneo que existe sobre los costos de contratación de mano de obra femenina. Desgraciadamente, no se ha logrado con ello los resultados esperados. Sin embargo, la experiencia comparada muestra que no existe otro camino para enfrentar este problema que la difusión masiva de la información a empleadores sobre el nulo costo extra que implica contratar mujeres por sobre hombres.

Como lo anunciábamos, uno de los puntos trascendentes en cuanto a la discriminación de la mujer, está vinculado a la maternidad y lactancia de los hijos, como consecuencia de las normas que regulan esta situación, que han favorecido a la mujer en algunos aspectos, pero por otro lado han fomentado la discriminación existente.

En estos tres factores podemos resumir los impedimentos que tienen las mujeres en el ingreso al mercado laboral, en razón de la maternidad.

Si queremos un efectivo avance en esta materia, es necesario que las políticas públicas contemplen respuestas a cómo eliminar estas barreras de entrada de la mujer al mundo del trabajo. En términos muy generales, es forzoso, por una parte, impulsar cambios culturales en la

⁵TODARO, Rosalía. Encuesta de remuneraciones y costo de la mano de obra, análisis por sexo. Documento de Trabajo N°75. Servicio Nacional de la Mujer. 2002.

sociedad que implique que la responsabilidad doméstica y el conjunto de sus tareas, sea asumida conjuntamente por hombres y mujeres y, por otra parte, incentivar la creación de redes comunitarias o institucionales que apoyen efectivamente el rol de la mujer. También el diseño de estos planes tiene que estar orientados a una mayor flexibilidad en los trabajos y desligar los costos de la maternidad a la contratación de las mujeres.

5. Protección de la maternidad: normativa vigente en Chile

Las primeras normas relativas a la protección a la maternidad son del año 1917, cuando se dictó la ley N° 3.185 que estableció la obligación de las empresas con más de 50 obreras a disponer de salas cunas para que éstas pudieran atender a sus hijos.

El Código del Trabajo de 1931 contenía un título especial para este tema, y que sirvió de base para la regulación actual.

Así las cosas, las normas de protección a la maternidad están tratadas en el Código del Trabajo, en el Libro II, de la Protección a los Trabajadores, en el Título II, de la Protección a la Maternidad.

Estas normas son de aplicación general, según lo dispuesto en el artículo 194 del Código del Trabajo que señala expresamente lo siguiente: *“La protección a la maternidad se regirá por las disposiciones del presente título y quedan sujetos a ellas los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado*

Las disposiciones anteriores comprenden las sucursales o dependencias de los establecimientos, empresas o servicios indicados.

Estas disposiciones beneficiarán a todas las trabajadoras que dependan de cualquier empleador, comprendidas aquellas que trabajan en su domicilio y, en general, a todas las mujeres que estén acogidas a un sistema previsional...”.

Consideramos de alta relevancia el artículo anterior, pues de no existir, habrían mujeres que no estarían sujetas a este estatuto de protección, lo que generaría que no se cumplieran los objetivos de protección que inspiran las normas.

Pasemos derechamente a revisar cuáles son los derechos que tienen la madre trabajadora y cómo se ejercitan:

5.1 Prenatal

El derecho al descanso prenatal tiene como objetivo proteger la salud de la mujer y del hijo o hija en gestación, otorgándole la posibilidad a la madre embarazada de ausentarse de su trabajo. Esto en el entendido que el trabajo puede condicionar problemas de salud para la futura madre, sea por condiciones maternas preexistentes, por la exposición a riesgos ocupacionales o por la demanda de nuevas condiciones ergonómicas para la trabajadora asociadas al estado fisiológico de embarazo, previniendo que estos riesgos se puedan traducir en enfermedades maternas y/o perinatales.

El artículo 195 del Código del Trabajo dispone que la trabajadora tenga derecho a un permiso de descanso prenatal de 6 semanas, estableciendo expresamente que es un derecho irrenunciable y prohibiendo, también expresamente, que la mujer embarazada trabaje durante dicho período de descanso.

El artículo 196 del Código del Trabajo establece que el permiso prenatal puede ampliarse:

- a. Si durante el embarazo la mujer sufre alguna enfermedad como consecuencia de éste, tiene derecho a un permiso prenatal suplementario cuyo plazo fijarán los médicos respectivos y que debe ser acreditado por certificado médico; y
- b. Si el parto se produjere después de las 6 semanas siguientes a la fecha en que la mujer hubiere comenzado el descanso de prenatal, éste se entenderá prorrogado hasta el alumbramiento.

Junto con estas normas sobre el prenatal deben considerarse las que impiden que las mujeres realicen trabajos perjudiciales durante su embarazo.

Según lo previsto en el artículo 202 del Código del Trabajo en el caso que la mujer habitualmente desempeñe labores que puedan ser perjudiciales para su salud, deberá ser trasladada a otras que no tengan tal carácter, sin que ello pueda importar reducción de sus remuneraciones. Aun cuando la ley se refiere sólo a la circunstancia de que habitualmente desempeñe trabajos peligrosos, se entiende que si la mujer realiza esos trabajos ocasionalmente, igualmente el empleador no podría destinarla a ellos, por la obligación general que éste tiene de proteger la salud y vida de sus trabajadores, como principio establecido en el artículo 184 del Código del ramo.

La ley se ha encargado de señalar algunos de los trabajos que se consideran como perjudiciales para la salud de la trabajadora embarazada, indicando como tales aquellos que:

- a. Obligan a levantar, arrastrar o empujar grandes pesos;
- b. Exigen un esfuerzo físico, incluido el hecho de permanecer de pie largo tiempo;
- c. Se ejecutan en horario nocturno: la ley no explica qué se entiende por tal; sin embargo, usando el elemento de interpretación de la analogía, se aplica la misma regla legal utilizada para prohibir el trabajo nocturno respecto de los menores, es decir, será aquel que se desarrolle entre las 22.00 y las 7.00 hrs.;

- d. Se realizan en horas extraordinarias de trabajo, y
- e. Aquellos que la autoridad competente declare inconvenientes para el estado de gravidez.

En el ámbito de la legislación internacional, el Convenio N° 103 de la OIT, ratificado por Chile, que se refiere a la protección de la maternidad, propone un descanso maternal de a lo menos 12 semanas, durante el cual la mujer tenga derecho a prestaciones pecuniarias y médicas, recomendando que las prestaciones sean suficientes para la manutención de la mujer y el niño y que sean costeadas por la seguridad social o fondos públicos. Sin embargo, este Convenio no establece un período específico de descanso maternal previo al parto.

5.2 Postnatal

El artículo 195 del Código del Trabajo establece un permiso de descanso postnatal de 12 semanas, estableciendo expresamente que es un derecho irrenunciable y prohibiendo, también expresamente, que la mujer puérpera trabaje durante dicho período de descanso.

Es importante tener presente que, el inciso segundo del artículo 195 del Código del Trabajo establece que en el evento de que la madre trabajadora muriera en el parto o durante el período posterior a éste, dicho permiso postnatal o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo, le corresponderá al padre teniendo derecho al mismo subsidio que gozaría la madre, y además tendrá el beneficio del fuero establecido en el artículo 201 del Código del Trabajo. Finalmente, cabe señalar que para hacer uso del derecho a permiso el trabajador debe presentar la correspondiente licencia médica, debiendo el empleador tramitarla en la institución de salud pertinente dentro del plazo de tres días hábiles siguientes a la fecha de recepción del documento.

El artículo 197 del Código del Trabajo dispone que si como consecuencia del alumbramiento se produce una enfermedad comprobada con certificado médico, que impida el regreso al trabajo por un plazo superior al descanso postnatal, el descanso puerperal se prolonga por el tiempo que

determine el servicio encargado de la atención médica preventiva o curativa, este es llamado el postnatal suplementario. La mujer que se encuentre en esta situación tiene derecho a seguir recibiendo el mismo subsidio del postnatal.

El artículo 198 del Código del Trabajo provee que mientras la mujer goce de este descanso maternal o de sus ampliaciones, recibirá un subsidio equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba y sólo se deducirán las imposiciones de previsión y descuentos legales que correspondan. Es importante señalar en este punto, que si bien la ley señala que se debe pagar el sueldo completo, esto tiene un límite máximo de 64,7 UF mensuales contemplado en el DL 3500 de 1980, que limita el máximo imponible.

Es importante tener presente, en relación a los abortos espontáneos y partos prematuros que, para la procedencia del descanso postnatal sólo es necesario que se produzca un parto, sin que se exija que la criatura nazca viva o se mantenga viva durante el transcurso de dicho descanso, así se ha pronunciado la Dirección del Trabajo mediante dictamen N° 2974/085 de 25 de julio de 2003. Por ello, existiendo parto, aun cuando este sea prematuro, procedería que se otorgue descanso postnatal a la trabajadora. En cambio, si se trata de un aborto o interrupción del embarazo no habría derecho a ese beneficio, sin perjuicio de que a la trabajadora se le otorgue una licencia médica común por el tiempo que necesite para su recuperación.

En el ámbito de la legislación internacional aplicable en Chile, rige el mismo Convenio N° 103 de la OIT, ratificado por Chile, que se refiere a la protección de la maternidad, ya resumido en relación con el prenatal. La Recomendación N° 95, complementaria al Convenio N° 103, recomienda que el descanso maternal sea de 14 semanas y 100% remunerado.

5.3 Licencia por enfermedad grave del hijo menor de un año.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 199 del Código del Trabajo, cuando la salud de un niño menor de un año requiera la atención en el hogar con motivo de enfermedad grave, hecho que debe ser acreditado con certificado médico otorgado o ratificado por los servicios que

tengan a su cargo la atención médica del menor, la madre trabajadora tiene derecho a un permiso y subsidio por el período que el respectivo servicio determine.

Si bien la ley habla de cuidados en el hogar, se entiende que procede este permiso donde se encuentre el menor, aunque no sea en el hogar, como por ejemplo en el hospital.

Es del caso señalar que si ambos padres son trabajadores, cualquiera de ellos y a elección de la madre, puede gozar del permiso y del subsidio señalado –este punto es igual que los permisos por enfermedad grave de un menor de 18 años-.

Hay que tener presente que, la norma establece que el padre gozará de los beneficios cuando la madre hubiere fallecido o él tuviere la tuición del menor por sentencia judicial. En caso de que un tercero tenga el cuidado personal o la tuición otorgada judicialmente, a él le corresponderá ejercer este derecho.

La trabajadora que hace uso del permiso señalado tiene derecho a percibir un subsidio equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba, del cual sólo se deducen las imposiciones de previsión y descuentos legales que correspondan, vale decir, el mismo subsidio que en los descansos pre y postnatales. El cálculo del monto del subsidio considera las remuneraciones que haya recibido en los tres meses anteriores más próximos al mes en que se inició la licencia.

Las licencias se autorizan por períodos hasta de 7 días corridos prorrogables por lapsos iguales. Cuando las licencias sobrepasan un total de 30 días corridos, el reposo posterior que se conceda podrá extenderse por todo el período que se estime necesario.

En caso que los beneficios procedentes fueran obtenidos de manera indebida –situación que como comentaremos en el último capítulo, es de usual ocurrencia en nuestro país-, los trabajadores involucrados serán solidariamente responsables de restituir las prestaciones pecuniarias percibidas, sin perjuicio de las sanciones penales que por este hecho les pudiere corresponder.

En la actualidad las causales de rechazo o reducción de las licencias médicas en general están fundadas en causas de orden médico o jurídico administrativo.

5.4 Fuero maternal

El fuero maternal, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 201 del Código del Trabajo y la referencia que hace al artículo 174 del mismo cuerpo legal, es el derecho que goza una trabajadora embarazada, de que su empleador no podrá poner término al contrato de trabajo sino con autorización previa del juez competente. Este beneficio se extiende desde el inicio de su embarazo hasta un año después de expirado el descanso de postnatal.

Con respecto al fuero maternal, es necesario tener presente que el artículo 201 del Código del Trabajo dispone que durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad la trabajadora estará sujeta al artículo 174, el que habla del fuero laboral, es decir, el legislador, se remite a las normas del fuero antes tratadas en el Código Laboral.

Así las cosas, la trabajadora goza de este fuero maternal, por lo que procederemos a determinar en qué consiste este beneficio y las acciones que tiene la empresa para poner término al contrato de una trabajadora que goza de esta derecho.

El fuero laboral es una protección contemplada en la ley en favor de ciertos trabajadores que por su especial condición requieren de inamovilidad laboral. También se da este caso con los directores sindicales y los trabajadores que negocian colectivamente, y que como señalamos, en el fuero maternal, el legislador se remite a las normas contempladas para éstos.

La protección antes señalada, se encuentra expresamente establecida en el artículo 174 del Código del Trabajo que dispone 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 las del artículo 160. Estos artículos determinan que, sólo se podrá remover al trabajador en las siguientes situaciones:

1. Al tratarse de un contrato de trabajo a plazo, este plazo se ha vencido (artículo 159 N°4). Es importante señalar en este punto, que dentro del plazo del contrato, la madre trabajadora goza del fuero al igual que si estuviera contratada de forma indefinida.
2. Cuando el contrato de trabajo sea por un trabajo o servicio específico y este se haya concluido (artículo 159 N°5).
3. Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones (artículo 160 N° 1 letra a).
4. Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa (artículo 160 N° 1 letra b).
5. Injurias proferidas por el trabajador al empleador (artículo 160 N° 1 letra c).
6. Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña (artículo 160 N° 1 letra d).
7. Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador (artículo 160 N° 2).
8. No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; asimismo la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a cargo actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra (artículo 160 N° 3)
9. Abandono del trabajo por parte del trabajador (artículo 160 N° 4).
10. 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 (artículo 160 N° 5)
11. El perjuicios material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, o a la salud de éstos (artículo 160 N° 6).
12. El incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato (artículo 160 N° 7).

De lo anterior, se desprende que el fuero no consiste en una inamovilidad absoluta del trabajador respecto de su trabajo, sino más bien relativa, en cuanto se le impone al empleador la obligación de que al querer despedir a esta especial clase de trabajadores, ello sólo sea posible si se ha solicitado previamente la autorización al juez competente para concretarlo.

Frente al caso que una trabajadora aforada sea despedida, sin mediar autorización judicial, el inciso 4° del artículo 201 del Código del Trabajo establece que la medida quedará sin efecto, y la trabajadora volverá a su trabajo, para la cual sólo bastará la presentación del correspondiente certificado médico o de matrona, agregando que la afectada deberá hacer efectivo este derecho dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde el despido.

En este caso, si el empleador debió reincorporar a sus labores habituales a una trabajadora despedida que gozaba de fuero laboral, que después de haber sido despedida y que por el término de los servicios percibió las indemnizaciones por años de servicios y la sustitutiva del aviso previo, la Dirección del Trabajo ha señalado en su jurisprudencia administrativa, entre otras, en dictámenes N° 3160, de 22 de junio de 1984 y N° 38489/155, de 15 de julio de 1992, que producido el regreso al trabajo, la dependiente debe restituir la indemnización por años de servicios y demás beneficios que hubiere percibido con ocasión del término de la relación laboral que ha quedado sin efecto.

En relación al aborto o que el niño nazca muerto, el dictamen N° 3.143 de 27 de mayo de 1985, de la Dirección del Trabajo, señala que, tratándose de fuero maternal el bien jurídico protegido es la maternidad; y tiene por objeto mantener el empleo de la mujer para que ésta tenga asegurado el origen de sus ingresos y pueda alimentar y criar a su hijo durante el lapso de un año. De esto podemos señalar que, la trabajadora que ve interrumpido su estado de embarazo por un aborto, ya sea espontáneo o provocado, o que sufre la pérdida de su hijo recién nacido o cuyo hijo nace muerto, no tiene derecho a gozar del fuero maternal previsto en el artículo 201 del Código del Trabajo, habida consideración de que, en tales circunstancias, no existe un hijo a quien cuidar, presupuesto jurídico que hace a la mujer acreedora de una especial protección en materia de permanencia en el empleado.

La Dirección del Trabajo ha señalado en su jurisprudencia administrativa, entre otras, en el dictamen N° 4535/209 de 05 de agosto de 1994, que la mujer embarazada o aquella que es madre de un recién nacido o que se encuentra en el período puerperal o dentro del año siguiente a la expiración de dicho período, y que ingresa a una empresa suscribiendo por primera vez un contrato de trabajo, adquiere el derecho a gozar de fuero maternal y, por ende, el respectivo empleador no podrá poner término a dicho contrato durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, según sea la situación en que se encuentre la respectiva trabajadora, salvo autorización judicial previa otorgada conforme a lo prevenido en el señalado artículo 174. Así, podemos decir, que el fuero sigue a la mujer, y si es empleada durante este tiempo, gozará del beneficio aunque su hijo haya nacido previo a la contratación.

En conclusión, cuando se está frente a un caso de este tipo, es necesario tener presente que:

1. La trabajadora, se encontrará protegida por el fuero maternal desde la fecha presunta de inicio de su embarazo hasta un año después de terminado su descanso de post natal, es decir, un año doce meses después del parto.
2. La única forma de poner fin a esta relación laboral antes del término de su fuero es solicitando la respectiva autorización al Tribunal Laboral competente, argumentando alguna de las causales ya señaladas anteriormente.
3. En el caso de las trabajadoras embarazadas contratadas a plazo fijo y respecto de las cuales se estima necesario solicitar su desafuero, la respectiva demanda deberá ser entablada en el respectivo Juzgado del Trabajo con anterioridad al vencimiento del plazo del contrato de trabajo.

5.5 El fuero maternal y las Empresas de Servicios Transitorios

Según lo señalado por el artículo 183-AE del Código del Trabajo, las trabajadoras contratadas por las empresas sujetas al régimen de servicios transitorios, gozan del fuero maternal pero este cesa de pleno derecho al término de los servicios prestado a la empresa denominada usuaria (aquella en que se prestan los servicios). Por lo tanto, llegado el plazo de término de la puesta a

disposición de los servicios en la empresa usuaria, no se requerirá de la autorización judicial para ponerle término al contrato, como sí se necesita en los contratos a plazo fijo.

Así, la trabajadora que ha sido contratada en la forma señalada en el párrafo anterior, goza de fuero laboral mientras duran las labores específicas para las cuales ha sido contratada, no pudiendo, durante este período ponerse término a su contrato sino con autorización previa del juez competente, según las reglas generales, autorización que no se necesita cuando estos servicios llegan a su fin, pues el fuero maternal cesa de pleno derecho.

Es importante señalar que si por alguna de las causales que establece la ley, se asignare la calidad de empleador a la empresa usuaria, el fuero maternal se aplicará conforme a las reglas generales del Código del Trabajo, dejando de lado la excepción señalada en el párrafo anterior.

Según el Ordinario N° 3014/058 del Departamento Jurídico de la Dirección del Trabajo, emitido con fecha 17 de julio de 2008, *“la razón que tuvo en vista el legislador para establecer el fuero en estudio sólo por el período de vigencia del respectivo contrato de servicios transitorios, según aparece en la historia fidedigna de la ley N°20.123, fue el carácter especialísimo de ellos, ya que se trata de contratos eminentemente temporales, cuya duración podría ser muy breve, estimándose que consagrar el fuero maternal respecto de los trabajadores de servicios temporarios, judicializaría y entorpecería la relación temporaria”*.

5.6 Permiso parental

El artículo 195 inciso segundo del Código del Trabajo señala que, el padre tiene un derecho irrenunciable a un permiso pagado de cinco días en caso de nacimiento de un hijo o hija

Este permiso puede ser ejercido de dos maneras diferentes, a elección del padre:

- a. Cinco días corridos desde la fecha del parto.

- b. Cinco días distribuidos dentro del primer mes de vida del menor. No se exige forma de distribución y tampoco previo acuerdo con el empleador, por lo que se puede hacer de la forma en que el hombre estime pertinente.

Por otra parte, cabe indicar que el permiso por los cinco días que 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 a considerar para estos efectos los días en que le corresponde hacer uso de su descanso semanal, sea éste, legal o convencional. Es importante señalar que, para los efectos de hacer uso del derecho el padre trabajador deberá solicitarlo por escrito al empleador, quien no lo podrá negar, pero podrá exigir que se acredite la circunstancia de existir el hecho que lo motive, lo que podrá hacerse con certificado de nacimiento. Si el permiso se ejerce a contar del día del parto la acreditación se hará en forma posterior.

Es importante tener presente que la oportunidad en que corresponde ejercer el derecho de descanso para el padre trabajador está expresamente señalada en la ley, sin establecer al respecto excepciones de ninguna naturaleza. De esta manera, por imperativo legal, el permiso en cuestión debe utilizarse necesariamente dentro del señalado período, por lo que si el trabajador beneficiario, desde la fecha de nacimiento y durante todo el período mensual que lo precede, no se encuentra prestando servicios a causa de una licencia médica, no tiene derecho a impetrar, con posterioridad, el aludido beneficio, puesto que, como ya se dijera, el mismo debe necesariamente hacerse efectivo dentro del primer mes de nacimiento del hijo.

De lo anterior también se desprende que, en el caso de que un padre trabajador se encuentre contratado por un plazo determinado, y éste vence antes de hacer efectivo el permiso de que tratamos, no tiene derecho a que se le compensen los días que se encontraban pendientes por tal concepto, a la fecha de término de su relación laboral por tal causa.

Gozan de este permiso a su vez el padre o la madre que reciba a un hijo en adopción, contado desde la sentencia definitiva. No se exige que el adoptado sea menor de seis meses.

5.7 Sala cuna

En el artículo 203 del Código del Trabajo se señala que el empleador que tenga 20 o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil en su empresa, tiene la obligación de tener salas anexas donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras trabajan.

Esta obligación puede ser cumplida por el empleador si paga los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que la mujer trabajadora lleve a sus hijos menores de dos años, recayendo sobre el empleador el derecho a designar la sala cuna de entre aquellas que cuenten con la autorización de la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI). Si la trabajadora no lleva a su hijo a la sala cuna designada por el empleador no existirá para éste obligación alguna de pagar el costo de aquella donde la madre lleve a su hijo.

Ahora bien, conforme a la doctrina de la Dirección del Trabajo, contenida en dictamen 3280/183 de 30 de junio de 1999, no existe inconveniente jurídico para que el trabajador cuya cónyuge ha fallecido en el parto, utilice los servicios de la sala cuna que mantiene la empresa para la cual presta servicios, para la atención del menor nacido. El fundamento de esta doctrina se basa en que el cuidado personal y la crianza de los hijos no incumbe en forma imperativa ni al padre ni a la madre, sino que a ambos indistintamente, es decir, ambos padres lo ejercen a igual título, pero si fallece uno de ellos, corresponde al otro su totalidad. De esta manera, si fallece en el parto la cónyuge del trabajador, corresponde al padre velar por la crianza y el cuidado personal del menor nacido, de suerte que, radicado en aquél el deber de criar al hijo, cabe sostener que también se han radicado en él los derechos que la ley otorga a la madre trabajadora y que propenden a facilitar el cumplimiento del aludido deber, encontrándose entre estos derecho el disponer de sala cuna donde dejar a su hijo menor de dos años mientras trabaja si en la empresa en que labora mantiene el servicio de la referida sala cuna.

En el caso que la empresa disminuyera la cantidad de trabajadoras contratadas a un número inferior a 20, se extinguirá la obligación de otorgar el beneficio de la sala cuna por parte del

empleador. Todo esto, sin perjuicio, claro está, de que el empleador quiera dar el beneficio en forma voluntaria.

El empleador puede cumplir con su obligación de entregar el beneficio de la sala cuna a sus trabajadoras de acuerdo a las siguientes alternativas

a) Creando y manteniendo una sala cuna anexa e independiente de los lugares de trabajo.

b) Construyendo o habilitando y manteniendo servicios comunes de sala cuna con otros establecimientos de la misma área geográfica.

c) Pagando directamente los gastos de sala cuna al establecimiento que haya designado el empleador para que la trabajadora lleve a sus hijos menores de dos años.

El beneficio de sala cuna, al igual que todos aquellos derechos establecidos por las leyes laborales, según el artículo 5 inciso segundo, son de carácter irrenunciable, por lo que ningún empleador con las características señaladas anteriormente se puede eximir de cumplir con esta obligación.

Aunque la Dirección del Trabajo en ocasiones muy especiales, cuando a la empresa no le es posible proporcionar el beneficio, ha permitido que las partes lleguen a acuerdos para pactar el otorgamiento de un bono compensatorio por un monto que resulte apropiado para financiar el servicio de sala cuna.

También es importante señalar que, si la madre por contrato debiera laborar un día sábado, domingo e incluso en días festivos, el empleador está obligado a proporcionar sala cuna en dichos días, así como también en horario nocturno si la trabajadora le corresponde trabajar de noche. Debido a que es responsabilidad del empleador dar cumplimiento a la norma legal, y será él quien deberá solucionar el problema de falta de sala cuna en los horarios nocturnos o en los días sábado, domingo y festivos.

En el caso de que la trabajadora se encuentre con licencia médica o por estar con feriado, el empleador queda liberado de cumplir con el beneficio de la sala cuna

5.8 Permiso de alimentación

De conformidad con lo establecido en el inciso primero del artículo 206 del Código del Trabajo, las trabajadoras tienen derecho a disponer, a lo menos, de una hora al día, para dar alimento a sus hijos menores de dos años, derecho que puede ejercerse de algunas de las siguientes formas a acordar con el empleador:

- a) en cualquier momento dentro de la jornada de trabajo,
- b) dividiéndolo, a solicitud de la interesada, en dos porciones, de media hora cada una, y,
- c) postergando o adelantando en media o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo.

Ahora bien, si la trabajadora opta por dividir el permiso y así lo solicita al empleador, deberá acordar con éste la oportunidad en que hará uso de las dos porciones de tiempo y la duración que comprenderá cada uno de los dos lapsos de tiempo que comprende el beneficio, dentro del límite señalado por la ley.

Es del caso señalar que el legislador ha establecido expresamente en el inciso 4° del referido artículo 206 que el derecho a alimentar consagrado en la norma legal no puede ser renunciado en forma alguna y le resulta aplicable a toda trabajadora que tenga hijos menores de dos años, aun cuando no goce del derecho a sala cuna. De esta forma, resulta improcedente que se pacte que el permiso para dar alimento a sus hijos dure, en su conjunto, menos de una hora al día.

Es importante expresar que toda trabajadora que tenga un hijo menor de dos años tiene derecho a disponer de una hora al día para darle alimento, sea que goce o no del beneficio de la sala cuna, estos son beneficios independientes. Si la madre trabajadora goza del derecho a sala cuna por tener el empleador contratadas a 20 o más mujeres, tendrá, además, derecho a que dicho tiempo se amplíe al necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre para dar alimentos a sus hijos y,

que el empleador le pague el valor de los pasajes por el transporte que debe emplearse para tal fin.

La Dirección del Trabajo ha establecido en su jurisprudencia administrativa, en dictamen N° 3362/102 de 20 de agosto de 2003, que el tiempo máximo de una hora, que tiene la madre trabajadora para dar alimento a los hijos que se establece en el referido artículo 206, es por cada hijo menor de 2 años que se mantiene en la sala cuna. Así, si la trabajadora tiene hijos de una misma edad o nacidos en parto múltiple o de distinta edad menores de dos años, el tiempo máximo de una hora que tiene derecho para alimentar a sus hijos es por cada hijo menor de dos años.

5.9 Permiso por enfermedad grave del hijo menor de 18 años.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 199 bis del Código del Trabajo, cuando la salud de un menor de 18 años requiera la atención de sus padres con motivo de un accidente grave o de una enfermedad terminal en su fase final o enfermedad grave, aguda o con probable riesgo de muerte, la madre trabajadora tiene derecho a un permiso para ausentarse de su trabajo por el número de horas equivalentes a 10 jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas a elección de ella en jornadas completas, parciales o combinación de ambas, las que se consideran como trabajadas para todos los efectos legales.

Para ejercer el derecho la trabajadora debe acreditar la circunstancia mediante certificado médico otorgado por el médico que tenga a su cargo la atención del menor. Es del caso señalar que si ambos padres son trabajadores dependientes, cualquiera de ellos, a elección de la madre, puede gozar del permiso en comento.

La norma legal establece que el tiempo no trabajado debe ser restituido por el trabajador mediante imputación a su próximo feriado anual o trabajando horas extraordinarias o a través de cualquier forma que convengan libremente las partes. En el evento de no ser posible aplicar dichos mecanismos se puede descontar el tiempo equivalente al permiso obtenido de las

remuneraciones mensuales del trabajador, en forma de un día por mes, por lo que podrá fraccionarse según sea el sistema de pago, o en forma íntegra si el trabajador cesare a su trabajo por cualquier causa.

5.10 Prohibición de Exigir Certificados o Exámenes de Embarazo.

En el artículo 194 inciso final se señala: *“Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, a la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez”*

Es menester señalar en este punto, que la infracción a esta norma legal es sancionada por los Servicios del Trabajo con multa de catorce a setenta unidades tributarias mensuales en vigor a la fecha de cometerse la infracción, multa que se duplica en caso de reincidencia.

6. Subsidio maternal: una protección regresiva

En este ítem quisiéramos analizar el punto de la regresión en relación a los beneficios establecidos en pos de la maternidad, y que ya analizamos en el ítem precedente.

Los subsidios de maternidad (pre y postnatal) en el año 1952 eran financiados por la empresa que contrataba a la mujer. Esta norma generaba una gran discriminación y desincentivo para la contratación de mujeres. En razón de esto, en el año 1985, se modifica esta norma, pasando, estos subsidios, a ser financiados por el Fisco, con cargo a los impuestos generales.

Como ya hemos comentado, el subsidio tanto del pre como del postnatal equivalen a la remuneración completa de la mujer, vale decir, el subsidio que es financiado por el Fisco, se paga de acuerdo a la remuneración de la mujer.

Así, como es una transferencia del Estado a la madre, y se entrega en relación a la remuneración, contradice el principio de la redistribución del ingreso, ya que, las mujeres de más altos recursos –porque tienen un sueldo mayor- reciben una mayor asignación que las mujeres de los más bajos estratos sociales. Convirtiendo al subsidio maternal en una transferencia pública regresiva.

Según la encuesta CASEN, más de la mitad de los recursos destinados a los subsidios maternales se destina a las mujeres del quintil más alto de ingresos; cerca de un 20% al cuarto quintil; 15% al tercer; 10% al segundo y sólo un 5% al quintil más pobre. Estas estadísticas no consideran las mujeres que están fuera del mercado formal del trabajo y que por regla general son aquellas de menores recursos.

Esta regresión está dada porque las mujeres de los más quintiles más altos, pueden acceder a empleos sustancialmente mejor remunerados, y un mayor porcentaje de estas mujeres trabajan de forma remunerada –dentro del mercado formal del trabajo-.

Ya revisadas las normas actuales, y analizando los cambios sociales y culturales del último tiempo, y en relación a la necesidad de conciliar la protección de los hijos con la equidad de géneros y mayores oportunidades para las mujeres, buscando una corresponsabilidad para el cuidado y crianza de los hijos, es que consideramos que es fundamental una reforma en las normas de protección a la maternidad.

CAPÍTULO II

LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

Luego de revisar las normas existentes en nuestro país, pasaremos a estudiar cuáles son las normas que buscan proteger a la maternidad en el Derecho comparado, vinculados a las normas establecidas en convenio más reciente de la Organización del Trabajo.

1. Origen de las normas protectoras de la maternidad y convenios de la organización mundial del trabajo

La protección a la maternidad es y ha sido un tema de preocupación a nivel mundial. Así, cada país en mayor o menor medida, contempla dentro de su legislación laboral normas destinadas a proteger a la mujer en estado de embarazo y luego de dar a luz, garantizándole derechos básicos tanto para ella como para el hijo o hija que está por nacer.

Las normas de protección a la maternidad tienen un claro origen, fundamentalmente enmarcado dentro de la problemática de la “cuestión social”, surgida a finales del siglo XIX y a principios del siglo XX, donde en razón de las deplorables y abusivas condiciones de empleo existentes, y que eran características de la época, se empezaron a dictar leyes para tratar de solucionar o al menos aminorar esta grave situación.

Uno de los principales objetivos de estas leyes fue la creación de mecanismos especiales de tutela para las mujeres trabajadoras, tanto en lo que respecta a la protección de la maternidad, como a la protección de la mujer, por el sólo hecho de ser tal.

Igualmente, desde el nacimiento de la legislación laboral, se ha puesto especial atención en la protección de las mujeres trabajadoras, desarrollando ampliamente a través del tiempo diversos derechos e instituciones para tratar de apoyarlas y ofrecerles un mejor acceso al mercado del

trabajo y, a una mejor calidad de empleos. También, se han ido estableciendo, a nivel internacional, directrices a seguir por los países.

En razón de la preocupación por los trabajadores en general, y por las graves injusticias imperantes en este tiempo, luego de la Primera Guerra Mundial y como parte del Tratado de Versalles que terminó con ella, se creó la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT). Este organismo fue consagrado al impulso de oportunidades de trabajo decente para mujeres y hombres, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana. La OIT tiene como misión fundadora fortalecer la paz laboral, la que es esencial para la prosperidad de los países y el desarrollo íntegro de los seres humanos.

La creación de la OIT es producto de una concientización generada luego de la Primera Guerra Mundial, que trajo la necesidad de efectuar reformas sociales, manifestando que la creación e ejecución de estas reformas sólo podían realizarse con éxito en el ámbito internacional.

Posterior a la Segunda Guerra Mundial, la OIT firmó la Declaración de Filadelfia, que vino a reafirmar sus principios fundamentales, ampliando sus fines y objetivos fundacionales.

La fuerza que impulsó la creación de la OIT fue provocada por consideraciones sobre seguridad, humanitarias, políticas y económicas. Existía un verdadero reconocimiento a la importancia de la justicia social para el logro de la paz, en contraste con un pasado de explotación de los trabajadores en los países industrializados de ese momento. Había también una comprensión cada vez mayor de la interdependencia económica del mundo y de la necesidad de cooperación para obtener igualdad en las condiciones de trabajo en los países que competían por mercados laborales.

En 1946, la OIT se convirtió en el primer organismo especializado asociado a la recién creada Organización de las Naciones Unidas. Es más, es tal la importancia de este organismo en la promoción, organización y paz social, que en el año 1969, con motivo de su 50º aniversario, la Organización fue galardonada con el Premio Nobel de la Paz.

De esta manera, la Organización Internacional del Trabajo, se ha transformado en uno de los organismos con mayor influencia a nivel mundial, en lo que dice relación con la protección y defensa de los derechos de los trabajadores⁶.

Volviendo al tema específico de este trabajo, para la OIT la protección a la maternidad ha sido una constante preocupación desde su creación, lo que ha implicado una protección real y concreta a los derechos de la mujer y la maternidad, logrando así, a nivel internacional, un consenso político y social impensado en tiempos anteriores a su existencia.

Es importante tener presente que, a comienzos del siglo XX, la mujer se identificaba principalmente con labores domésticas, prevaleciendo su rol de madre y esposa, y además, trabajaba en las industrias de la época, en las condiciones más duras e insalubres que nos podamos imaginar.

La OIT por mucho tiempo se basó en el modelo de hombre proveedor y mujer encargada sólo de los cuidados, instaurada por la perspectiva sociocultural de los albores de la protección laboral, pensamiento que recién a comienzos de la década de los años cincuenta dio un vuelcodecretando la importancia del reconocimiento de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia laboral, según se desprende de los nuevos convenios sobre la materia, los que vienen a complementar y a mejorar la tradicional protección a la maternidad.

Se ha vuelto imperante para la sociedad la protección a la mujer en el trabajo y sobre todo en la maternidad, considerando el gran aumento de mujeres que trabajan en la actualidad y que contribuyen con su remuneración a solventar los gastos y necesidades de su hogar.

⁶ NACIONES UNIDAS. Organización internacional del trabajo, programa IPEC. [En línea] <http://www.nacionesunidas.org.sv/index.php?option=com_content&view=article&id=53> [Consulta: 22 julio 2010]

A través de los convenios internacionales de la OIT sobre protección a la maternidad, se puede analizar la evolución que ha tenido esta defensa de la mujer. Es importante, hacer mención, que todos los convenios internacionales de la OIT están basados en el modelo tradicional antes señalado, que hace responsable sólo a la mujer frente a la maternidad, sin considerar ningún tipo de responsabilidad para el padre, amparando que este modelo sea la base del Derecho vigente en los países, sin incentivar así un proceso de integración del hombre en el cuidado de sus hijos y de la familia en general.

Para entender lo anteriormente señalado, pasaremos a revisar cada uno de los Convenios de la OIT referentes al tema:

a) Convenio N° 3 de la OIT sobre la protección a la maternidad:

Adoptado en Ginebra, el 29 de octubre de 1919, corresponde a la primera instauración de normas mínimas internacionales en defensa de la maternidad y el trabajo femenino prestado en empresas industriales o comerciales. Las áreas de aplicación están dadas porque eran las más azotadas por la cuestión social.

El objetivo principal de este convenio fue la protección tanto de la madre como a de su hijo, creando para ambos derechos básicos, mínimos y generales. Estos derechos, actualmente, en parte importante, son los fundamentos de la normativa de protección a la maternidad establecida internacionalmente.

Dentro de sus derechos y según lo establece el artículo 3° del Convenio aludido, podemos señalar que se instaura a favor de la madre trabajadora un descanso prenatal y postnatal de a lo menos 6 semanas cada uno, que incluye la conservación de su empleo y el derecho a percibir prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo. A su vez, si la madre amamanta a su hijo, se le reconoce el derecho a dos descansos de media hora, para permitir la lactancia.

Por otra parte, se instituye en el artículo 4° del Convenio un fuero maternal, conforme al cual se reconoce el derecho de la trabajadora a no ser despedida durante el período de tiempo que comprenden los descansos pre y postnatales o en los que no fuera posible para ella prestar

servicios por causa de enfermedad derivada del embarazo o del parto, hasta el período máximo de tiempo fijado por la respectiva autoridad nacional competente. De esta forma se logra evitar que la disminución de la capacidad laboral expulse a las mujeres del mercado laboral, dejándolas sin medios de subsistencia.

Como podemos apreciar, ya en este primer convenio de la OIT se encuentran establecidos los principales derechos existentes hoy día, sin mucha variación, para la protección de la maternidad.

b) Convenio N° 103 de la OIT sobre la protección de la maternidad

Este convenio se creó con el propósito de modificar y aumentar los derechos consagrados para la madre trabajadora considerados en el convenio N° 3, ya que de acuerdo a lo analizado previamente, éste sólo establecía normas básicas. El convenio N° 103 fue acogido por la OIT el día 28 de junio de 1956. Lo más importante en este convenio es que realiza una extensión en el ámbito de aplicación, ya que viene a considerar a las mujeres que trabajan en empresas no industriales y agrícolas, como también las mujeres asalariadas que trabajen en su domicilio.

Los nuevos derechos que se consideran para la mujer embarazada son, primeramente el derecho para la trabajadora de acreditar su embarazo a través de certificado médico, teniendo derecho por ello a un descanso de maternidad de 12 semanas como mínimo, con la posibilidad de ampliarlo en caso de enfermedad, sin perjuicio que el periodo de descanso maternal después del parto no podrá ser inferior a 6 semanas. En segundo lugar, se consagra el derecho para la trabajadora a percibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas (artículo 4°). Además se reconoce el derecho a la madre trabajadora para dar alimento a su hijo, teniendo la posibilidad de interrumpir su trabajo y concurrir a dar alimento durante uno o varios momentos, cuya duración deberá ser determinada por la legislación interna de cada país. Los espacios de tiempo que las madres utilicen para amamantar deberán ser considerados como trabajados para todos los efectos legales y por lo tanto remunerados (artículo 5°). Por último se crea el fuero laboral para la madre trabajadora, de acuerdo a lo que establece el artículo 6° de este convenio internacional.

c) Convenio N° 183 de la OIT sobre la protección de la maternidad:

Este Convenio fue adoptado con fecha 15 de junio del año 2000, corresponde al último acuerdo celebrado por la OIT en relación al tema de la protección a la maternidad. Este Convenio establece los actuales criterios de la OIT en este sentido, con el objetivo de impulsar la igualdad de las mujeres en la fuerza de trabajo y la promoción de una mujer salud y seguridad de la madre y del hijo.

En cuanto al ámbito de aplicación de este Convenio, cabe destacar que su artículo 2° se establece que, sus disposiciones se aplican a *“todas las mujeres empleadas, incluidas las que se desempeñan en formas atípicas de trabajo dependiente”*. Esta nueva redacción, la OIT incorpora la prestación de servicios por cuenta ajena. Con este convenio la OIT ha incentivado que los Estado debatan y tomen conciencia sobre las mujeres que realizan trabajo atípicos y que igualmente necesitan una defensa de su maternidad.

No obstante, lo anterior, este Convenio permite la exclusión de ciertas categorías limitadas de trabajadoras del ámbito de aplicación de este convenio, antes referido. Esta exclusión debe ser previamente consultada por el Estado a las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores, en los respectivos países. La OIT señala que estas normas de excepción son esencialmente transitorias, pues, el Estado debe asegurar a todas las trabajadoras el goce de las prestaciones mínimas que este instrumento internacional reconoce.

Este punto, es de fundamental relevancia, ya que uno de los principales problemas en nuestro sistema, y que aumenta la situación de regresión de las prestaciones, como lo esbozábamos anteriormente, es que todas aquellas mujeres trabajadoras fuera del mercado formal, no tienen acceso de forma alguna a todos los beneficios en pos de la protección a la maternidad, quedando totalmente desprotegidas, y siendo un incentivo para los empleadores para no contratarlas formalmente.

Con respecto a los beneficios que se otorgan a las madres trabajadoras, resulta importante tener presente que el nuevo convenio de la OIT ha sistematizado y explicitado los derechos que se confieren a la madre trabajadora, por lo que podemos distinguir entre:

- i. Derecho a la protección de la salud: Este derecho está consagrado en el artículo 3° del Convenio. Busca proteger a las mujeres embarazadas y a aquellas que estén en proceso de lactancia frente a la realización de trabajos considerados peligrosos para su estado por la autoridad competente.
- ii. Licencia de maternidad: Consagrado en el artículo 4° del Convenio. Se reconoce a las madres trabajadoras una licencia de maternidad de una duración de al menos 14 semanas, período en el que un mínimo de 6 semanas deberá otorgarse con posterioridad al parto.
- iii. Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones: Corresponde al artículo 5° del Convenio. Sobre la base de la presentación de un certificado médico, se deberá otorgar una licencia, antes o después del periodo de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan éstas como consecuencia del embarazo o del parto.
- iv. Prestaciones pecuniarias: Se establece en el artículo 6° del Convenio. En este artículo se reconoce el derecho de la trabajadora a percibir prestaciones pecuniarias suficientes para su manutención y la de su hijo durante el tiempo de duración de la licencia de maternidad, vale decir, pre y postparto para garantizarle así a ella y a su hijo un nivel de vida y de salud adecuados.
- v. Prestaciones médicas: Establecido en el artículo 6° del Convenio. Se garantiza la asistencia prenatal, así como durante el parto y periodo postnatal, incluida la hospitalización.
- vi. Protección del empleo y no discriminación: Reconocido en el artículo 8° y 9° del Convenio. Esta disposición amplía el derecho al fuero maternal establecido en los convenios anteriores, explicitando que la carga de la prueba en los casos de excepción al fuero recaerá en el empleador. Además, se garantiza el derecho de la madre a retornar a su mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, una vez terminada la licencia de maternidad. Asimismo, con un criterio nuevo que no tiene

antecedentes previos en la normativa anterior de este organismo internacional, el convenio establece una obligación especial para los Estados de adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el trabajo, con inclusión del acceso al empleo. Este punto es trascendental importancia en razón del contexto social actual en que el modelo de la madre cuidadora y el padre proveedor ha variado –o esperamos que varíe- mutando hacia una corresponsabilidad, así, ahora, la igualdad de géneros y la no discriminación a la mujer es un objetivo tan importante como lo es la protección a la maternidad.

- vii. Derecho a dar alimentos al hijo: Correspondiente al artículo 10° del Convenio. Se reconoce a la mujer el derecho para interrumpir su jornada de trabajo o bien a obtener una reducción de ésta, para los efectos de alimentar a su hijo.
2. Aplicación práctica de las normas y directrices de la organización internacional del trabajo con respecto a la protección de la maternidad en el trabajo en el derecho comparado⁷⁸

De acuerdo a los informes que realiza la OIT, desde la consagración del Convenio N°103, antes referido, los Estados Miembros han logrado un avance tremendo en relación a la protección a la maternidad. Sin embargo, esto aún no es suficiente, siendo necesaria la promoción de la corresponsabilidad y la vinculación de la protección a la maternidad con la igualdad de géneros.

Es importante tener presente, que aunque la mayoría de los países tienen consagradas normas de protección a la maternidad, en especial descansos pre y postnatales, la aplicación de estas normas no es tal, existiendo una gran diferencia en el día a día y la ejecución de los beneficios existentes.

⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Protección de la maternidad en el trabajo, trabajo número 24 [En línea] < <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/magazine/24/matern.htm>> [Consulta: 22 agosto 2010]

⁸ ACOSTA, Elaine, PERTICARA, Marcela, RAMOS C. Empleo femenino: oferta laboral y cuidado infantil. [En línea] <http://sociologia.uahurtado.cl/publicaciones/informe_BID.pdf> [Consulta: 6 agosto 2010]

Es por todo sabido que en el mundo, los modelos de protección a la maternidad son desiguales y varían de un país a otro, dando lugar a que algunas mujeres disfruten de buenas prestaciones durante su embarazo, mientras que otras, están total o parcialmente desprotegidas.

A nivel mundial, las mujeres que tienen menor protección en el ámbito de la maternidad son las que trabajan en los rubros de agricultura, las trabajadoras de casa particular y las trabajadoras con una jornada parcial. Siendo éstas últimas, las más vulnerables.

Aunque con los años se han generalizado y aumentado las prestaciones, los avances logrados no han podido resolver hasta el momento el problema fundamental que afronta la mayoría de las trabajadoras, en su vida profesional: la desigualdad de trato en el empleo debido a su función reproductora, vale decir, la discriminación.

En muchos países, y en razón de la evolución de la economía actual y del cambio dentro del modelo cultural –donde el hombre era el único proveedor- los ingresos de las mujeres son fundamentales para la supervivencia de las familias, sin poder concebir actualmente que la mujer sólo se dedique a las labores del hogar y cuidado de los niños. De hecho, el trabajo de la mujer es la principal fuente de ingresos para un treinta por ciento de los hogares de todo el mundo. En Europa y Estados Unidos, el 59 y el 55 por ciento de las trabajadoras, respectivamente, aportan la mitad o incluso más a los ingresos de la familia. En la India, se estima que 60 millones de personas viven en hogares donde las mujeres son la única fuente de ingresos.

Se estima que en 10 años más, alrededor del 80 por ciento de las mujeres de los países desarrollados y el 70 por ciento de las mujeres en el resto del mundo realizarán trabajos remunerados. Con estas estadísticas tan concluyentes, no queda sino entender la importancia que tienen las normas sobre protección a la maternidad, y la delicadeza con que hay que tratarlas, ya que, el trabajo de las mujeres actualmente, es fundamental para el sustento no sólo de los hijos, sino de la totalidad de la familia.

De acuerdo al análisis que realiza la OIT en el Trabajo N° 24, denominado Protección de la Maternidad en el Trabajo, pasamos a examinar las características generales de la protección de la maternidad en el trabajo y, en concreto, las licencias de maternidad, la garantías de conservación

del empleo, los subsidios monetarios y las prestaciones médicas, y la atención sanitaria a la madre y el hijo.

2.1 Licencia de maternidad

Consiste en un hecho notorio y conocido por todos, y por lo tanto, innegable los cambios fisiológicos en la mujer que conlleva el embarazo y el parto. Por lo tanto, y de forma indiscutible, en razón de proteger la salud de las trabajadoras y de sus hijos, es necesario que la mujer tenga derecho a un período de descanso al nacer su hijo, con garantías de reincorporación a su empleo tras esa interrupción de su actividad, así como de disponer de los recursos de manutención que le permitan hacer frente a sus gastos y a los de su familia; ésta es la esencia misma de cualquier disposición encaminada a conciliar la función de procreación de la mujer con una actividad profesional. Ahora, la forma en que se aplican y llevan a la práctica estos objetivos son los discutibles.

El Convenio N° 183 de la OIT sobre protección de la maternidad en su artículo 4 dispone:

“1. Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas.

2. Todo Miembro deberá indicar en una declaración anexa a su ratificación del presente Convenio la duración de la licencia antes mencionada.

3. Todo Miembro podrá notificar posteriormente al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, mediante otra declaración, que extiende la duración de la licencia de maternidad.

4. Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y del hijo, la licencia de maternidad incluirá un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al

parto, a menos que se acuerde de otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores.

5. El período prenatal de la licencia de maternidad deberá prolongarse por un período equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier período de licencia obligatoria después del parto”.

En comparación con sus antecesores, el Convenio N° 183 establece un período mínimo de licencia más prolongado: 14 semanas, frente a 12 en los Convenios anteriores. La Recomendación N°191, que acompaña a este Convenio, va aún más lejos y propone que los Miembros procuren aumentar la duración de la licencia de maternidad a 18 semanas por lo menos.

Sólo 18 países han ratificado el Convenio N° 183. Sin embargo, son muchos más los Estados Miembros de la OIT que cumplen el requisito de 14 semanas de licencia de maternidad.

En este punto es importante señalar que nuestro país, como ya lo hemos visto en el capítulo anterior, establece 18 semanas de descanso maternal, configurados con un prenatal de 6 semanas y un postnatal de 12 semanas.

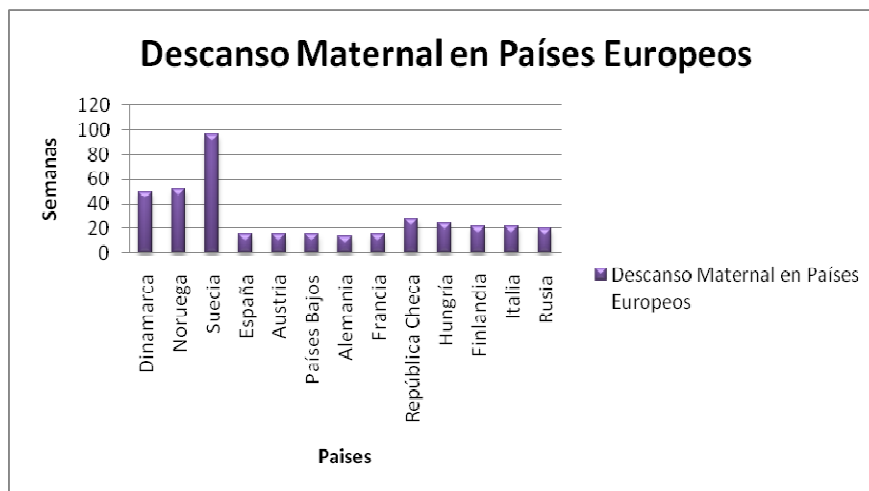
En la actualidad, 119 países cumplen, teóricamente, con la disposición relativa a las 12 semanas –del Convenio N°3 y N°103-; de éstos, 62 otorgan licencias de 14 semanas o de duración superior. Sólo en 31 países la licencia legal de maternidad es inferior a 12 semanas, sin ajustarse a la norma de la OIT.

Entre los países que otorgan las licencias retribuidas de maternidad más prolongadas figuran la de República Checa, Eslovaquia con 28 semanas, Hungría con 24 semanas, Finlandia e Italia con 22 semanas, Rusia con 20 semanas.

Dinamarca, Noruega y Suecia que prevén asimismo largas licencias pagadas (50, 52 y 96 semanas respectivamente), las cuales pueden ser tomadas tanto por la madre como por el padre, sin perjuicio que una parte de la licencia está reservada sólo para la madre.

En el resto de Europa, se prevén licencias por maternidad con las siguientes duraciones: España, Austria, Francia y Países Bajos con 16 semanas, Alemania, Portugal e Irlanda con 14 semanas.

Gráfico 1

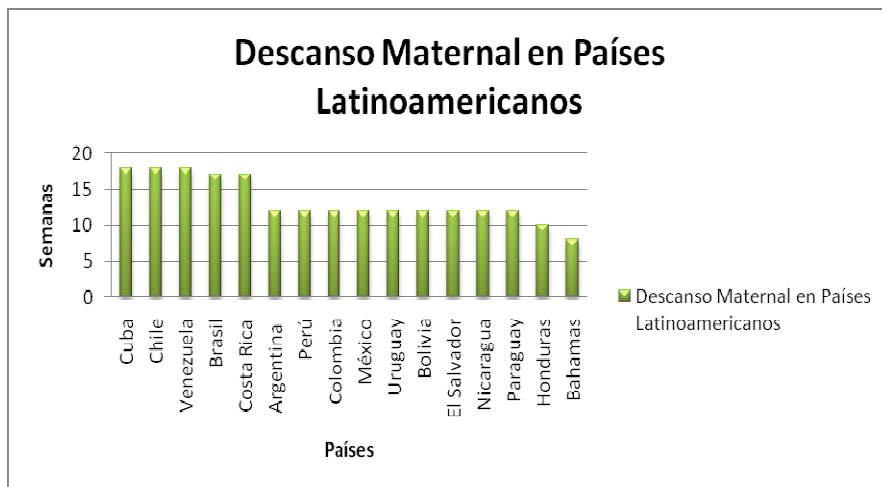


Fuente: Elaboración propia en base a documento Empleo femenino: oferta laboral y cuidado infantil.

En Estados Unidos, existe el derecho para las mujeres de una licencia no retribuida de 12 semanas de duración durante un período cualquiera de 12 meses, con motivo del nacimiento de un hijo y del cuidado del neonato, este derecho está reconocido por la Ley sobre Licencia por Motivos Familiares y Médicos, de 1993. Sin embargo, esta ley se aplica sólo al personal de las empresas que emplean a 50 o más trabajadores.

En Latinoamérica, Cuba, Chile con Venezuela tienen los descansos más largos con 18 semanas, Brasil y Costa Rica con 17 semanas, Argentina, Perú, Colombia, México, Uruguay, Bolivia, El Salvador, Nicaragua, Paraguay con 12 semanas, Honduras con 10 semanas y Bahamas con 8 semanas.

Gráfico 2



Fuente: Elaboración propia en base a documento Empleo femenino: oferta laboral y cuidado infantil.

Según el informe, los convenios colectivos permiten ampliar los beneficios de las trabajadoras. En España, por ejemplo, 18.000 profesores que trabajan en los establecimientos públicos de enseñanza del País Vasco tienen derecho a 18 semanas de licencia de maternidad, dos más de lo dispuesto por ley, y 12.000 profesores empleados en la enseñanza privada tienen derecho a 17

semanas. En México, dos grandes bancos y una empresa de energía y electricidad han aceptado otorgar licencias superiores en una a cuatro semanas al mínimo legal de 12. En el Reino Unido, un estudio realizado entre 240 empresas en 1995 mostró que el 85 por ciento de éstas ofrecían licencias de maternidad de una duración superior a la estipulada por ley.

En los Estados Miembros, el requisito normalmente exigido para ejercer el derecho de licencia de maternidad consiste en haber cumplido un período mínimo de trabajo al servicio del mismo empleador. Por ejemplo, se exige un mínimo de tres meses en Suiza; seis meses en Libia y Siria; seis meses durante el año anterior al parto en Egipto y Filipinas; un año en Australia, Bahamas, Jamaica, Mauricio, Namibia, Nueva Zelanda y Emiratos Árabes Unidos y dos años en Gambia y Zambia. Así, podemos observar que, la tendencia es que mientras menos desarrollado es un país, más antigüedad laboral se exige.

La notificación por anticipado exigida para acogerse a la licencia por maternidad varía de un país a otro. En Australia, la trabajadora debe comunicar a su empleador el embarazo y su intención de solicitar la licencia al menos con diez semanas de antelación a su inicio. En Austria, tan pronto como la interesada tenga conocimiento de su estado, debe informar a su empleador e indicar la fecha probable del parto, además de comunicar, con cuatro semanas de antelación, la fecha de inicio de la licencia prenatal. En Irlanda y el Reino Unido, la notificación debe ceñirse a un procedimiento estricto, cuyo incumplimiento puede dar lugar a que la trabajadora pierda la protección de los tribunales en caso de conflicto. En otros países, las mujeres embarazadas disfrutaban de derechos más amplios; en Dinamarca, Francia, Grecia e Italia, disfrutaban de la protección de la licencia por maternidad por el mero hecho de su nuevo estado, independientemente de cómo y cuándo informen al empleador. En Finlandia, la notificación al empleador es obligatoria sólo si la trabajadora embarazada tiene la intención de acogerse a la licencia más de 30 días antes de la fecha prevista para el parto.

En relación a la notificación al empleador, creemos que lo adecuado es lo utilizado por los países nórdicos, ya que es claro que la protección a la maternidad es por el sólo hecho de su nuevo estado, y que debe establecerse como forma de notificación el sistema más informal y menos

engorroso que se pueda. Estimamos que sería impensado establecer sanciones a un incumplimiento a la forma de avisar al empleador.

En algunos países, el ejercicio del derecho de licencia depende del número de hijos que ya tenga la trabajadora, de la frecuencia del nacimiento de éstos o de ambos factores, así como de su antigüedad en el servicio o del horario de trabajo. En Nepal, la trabajadora tiene derecho a dos licencias de maternidad en su vida activa; en Barbados, Egipto, Granada, Jamaica y Zimbabwe, a tres. En Bahamas y Tanzania, las trabajadoras sólo pueden solicitar una licencia de maternidad cada tres años. Es importante señalar en este punto, que esta clase de limitaciones sólo se da en países menos desarrollados y claramente no es una política adecuada para el cumplimiento de los objetivos que se pretenden con estas normas.

2.2 Protección del empleo

Otro de los derechos que han sido establecidos desde el primer convenio de la OIT es la garantía a las mujeres embarazadas y a las madres jóvenes que no van a perder su empleo por motivo del embarazo, por ausencia del trabajo durante el descanso de maternidad o por parto.

Es importante tener presente que la ausencia de la mujer durante el descanso de maternidad no debería tener consecuencias negativas al reanudar sus actividades profesionales tras este descanso, ni menoscabe los derechos concomitantes al contrato de trabajo, especialmente los que están relacionados con la antigüedad en la empresa, como las vacaciones pagadas anuales, o con la duración de la actividad profesional, como por ejemplo la jubilación.

La prohibición absoluta de dar por terminada la relación de trabajo durante la licencia de maternidad o de comunicar el despido durante dicho período se encuentra en la legislación de un cierto número de países, y se inspira en la del Convenio N° 103 de la OIT. En muchos países, a esta prohibición de despedir durante la licencia de maternidad se añaden disposiciones que

amplían la protección contra el despido más allá de este período, es decir, la protección se extiende al embarazo y a un determinado período después de la reintegración al trabajo. Sin embargo, cabe señalar que la prohibición de despedir durante la licencia de maternidad, aun cuando sea absoluta, no garantiza a las mujeres sino una protección limitada: esta prohibición no las protege contra el despido durante el embarazo, ni cuando se reintegran al trabajo una vez finalizado el descanso de maternidad.

En los artículos 8 y 9 del convenio N° 183 sobre protección a la maternidad establece la protección del empleo. El artículo 8 dispone:

“1. Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.

2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad”.

El Artículo 9 dispone:

“1. Todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo, y ello no obstante el párrafo 1 del artículo 2.

2. Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior incluyen la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que:

a) estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o

b) puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo”.

Para la OIT, un elemento esencial de la protección de la maternidad es la garantía legal de que las mujeres embarazadas y las madres jóvenes no perderán su empleo por causa de embarazo, ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad o parto.

Esta garantía es indispensable para evitar que la maternidad se convierta en un motivo de discriminación contra las mujeres en el empleo, la pérdida de continuidad en el empleo es una desventaja considerable para la progresión profesional de las trabajadoras, que se traduce en pérdidas financieras debido a la reducción de la antigüedad en el empleo, del monto de las pensiones, de las vacaciones anuales pagadas y de otras prestaciones relacionadas con el empleo.

En Estados Unidos, está prohibido aplicar medidas discriminatorias contra las mujeres embarazadas, las puerperas y las que sufren de alguna afección relacionada con el nacimiento de un hijo, pero sólo en el caso de que estén empleadas por una empresa con 15 o más trabajadores.

La OIT ha determinado que en 29 países al menos, en su mayoría de África y Asia, se han adoptado leyes que establecen una prohibición absoluta del despido, por cualesquiera motivos, de las trabajadoras durante la licencia de maternidad. Se trata de Bahrein, Belice, Benin, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Camboya, Chad, Congo, Costa de Marfil, Djibouti, Fiji, Gabón, Ghana, India, Islas Salomón, Israel, Lesotho, Libia, Madagascar, Malí, Marruecos, Mauritania, Níger, Nigeria, Senegal, Sri Lanka, Uganda y Uruguay.

Según la OIT, para que la protección contra el despido sea efectiva, también debe abarcar el período que sigue a la reintegración al trabajo.

El tiempo real de protección difiere considerablemente de un país a otro: en China, Haití y Rumania sólo comprende el período puerperal, que no está definido con precisión. La protección postnatal dura 30 días en Bélgica y Corea del Sur, 12 semanas en Costa de Marfil y Luxemburgo, tres meses en Chipre, 16 semanas en Suiza, cuatro meses en Austria, Etiopía y Alemania, cinco meses en Brasil, seis en Hungría, nueve en Laos, un año en Afganistán, Angola, Bolivia, Grecia, Mozambique, Somalia, Venezuela y Vietnam, y 15 meses en Malí y Senegal.

Es importante señalar que varios países adoptan normas vinculadas a la flexibilidad de los permisos, verbigracia podemos nombrar que en Bélgica cada padre tiene derecho a tres meses de permiso parental que debe usar antes de que el niño cumpla cuatro años, este permiso puede tomarse a tiempo completo o se puede transformar en seis meses de permiso durante el cual el empleado trabaja medio tiempo o quince meses en los que se trabaja con una jornada de 80 por ciento. En tanto, en Luxemburgo, los seis meses de permiso parental pagado se pueden tomar en cualquier momento antes de que el niño cumpla los cinco años y también puede tomarse de forma parcializada dentro de la jornada, como en Bélgica. Por otra parte, países como Francia, Alemania, Grecia, Noruega, España, Países Bajos, Suecia e Irlanda, tienen políticas de descanso maternal que incluyen diversos grados de flexibilidad.

Creemos que este punto sobre la protección del empleo es discutible, ya que, si tomamos el actual modelo de corresponsabilidad en el cuidado de los hijos y de igualdad de género, normas como el fuero maternal, sólo nos producen discriminación para el acceso al mercado formal del trabajo para las mujeres. Estimamos que es fundamental buscar alternativas igualmente protectoras para asegurar el sustento para la mujer y su hijo, y las políticas de flexibilidad apuntan a avenir ambos objetivos.

2.3 Prestaciones médicas y pecuniarias

Desde que los Estados Miembros de la OIT adoptaron en 1919 el primer Convenio sobre la protección de la maternidad se han hecho notables progresos en cuanto a la concesión a las trabajadoras de la licencia de maternidad remunerada. En esa época, sólo nueve de los 29 países que habían instituido la licencia de maternidad obligatoria pagaban subvenciones por medio de algún tipo de sistema de seguro. En 1952, eran alrededor de 40 los países que habían promulgado legislaciones sobre el seguro social obligatorio que preveían prestaciones de maternidad. Ahora, hay más de 100 países en todo el mundo que reconocen el derecho de la mujer a la licencia de maternidad remunerada y que, en consecuencia, garantizan el suministro de prestaciones de seguridad social antes y después del parto.

Las prestaciones de maternidad en los Estados Miembros de la OIT incluyen por lo general la asistencia médica y algún tipo de ingresos sustitutivos durante la licencia, ya se suministren por medio de la seguridad social, de fondos públicos o de un sistema mixto de financiación pública y privada.

La necesidad de proporcionar prestaciones en efectivo ha sido reconocida en todas las normas de la OIT sobre protección de la maternidad. Las prestaciones en efectivo suministradas durante la licencia de maternidad tienen como fin sustituir una parte de los ingresos que deja de percibir la mujer como consecuencia de la interrupción de su actividad profesional. Sin esa asistencia financiera, la pérdida de ingresos durante la ausencia de la mujer en concepto de licencia, junto con el aumento de los gastos resultante del embarazo y del parto, plantearía problemas financieros a muchas familias. En tales circunstancias, las mujeres podrían verse obligadas a reincorporarse a su trabajo antes de haber agotado su derecho a licencia y, tal vez, antes de que esa reincorporación sea aconsejable desde el punto de vista médico. Las prestaciones en efectivo dan sentido al derecho a licencia y, por lo general, la duración de tales prestaciones coincide con el período de licencia, si bien no siempre sucede así.

En muchos países, los métodos utilizados para cubrir el costo de las prestaciones de maternidad parecen por lo general ajustarse a las disposiciones de los instrumentos de la OIT. En la mayoría de los países de Europa y de América Latina, así como en varios países de África y de Asia, las prestaciones de maternidad se proporcionan dentro del marco del seguro social, que es en general obligatorio. En un gran número de éstos, las prestaciones se financian por medio de contribuciones pagadas por los empleadores y los trabajadores de ambos sexos sin distinción en cuanto a la edad. Ahora bien, en más de una tercera parte de los países examinados, los empleadores eran los principales responsables, si no los únicos, de las contribuciones al seguro social. A veces, los gobiernos cubrían los costos administrativos, así como cualquier posible déficit. Muchos países utilizan también los ingresos tributarios para cubrir los costos de las prestaciones.

En varios países, las prestaciones de maternidad se financian por el Estado, en general como parte de un sistema de asistencia social. Mientras que los sistemas de seguros que se basan en

recursos financieros y en servicios médicos específicamente asignados pueden por lo general garantizar una cobertura efectiva, los sistemas basados en la asistencia social, cuando se aplican a sectores más amplios de la población, sólo pueden ofrecer prestaciones modestas. Esto da lugar a diferentes niveles de asistencia médica en función de si las mujeres tienen acceso a esta asistencia en su calidad de trabajadoras cubiertas por la seguridad social o de si solicitan asistencia en virtud de los sistemas de salud pública generales.

El artículo que trata el tema es el 6° del convenio N° 183 de la OIT sobre protección a la maternidad que señala lo siguiente:

“1. Se deberán proporcionar prestaciones pecuniarias, de conformidad con la legislación nacional o en cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional, a toda mujer que esté ausente del trabajo en virtud de la licencia a que se hace referencia en los artículos 4 o 5.

2. Las prestaciones pecuniarias deberán establecerse en una cuantía que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado.

3. Cuando la legislación o la práctica nacionales prevean que las prestaciones pecuniarias proporcionadas en virtud de la licencia indicada en el artículo 4 deban fijarse con base en las ganancias anteriores, el monto de esas prestaciones no deberá ser inferior a dos tercios de las ganancias anteriores de la mujer o de las ganancias que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones.

4. Cuando la legislación o la práctica nacionales prevean que las prestaciones pecuniarias proporcionadas en virtud de la licencia a que se refiere el artículo 4 deban fijarse por otros métodos, el monto de esas prestaciones debe ser del mismo orden de magnitud que el que resulta en promedio de la aplicación del párrafo anterior.

5. Todo Miembro deberá garantizar que las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones pecuniarias puedan ser reunidas por la gran mayoría de las mujeres a las que se aplica este Convenio.

6. *Cuando una mujer no reúna las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones pecuniarias con arreglo a la legislación nacional o cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional, tendrá derecho a percibir prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de asistencia social, siempre que cumpla las condiciones de recursos exigidas para su percepción.*

7. *Se deberán proporcionar prestaciones médicas a la madre y a su hijo, de acuerdo con la legislación nacional o en cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional. Las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia después del parto, así como la hospitalización cuando sea necesario.*

8. *Con objeto de proteger la situación de las mujeres en el mercado de trabajo, las prestaciones relativas a la licencia que figura en los artículos 4 y 5 deberán financiarse mediante un seguro social obligatorio o con cargo a fondos públicos, o según lo determinen la legislación y la práctica nacionales. Un empleador no deberá estar personalmente obligado a costear directamente las prestaciones pecuniarias debidas a las mujeres que emplee sin el acuerdo expreso de ese empleador, excepto cuando:*

a) esté previsto así en la legislación o en la práctica nacionales de un Miembro antes de la fecha de adopción de este Convenio por la Conferencia Internacional del Trabajo, o

b) se acuerde posteriormente a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores”.

La situación de las trabajadoras que quedan embarazadas poco tiempo después de comenzar un nuevo trabajo suele ser precaria. Es frecuente que la legislación o los convenios colectivos prevean períodos de servicio mínimos, que pueden variar de tres a doce meses, para tener derecho a prestaciones de maternidad. A veces, se exigen unos niveles mínimos de contribución para percibir las prestaciones en efectivo de la seguridad social.

De hecho, un informe de 1996 sobre las políticas en materia de licencias familiares y de salud presentado al Congreso de Estados Unidos puso de manifiesto que el 100 % de las mujeres que no ejercían su derecho a licencia renunciaban al mismo por no poder permitírselo económicamente.

El informe da cuenta de los grandes progresos logrados por las trabajadoras en lo que atañe a las licencias retribuidas de maternidad a través de la seguridad social desde la adopción de la OIT del Convenio sobre la protección de la maternidad en 1919, época en la que sólo nueve países concedían esta prestación. En 1952, su número se elevaba a 40 y, en la actualidad, son más de 100. En otros países, la ley obliga a los empleadores a costear total o parcialmente las prestaciones.

En muchos países, el número de mujeres con derecho a la protección de maternidad ha aumentado sobre todo debido a la ampliación de los regímenes de seguridad social, que han incorporado a categorías antes no consideradas, como las trabajadoras agrícolas, el personal doméstico y las trabajadoras independientes. En Bahamas, Costa Rica, Eslovaquia, Filipinas, Finlandia, Portugal y Túnez, por ejemplo, las trabajadoras independientes están protegidas con arreglo a los mismos requisitos, prestaciones y pagos que rigen para las trabajadoras asalariadas. Bélgica, España, Francia, Gabón y Luxemburgo han establecido sistemas especiales de protección durante la maternidad para las mujeres que trabajan por cuenta propia.

En países cuyos regímenes de seguridad social son todavía débiles, la protección legal es muy limitada. Por ejemplo, el porcentaje de trabajadores afiliados con respecto a la población activa total es del 5 por ciento en Benin, el 7 por ciento en Costa de Marfil y el 10 por ciento en Camerún.

Allí donde un gran número de mujeres trabaja en el sector informal o no estructurado, la legislación prevé una escasa protección de la maternidad. En Colombia, el 52 por ciento de las trabajadoras están ocupadas en el sector informal; en Perú, ese porcentaje es del 48 por ciento y en Polonia, del 10 por ciento.

Esta falta de protección también nos aqueja, trayendo como consecuencia una amplitud en la brecha de la inequidad social. Por esto, es imperante legislar sobre el punto, si queremos avanzar hacia el desarrollo como país.

2.4 Protección de la salud de la madre y el hijo

El embarazo, el parto y el período puerperal son tres fases de la vida procreadora de una mujer en las que existen peligros especiales para su salud que requieren una protección especial en el lugar de trabajo. La supervisión médica regular y, cuando convenga, la adaptación de las actividades de la mujer para ponerlas en armonía con su condición puede reducir bastante los peligros específicos para su salud, aumentar las probabilidades de un buen resultado del embarazo y poner las bases de un crecimiento saludable del niño.

El Convenio N° 103 de la OIT, sobre la protección de la maternidad presta la mayor atención, en sus artículos 4 y 5, a los aspectos relativos a la protección de la salud en la maternidad, estipulando un apoyo material a la madre y a su hijo, tanto en prestaciones en dinero como en prestaciones médicas.

Según el convenio, las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia durante el embarazo, la asistencia en el parto, la asistencia puerperal a cargo de una matrona profesional o de un médico y la hospitalización, cuando sea necesaria. Estas disposiciones abarcan tres de los cuatro pilares sobre los cuales la Organización Mundial de la Salud ha fundamentado su política y sus recomendaciones en relación con una maternidad segura: la planificación familiar, los cuidados prenatales, un parto limpio y seguro y unos cuidados obstétricos fundamentales. Se puede demostrar que estos cuatro tipos de intervención estratégica reducen la incidencia de la mortalidad y de la morbilidad maternas, y mejoran las tasas de supervivencia y las condiciones de salud de los recién nacidos

Son muy variados los planteamientos que han adoptado las legislaciones de los Estados Miembros de la OIT en relación con los trabajos peligrosos, arduos o insalubres, pues van desde

una prohibición general de este tipo de trabajo para todas las trabajadoras hasta determinadas restricciones sectoriales u ocupacionales y a la restricción de la exposición a determinadas sustancias o agentes, así como otras restricciones concretas que se apliquen exclusivamente a las trabajadoras embarazadas y lactantes. Sólo unos pocos países han tratado la cuestión de los riesgos para la salud procreadora de los trabajadores y de las trabajadoras, y la investigación está dando todavía sus primeros pasos en este ámbito. No obstante, a medida que las pruebas científicas en relación con los aspectos negativos del embarazo debido a la exposición paterna se van acumulando, en especial las de las radiaciones ionizantes y la de ciertos peligros químicos, parece cada vez más probable que la reglamentación de los riesgos para la salud procreadora de ambos sexos tendrá que ser objeto de algún tipo de acción en el futuro.

El artículo 3° del Convenio N° 183, establece lo siguiente:

“Todo Miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo”.

En el lugar de trabajo existen riesgos que pueden afectar a la salud de la mujer y de su hijo durante el embarazo y la lactancia. Entre las medidas encaminadas a proteger de tales riesgos a la mujer embarazada o lactante figuran las adaptaciones a las condiciones de trabajo, por ejemplo con respecto a la organización del horario de trabajo, así como el evitar riesgos relacionados con el trabajo peligroso o insalubre. Con la adopción del Convenio número 183 se reconoció en un Convenio sobre protección de la maternidad el derecho a la protección de la salud de las mujeres embarazadas o lactantes.

La lactancia materna aporta importantes beneficios tanto a la madre como al hijo. Por tanto, el derecho a continuar la lactancia al regresar al trabajo, con acceso a instalaciones a ese efecto en condiciones higiénicas, es importante para la salud de la madre y sobre todo para la de su hijo.

La primera parte de la presente sección se ocupa de la legislación relativa a la organización del horario de trabajo como medio de protección de las mujeres embarazadas o lactantes. La segunda parte concierne al modo de evitar el trabajo peligroso e insalubre.

a. Organización del horario de trabajo

Una cuestión de gran relevancia para la salud de las mujeres embarazadas es la determinación del horario de trabajo. En la Recomendación número 191 se trata este aspecto en relación con la protección de la maternidad. Varios Estados Miembros de la OIT han promulgado disposiciones que protegen a las mujeres embarazadas y lactantes de la fatiga que conlleva el trabajo nocturno y las horas extraordinarias. Algunos países también conceden tiempo libre para realizar controles médicos durante el embarazo, todo lo anterior con el fin de dar protección a mujer durante el embarazo, etapa en la mujer que conlleva muchos cambios y responsabilidades.

b. Trabajo nocturno y horas extraordinarias

En la Recomendación 191 se señala expresamente lo siguiente:

“Una mujer embarazada o lactante no debería estar obligada a realizar trabajos nocturnos si un certificado médico establece que ese trabajo es incompatible con su estado”.

La adopción de la Recomendación número 191 de 2000 constituyó un cambio en la política de protección de las mujeres embarazadas o lactantes en relación con el trabajo nocturno. La anterior Recomendación (Nº 95 de 1952) establecía que el trabajo nocturno y las horas extraordinarias deberían estar prohibidos a las mujeres embarazadas o lactantes. Este enfoque está en consonancia con el Convenio sobre el trabajo nocturno de 1948 (número 89), que estipula que las mujeres no serán empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial. En contraste, el Convenio sobre el trabajo nocturno de 1990, más reciente, no prohíbe el trabajo nocturno para las mujeres, pero prevé “medidas de protección del trabajo nocturno para todos los trabajadores, incluidos muchos de aquellos aspectos que interesaban especialmente a las

mujeres”. En la Recomendación número 191 se especifica que una mujer embarazada o lactante no debería estar obligada a realizar trabajos nocturnos incompatibles con su estado, si lo establece un certificado médico. De esta manera, la actual Recomendación tiene en cuenta en mayor medida las necesidades de la persona y va en consonancia con la búsqueda de la equidad de los géneros y la disminución de la discriminación femenina.

Así las cosas, se ha evolucionado claramente hacia el abandono de las disposiciones de carácter general que prohibían determinados trabajos a las mujeres y su sustitución por medidas de protección más específicas en favor de determinados grupos vulnerables, como las trabajadoras antes y después del parto.

Otra tendencia, estrechamente relacionada con la primera, ha consistido en la adopción de medidas de protección mejor adaptadas a las necesidades y preferencias personales de las interesadas en los distintos períodos de su vida profesional, en vez de imponer restricciones involuntarias aplicadas a amplias categorías de trabajadoras, como las mujeres en edad de procrear.

Las prohibiciones o restricciones que se hacen teniendo en cuenta la índole peligrosa, ardua o insalubre del trabajo para las mujeres trabajadoras se han constatado en unos 100 países. Aproximadamente en la mitad de ellos, la legislación contiene una prohibición general aplicable a todos los sectores de actividad económica contra el empleo de mujeres en dichas tareas. En casi 90 países se ha establecido una prohibición jurídica del trabajo subterráneo de las mujeres, aunque esta actividad pueda incluirse ya en la definición de trabajo peligroso, arduo o insalubre que se aplica también en otros países. Las disposiciones reglamentarias que restringen que las mujeres sean obligadas a levantar, tirar o empujar grandes pesos se han podido observar en más de 50 países y suelen aplicarse a todas las actividades y sectores.

Por último, es importante señalar que, en el último tiempo, se ha tomado cada vez más conciencia de la influencia del medio ambiente de trabajo en la salud reproductiva, así como de los trastornos provocados en el embarazo por la exposición materna o paterna a sustancias, agentes y procesos nocivos.

2.5 Licencia parental

Primeramente, la licencia de maternidad se concibió para proteger a las trabajadoras durante el período de embarazo y de recuperación después del parto, pero hay también otros tipos de licencia. Los permisos parentales, de paternidad y de adopción ayudan a los padres a adaptarse a la llegada de un niño y les permite equilibrar mejor las responsabilidades familiares y profesionales.

La manera de organizar la crianza de los hijos es un problema inmediato para una gran parte de la fuerza de trabajo. En el decenio de 1980, aumentaron mucho los hogares que tenían dos fuentes de ingresos y niños pequeños, en los que tanto el padre como la madre trabajaban a tiempo completo. Esta situación originó una creciente demanda de políticas que contribuyesen a brindar a estos niños los debidos cuidados. El deseo de las mujeres de permanecer en la fuerza de trabajo durante el período de procreación, junto con el reconocimiento de la importancia de una alimentación adecuada durante los primeros años de la infancia, la escasez de servicios de guardería de buena calidad fuera del hogar y los costos de dichos servicios han llevado a que se busquen otras medidas alternativas.

Por otra parte, establecer unas condiciones que permitan a los trabajadores elegir el tipo de empleo que mejor se adapte a sus circunstancias familiares concretas, sin restricciones discriminatorias, resulta fundamental para aplicar en la práctica el principio de igualdad de oportunidades y de trato en el empleo.

La Recomendación número 165 estipula que los trabajadores y las trabajadoras tienen derecho a una licencia parental para cuidar a sus hijos, si bien la duración y las condiciones de dicha licencia deben determinarse en cada país. En la Recomendación, la licencia parental forma parte de un planteamiento integrado, y no se concibe aislado de otras iniciativas que puedan contribuir a conciliar las responsabilidades familiares y profesionales. Entre otros medios previstos en este instrumento para ayudar a los empleados con responsabilidades familiares, cabe citar la promoción de servicios de asistencia a la infancia, la introducción de una mayor flexibilidad en

la organización de los horarios de trabajo, la reducción progresiva de la duración de la jornada de trabajo y la disponibilidad de puestos de trabajo a tiempo parcial con prestaciones de seguridad social o desgravaciones fiscales para los trabajadores con responsabilidades familiares.

El derecho a la licencia parental⁹, suele considerarse como un medio importante de conciliar la vida profesional y familiar. Por supuesto, los niños son los primeros beneficiarios, pero también lo son los trabajadores, los empleadores y la sociedad en su conjunto. Además de contribuir con disminuir la discriminación laboral hacia las mujeres.

El bienestar del niño es la razón de ser de cualquier sistema de licencias parentales. Los resultados de las investigaciones recientes sobre el desarrollo infantil ponen de relieve que si bien cada una de las etapas de la vida tiene su importancia, ninguna es más trascendente que la de los primeros tres años de edad para modelar el desarrollo futuro de un individuo y trazar el rumbo que tomará su existencia.

Hasta la fecha, sólo 36 países, casi todos ellos industrializados, han promulgado leyes que regulan los permisos parentales. Los países nórdicos se han dotado de las políticas más ventajosas para los padres que trabajan, entre las que figuran el pago de indemnizaciones por la pérdida de ingresos y la concesión de subsidios familiares. Cabe destacar la legislación aprobada recientemente en Estados Unidos, pues si bien las licencias previstas en ésta no son remuneradas, tienen derecho a ellas tanto la madre como el padre, sin distinción, ya que ambos contribuyen al cuidado de sus hijos.

El examen de la legislación y su aplicación práctica en distintos países ha puesto de manifiesto que la protección de la maternidad tiene una prioridad muy elevada para cada Estado y también para la Organización Internacional del Trabajo en su conjunto.

⁹ Permiso a largo plazo para que los padres puedan cuidar a un recién nacido o a niños de corta edad.

El ámbito de aplicación de la protección ha sido ampliado gradualmente, aunque su cobertura no es todavía universal en muchos países. Las disposiciones que se refieren a la licencia por maternidad sobrepasan con frecuencia las 12 semanas que estipula el Convenio número 103 y las 14 que propone el convenio número 183. Casi todos los Estados Miembros disponen de medidas especiales para proteger la salud y la seguridad de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes en el lugar de trabajo, pero los planteamientos de esa protección son muy variados, y van desde prohibiciones generalizadas por razones de género hasta la adaptación de unas condiciones de trabajo basadas en las necesidades individuales. En algunos países, las disposiciones que contemplan una licencia parental se encaminan a fomentar un reparto de las responsabilidades de crianza entre el padre y la madre, pero cuando son predominantemente asumidas por las mujeres éstas pueden simplemente ampliar su ausencia por maternidad del lugar de trabajo. En la mayoría de los Estados Miembros se protege el empleo en diversos grados, aunque en ninguno de ellos se haya eliminado enteramente la discriminación en función de la maternidad.

Así las cosas, estimamos de vital importancia, realizar una revisión de las normas sobre la protección de la maternidad en razón de la protección del empleo –el fuero específicamente- que afecta gravemente la equidad de géneros-, flexibilizar las normas de los descansos maternos, asimilándolo a los países del norte de Europa, incluyendo una sustancial modificación en el permiso parental. Además, el financiamiento de los beneficios también debe ser revisado. De todas estas propuestas trataremos en el capítulo siguiente.

3. Normas de protección a la maternidad en el derecho del trabajo de algunos países específicos

Luego de analizar las normas establecidas por la OIT sobre protección de la maternidad, examinaremos la normativa de algunos países de América y Europa, analizando las disposiciones sobre protección a la maternidad que contemplan dentro del Derecho del Trabajo. Dentro de los países seleccionados para revisar su legislación interna con respecto a la

protección de la maternidad están: Argentina, Perú, Colombia, México, España, Alemania, Reino Unido, Francia, Dinamarca y Noruega.

3.1 Argentina

En Argentina las normas de protección a la maternidad están reguladas en la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744. Específicamente en el Título VII, capítulo II, denominado “De la protección de la maternidad”.

3.1.1 Licencia de maternidad

La mujer trabajadora podrá gozar de un permiso maternal durante los cuarenta y cinco días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco días después del mismo. Sin embargo, la interesada podrá optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podrá ser inferior a treinta días; el resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto, vale decir, puede traspasar 15 días de su prenatal al postnatal.

3.1.2 Prestaciones Económicas y sanitarias

En Argentina la mujer durante el descanso maternal percibe una suma igual a la que corresponde a licencia legal, de acuerdo a lo que establece la Ley de Contrato de trabajo en su artículo 177. Además tiene derecho a una asignación por maternidad, teniendo una antigüedad de tres meses en el sistema de previsión, también asignación de prenatal; asignación por nacimiento; y Asistencia médica otorgada por el Sistema Nacional del Seguro de Salud, y Obras Sociales.

3.1.3 Lactancia

A toda trabajadora madre de lactante, la ley le concede el derecho de disponer de dos descansos de media hora para amamantar a su hijo, en el transcurso de la jornada de trabajo, y por un período no superior a un año posterior a la fecha del nacimiento, salvo que por razones médicas sea necesario que la madre amamante a su hijo por lapso más prolongado.

3.1.4 Conservación del puesto de trabajo

En Argentina se garantiza a toda mujer el derecho a la estabilidad en el empleo durante la gestación. Una vez concluida esta licencia, la madre puede continuar en su trabajo en las mismas condiciones; rescindir su contrato de trabajo percibiendo una compensación equivalente al 25% de la remuneración calculada de manera específica en la ley, por cada año de servicio o fracción mayor a tres meses. Esta rescisión puede ser tácita (si no comunica la decisión 48 horas antes de finalizada la licencia) o expresa, o solicitar la extensión de la licencia por un período de entre tres y seis meses.

3.1.5 Condiciones de trabajo durante el embarazo

Las condiciones de trabajo durante el embarazo no aparece regulado específicamente, sin embargo en forma general aparece en la Ley de Contrato de trabajo que queda prohibido ocupar a mujeres en trabajos que revistan carácter penoso, peligroso o insalubre.

3.1.6 Licencia de paternidad

Por paternidad al trabajador le corresponden los 5 días posteriores al nacimiento de su hijo.

3.1.7 Guardería o jardines infantiles

En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternas y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan¹⁰.

3.2 Perú

La protección a la madre trabajadora en Perú está regulada por varias leyes una de ellas es la Ley N° 26.644 de 27 de junio de 1996, que precisa el goce de derecho de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora gestante, también existen normas que regulan la materia en el Decreto Supremo N° 009-2004-TR y Artículo N° 1° de la Ley N° 28048

3.2.1 Licencia de Maternidad

La trabajadora tendrá derecho a un descanso de prenatal de 45 días y a un descanso de postnatal de 45 días. El goce de descanso pre natal podrá ser diferido, parcial o totalmente, y acumulado por el postnatal, a decisión de la trabajadora gestante.

3.2.2 Prestaciones Económicas y sanitarias

La trabajadora en Perú durante su descanso prenatal y postnatal tiene derecho a percibir una licencia remunerada por el 100% de su sueldo.

¹⁰ Ley N° 20.744. ARGENTINA. Ley de Contrato de Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Buenos Aires, 13 de mayo de 1976, Decreto 390/1976. Art. 179°.

3.2.3 Lactancia

La madre trabajadora, al término del periodo postnatal, tiene derecho a una hora de permiso por lactancia materna, hasta que el hijo tenga como mínimo seis meses de edad, así lo señala el Artículo 1° de la Ley 27240 y se contempla además en la Ley N° 28731. La madre trabajadora y su empleador podrán convenir el horario en que se ejercerá este derecho. Es del caso señalar que, este derecho no podrá ser compensado ni sustituido por ningún beneficio¹¹.

3.2.4 Conservación del puesto de trabajo

Declara nulo el despido que tenga por motivo el embarazo si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto¹².

3.2.5 Condiciones de trabajo durante el embarazo

La legislación peruana establece que en los centros de trabajo las mujeres gestantes solicitarán al empleador no realizar labores que pongan en peligro su salud y/o la del desarrollo normal del embrión y el feto durante el período de gestación, el cual debe estar certificado por el médico tratante. El empleador, después de tomar conocimiento de lo solicitado, asignará a la mujer gestante labores que cumplan con dicho requisito, sin afectar sus derechos laborales¹³.

3.2.6 Licencia de paternidad

La Ley N° 29.409, de 21 de septiembre de 2009, estableció que los padres trabajadores de la actividad privada y pública, incluidos los que forman parte de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, tienen derecho a una licencia remunerada por paternidad en caso de alumbramiento de la cónyuge o conviviente. La licencia será otorgada al padre trabajador por

¹¹ Ley N° 27.240. PERÚ. Ley que otorga permiso por lactancia materna. Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo. Lima, Perú, 10 de diciembre de 1999. Artículo 1°.

¹² Ley núm. 27185, que modifica el artículo 29° del Texto único ordenado del Decreto legislativo núm. 728, Ley de productividad y competitividad laboral.

¹³ Ley núm. 28048 de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto. *El Peruano*, 2003-08-01, núm. 8440, pág. 249033

cuatro días hábiles consecutivos, iniciándose el plazo desde el momento que el trabajador indique, especificándose que el plazo deberá estar comprendido desde la fecha del nacimiento del nuevo hijo o hija, y la fecha en que se de de alta a la madre o hijo o hija por parte del centro médico que atendió el parto.

3.2.7 Guardería o jardines infantiles

No está regulado.

3.3 Colombia

En Colombia la protección a la maternidad está regulada en el Código Sustantivo del Trabajo. Además, la Constitución y los Tratados Internacionales imponen al Estado y a la sociedad la obligación de respetar los derechos de la mujer en el embarazo o en el período de lactancia, lo que se traduce en gozar de una "Estabilidad Laboral Reforzada".

3.3.1 Licencia de Maternidad

En Colombia existe un descanso maternal de 12 semanas, que se cuentan desde el parto.

3.3.2 Prestaciones Económicas y sanitarias

Toda trabajadora colombiana tiene derecho a que su licencia por maternidad sea remunerada de acuerdo al salario que perciba al momento de ingresar al descanso maternal.

3.3.3 Lactancia

El empleador o patrono está en la obligación de conceder a la trabajadora dos descansos de 30 minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno del salario por dicho concepto durante los primeros seis meses de edad del hijo. Además el empleador tiene la obligación de conceder más descansos que los señalados si la trabajadora

presentare certificado médico en el cual se expongan las razones que justifiquen ese mayor número de descansos.

3.3.4 Conservación del puesto de trabajo

En Colombia el Legislador es ilegal despedir a una mujer por causa de embarazo o lactancia, sin que medie autorización previa del funcionario competente¹⁴, similar a nuestro fuero maternal.¹⁵ El despido de una trabajadora en estado de embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente, es ineficaz.

3.3.5 Condiciones de trabajo durante el embarazo

El Código Sustantivo Colombiano establece como norma general que se encuentra prohibido emplear a menores de 18 años de edad y a mujeres en trabajos de pintura industrial que entrañen el empleo de la cerusa, del sulfato de plomo o de cualquier otro producto que contenga dichos pigmentos. Además está prohibido para las mujeres, sin distinción de edad, y los menores de 18 años, ser contratados para trabajos subterráneos de las minas o realizar labores peligrosas, insalubres o que requieran grandes esfuerzos.

3.3.6 Licencia de paternidad

En Colombia, existe una Ley denominada Ley María, la cual consiste en una licencia remunerada que se le concede al trabajador al nacimiento de un hijo¹⁶. Esta ley es aplicable tanto para trabajadores del sector público como para trabajadores del sector privado. El padre tendrá derecho a ocho días de permiso por nacimiento de un hijo si ambos padres han cotizado a la seguridad social. Si sólo el padre es el que ha cotizado a la seguridad social la licencia se concederán cuatro días.

¹⁴ Inspector del trabajo.

¹⁵ Código Sustantivo del Trabajo. COLOMBIA. Edición Oficial, con sus modificaciones, ordenada por el artículo 46 del Decreto Ley 3743 de 1950, la cual fue publicada en el Diario Oficial N° 27.622, del 7 de junio de 1951. Ministerio de la Protección Social. Bogotá. Art. 239°.

¹⁶ Ley N° 50. COLOMBIA. Art. 34°. Bogotá, 1990 y modificado por la ley 755 del 2002.

La licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera permanente. En éste último caso se requerirán dos años de convivencia. Así mismo, debe haber cotizado 100 semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad. Para tener derecho al disfrute se debe presentar el registro civil de nacimiento, el cual deberá presentarse a la Entidad Prestadora de salud dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

3.3.7 Guardería o jardines infantiles

En las empresas donde presten servicios más de 50 trabajadoras, el empleador tiene la obligación de fundar y mantener salas cunas para los hijos menores de 2 años de las trabajadoras.

3.4 México

La legislación sobre protección a la maternidad en México está principalmente regulada por la Ley Federal del Trabajo, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1° de abril de 1970, realizándose su última reforma el 17 de enero de 2006. La Ley Federal del Trabajo está complementada por la Ley del Seguro Social publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 1995.

En cuanto a los derechos referentes a la protección de la maternidad, podemos encontrar los siguientes:

3.4.1 Licencia de Maternidad

Se contemplan 12 semanas de permiso de maternidad, las que están divididas en 6 semanas de prenatal y 6 semanas de postnatal. Es importante destacar que los períodos de descanso a que se refiere la fracción anterior, vale decir, de prenatal se prorrogarán por el tiempo necesario en el caso de que se encuentren imposibilitadas para trabajar a causa del embarazo o del parto.

3.4.2 Prestaciones Económicas y sanitarias

Salario íntegro en los períodos de descansos aludidos en el ítem anterior. En el caso de la prórroga a la que nos referimos anteriormente, se le entrega a la trabajadora sólo el 50% de su salario por un período no mayor a 60 días.

Además, las madres y los hijos se encuentran beneficiadas con la asistencia médica y obstétrica y de los medicamentos que necesiten.

También a las madres trabajadoras se les entrega ayuda en especie para la lactancia y una canastilla al nacer el hijo.

3.4.3 Lactancia

Se le entregan dos permisos de media hora cada día a la trabajadora, para que en un lugar higiénico y adecuado que designe la empresa pueda amamantar a su hijo.

3.4.4 Conservación del puesto de trabajo

Las madres trabajadoras tienen el derecho de regresar a su puesto de trabajo siempre que no haya transcurrido más de un año de la fecha del parto.

3.4.5 Condiciones de trabajo durante el embarazo

Cuando se ponga en peligro la salud de la mujer embarazada o la del hijo, o durante la gestación o lactancia, se prohíbe el trabajo en labores insalubres o peligrosas, el trabajo industrial nocturno o en establecimientos comerciales o de servicio después de las 10 de la noche, así como horas extras.

Además, las trabajadoras no realizarán trabajos que exijan esfuerzos considerables que signifiquen un peligro para su salud.

3.4.6 Licencia de paternidad

No existe.

3.4.7 Guardería o jardines infantiles

Los servicios de guardería se prestarán por el Instituto Mexicano del Seguro Social.

3.5 España

La Ley 31/1995¹⁷, de 8 de noviembre de ese año, regula la Prevención de Riesgos Laborales contemplando normas de protección de la maternidad.¹⁸

3.5.1 Licencia de Maternidad

El descanso por maternidad en España es de 16 semanas, el cual se aumenta a 18 semanas por parto gemelar o 20 semanas en caso de trillizos. La ley permite que hasta 10 semanas de permiso las emplee el padre en vez de la madre, sin perjuicio que es obligatorio para la madre disfrutar como mínimo de las 6 semanas siguientes al parto. El descanso por maternidad se puede disfrutar a tiempo parcial, incorporándose al trabajo durante las horas que el trabajador decida

3.5.2 Prestaciones Económicas y sanitarias

Durante el periodo de licencia de maternidad la mujer tiene derecho a la totalidad del sueldo. Las trabajadora que se encuentren desempleadas por tener suspendido su contrato de trabajo durante los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, de acuerdo al Estatuto de los Trabajadores, tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de

¹⁷ Ley Nº 31. ESPAÑA. Prevención de Riesgos Laborales. España, 8 de noviembre de 1995.

¹⁸ http://www.laligadelaleche.es/lactancia_materna/legal.htm

la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta.

3.5.3 Lactancia

Durante los primeros nueve meses, las madres pueden disfrutar de una hora de pausa para la lactancia sin reducción de salario.

3.5.4 Conservación del puesto de trabajo

No aparece regulado.

3.5.5 Condiciones de trabajo durante el embarazo

Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras, el empleador deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.

3.5.6 Licencia de paternidad

En España a partir del 01 de enero de 2011 se contempla un permiso de paternidad de 4 semanas remunerado. Anteriormente este permiso era de 13 días. La financiación de este permiso está a cargo la Seguridad social.

3.5.7 Guardería o jardines infantiles

No aparece regulado en la normativa española.

3.6 Alemania

La legislación sobre protección a la maternidad en Alemania está principalmente regulada por la Ley de Protección a la Maternidad y el Código de Seguros.

En cuanto a los derechos referentes a la protección de la maternidad, podemos encontrar los siguientes:

3.6.1 Licencia de Maternidad

En Alemania hay un prenatal de 6 semanas y un postnatal de 8 semanas. En el caso de un parto prematuro o múltiple, el período de protección después del parto se prolonga a 12 semanas. En caso de un parto anticipado, también se prolongará en cualquier caso el período de protección por los plazos de protección no aprovechados antes del parto.

Si las madres lo estiman, pueden acceder a un descanso postnatal, adicional de hasta un año, pero con un subsidio del 67% de sus remuneraciones con tope de 1800 euros.

3.6.2 Prestaciones Económicas y sanitarias

Durante el descanso por maternidad se entrega un subsidio. Su monto dependerá de la cobertura que la madre tenga en su seguro de enfermedad. Además, los padres pueden recibir, de la seguridad social alemana, subsidios familiares para padres.

La madre al estar asegurada, tiene derecho a prestaciones médicas y medicamentos referentes al embarazo, parto y cuidado posterior.

3.6.3 Lactancia

No está regulado este derecho.

3.6.4 Conservación del puesto de trabajo

Las mujeres embarazadas con contrato de trabajo disfrutan de una protección especial contra el despido desde el principio del embarazo hasta un máximo de 4 meses después del parto. Excepciones a esta disposición pueden hacerse sólo en casos extraordinarios y con la autorización de las autoridades de inspección competentes.

3.6.5 Condiciones de trabajo durante el embarazo

El empleador tiene que configurar el puesto de trabajo de la futura madre, incluyendo máquinas, herramientas y aparatos, de tal forma, que quede excluido todo peligro para su vida y salud. Asimismo, su empleador tiene la obligación de tomar las medidas especiales en donde sea necesario para garantizar su seguridad.

Además de lo anterior, las mujeres embarazadas y las lactantes tienen un listado de actividades prohibidas, las que se pueden resumir en todas aquellas que pongan en riesgo su salud o la de su hijo.

3.6.6 Licencia de paternidad

Los padres pueden acceder a una licencia de paternidad, si así lo desean, de hasta un año¹⁹, con el 67% de sus remuneraciones, con un tope de 1800 euros.²⁰

3.6.7 Guardería o jardines infantiles

¹⁹ RODRÍGUEZ, Ilsen. Ius Labor. Conciliación de la vida personal y profesional en Alemania: aproximación a la nueva regulación del permiso de maternidad. N° 2/2007 [En línea] <<http://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/72325/82561>> [Consulta: 19 marzo 2011]

²⁰ NENES Y BUROCRACIA. Los permisos de maternidad y paternidad en la UE. [En línea] <<http://www.nenesyburocracia.com/2009/03/los-permisos-de-maternidad-y-paternidad.html>> [Consulta: 19 marzo 2011]

Las guarderías y jardines infantiles no son obligatorios ni gratuitos en Alemania, pero puede ser parcial o totalmente financiado, en función del Estado y la renta de los padres.

3.7 Reino unido

3.7.1 Licencia de Maternidad

En Reino Unido está contemplado 26 semanas de licencia por maternidad para la trabajadora. La trabajadora tiene derecho a esta licencia independientemente de cuánto tiempo ha trabajado para su empleador²¹.

3.7.2 Prestaciones Económicas y sanitarias

Durante tal periodo tiene derecho a todos los pagos y beneficios contractuales, del mismo modo si no estuviera con permiso maternal. Entre estos derechos se incluyen los derechos especiales considerados en el contrato de trabajo como vehículo de la empresa o los teléfonos móviles (a menos que sean específicamente para el uso del negocio solamente).

Además tiene el beneficio del pago estatutario de Maternidad, con el cual pueden obtener leche desnatada en polvo.

3.7.3 Lactancia

No se encuentra regulado específicamente.

²¹ You rights at work. Worksmart. [En línea] <http://www.worksmart.org.uk/rights/>, consulta 08 de marzo de 2011.

3.7.4 Conservación del puesto de trabajo

La trabajadora en el Reino Unido tiene derecho a volver al mismo puesto de trabajo.

3.7.5 Condiciones de trabajo durante el embarazo

El empleador debe establecer condiciones necesarias de seguridad para que no se coloque en riesgo a la madre trabajadora y al hijo que está por nacer. También no puede obligar a la trabajadora a realizar trabajos que la coloquen en riesgo.

3.7.6 Licencia de paternidad

En el Reino Unido, el padre tiene dos semanas de permiso de paternidad que puede disfrutar dentro de los 56 primeros días desde el nacimiento del bebé. No es un permiso obligatorio y se pueden acoger a la baja paternal tanto el padre biológico del niño, como el marido o pareja de la madre biológica, incluso cuando se trata de parejas del mismo sexo. En el caso de las adopciones, la legislación británica también prevé un permiso de dos semanas para el padre.

3.7.7 Guardería o jardines infantiles

En el Reino Unido existen guarderías privadas que ofrecen cuidado infantil de día completo para los padres que trabajan.

Los niños del Reino Unido tienen la opción de asistir a la guardería a la edad de tres o cuatro años, antes de la enseñanza obligatoria. Antes de ese tiempo el cuidado depende del sector privado.

3.8 Francia

En Francia la protección de la maternidad está regulada en el Código del Trabajo Francés en el libro II, título II, en su capítulo V denominado “Maternidad, paternidad, adopción y crianza de los hijos”. El Código del Trabajo Francés entro en vigencia el 01 de mayo de 2008.

3.8.1 Licencia de Maternidad

Las mujeres en Francia disfrutan de una licencia de maternidad durante la cual su contrato de trabajo se suspende. La duración de la licencia depende, en su caso, del número de niños que viven en el hogar y el número de nacimientos esperados. Para el primer y segundo hijo, la normativa francesa contempla 16 semanas de descanso maternal, las cuales pueden aumentar de acuerdo a la cantidad de hijos de la trabajadora. Una trabajadora que está esperando un hijo y que tiene por lo menos dos hijos pueden optar por anticipar el inicio de su permiso prenatal de hasta 2 semanas, reduciéndose por lo tanto la licencia después del parto.

Una trabajadora que está esperando gemelos puede optar por anticipar el inicio de su permiso prenatal de hasta 4 semanas, también la licencia después del parto se reduce en consecuencia.

En cualquier caso, una mujer puede cesar en sus actividades laborales por un período de 8 semanas en total, antes y después del parto, que debe incluir obligatoriamente seis semanas después del parto. Fuera de este período de prohibición, una trabajadora puede decidir no optar por todo su permiso de maternidad. Por una condición establecida a través de un certificado médico, la licencia por maternidad podrá ser prorrogada por dos semanas antes de la fecha probable del parto y cuatro semanas después.

Varias son las situaciones que pueden extender el permiso de postnatal para hacer frente a situaciones específicas.

3.8.2 Prestaciones Económicas y sanitarias

Durante el permiso de ausencia de maternidad, los empleados reciben su pago del servicio de seguridad social. La mayoría de las empresas tienen contratos colectivos concernientes que continúan con el pago del salario por el patrón durante este período.²²

3.8.3 Lactancia

En Francia se establece un derecho para las madres de amamantar a sus hijos de una hora diaria, la cual se puede dividir en dos tiempos de media hora. Los empleadores deben establecer un lugar o recinto para que las madres puedan amamantar a sus hijos.

3.8.4 Conservación del puesto de trabajo

Al final de su permiso de maternidad, la trabajadora podrá volver a su anterior puesto de trabajo o un trabajo similar con una compensación en efectivo por lo menos equivalentes.

3.8.5 Condiciones de trabajo durante el embarazo

En Francia se procura que la madre trabajadora no realice trabajos que puedan colocarla en riesgo a ella como al hijo que está por nacer.

3.8.6 Licencia de paternidad

Todos los nuevos padres tienen este derecho por 11 días (18 en caso de tener gemelos o más) El permiso debe ser tomado en días consecutivos dentro de 4 meses posteriores al nacimiento. El empleador deberá ser informado con un mes de anticipación. Este puede ser combinado con los 3 días de permiso otorgados por el nacimiento del hijo.

²² JUST LANDED. Francia. [En línea] <<http://www.justlanded.com/espanol/Francia/Guia-Francia/Empleo/Trabajo>> [Consulta: 15 marzo 2011]

3.8.7 Guardería o jardines infantiles

En Francia existen guarderías Estatales gratuitas y están disponibles en todo el país, dando la bienvenida a niños de 2 a 5, lo que ayuda bastante a las madres trabajadoras.

3.9 Dinamarca

En Dinamarca existe la Ley de maternidad²³, la cual señala que su propósito es asegurar que los padres tengan derecho a licencia por embarazo, parto o adopción, brindando además garantía de fácil acceso al mercado de trabajo y a las prestaciones de maternidad durante sus ausencias debidas al mismo embarazo, parto y adopción.

La madre tiene, entonces, el derecho de ausentarse por un período de 12 semanas. El padre puede ocupar el derecho de ausentarse en caso de muerte de la madre o por enfermedad de ella.

3.9.1 Licencia de Maternidad

Las mujeres embarazadas pueden tomar licencia de maternidad cuatro semanas antes del parto y 14 semanas de licencia de maternidad después del parto. Se puede ampliar este descanso, si es necesario por razones de salud, cuando un médico lo disponga.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando el niño es de 14 semanas de edad, los padres tienen derecho a una licencia adicional de 32 semanas entre ellos. Para tener derecho a este beneficio ambos padres deben trabajar.

²³ Act N°. 417. DINAMARCA. Act on Maternity Equalisation in the Private Labour Market (Ley de derecho a la licencia y las prestaciones por desempleo por maternidad). Danish Parliament. Ministry of Employment. Dinamarca, 8 de mayo de 2006.

3.9.2 Prestaciones Económicas y sanitarias

El descanso de maternidad en Dinamarca es cien por ciento remunerado. Así las personas a sueldo reciben lo mismo que ganaban, los trabajadores autónomos reciben lo correspondiente a sus ganancias, sin perjuicio que el límite de la pensión es de 3.203 coronas danesas.

3.9.3 Lactancia

En los países nórdicos el derecho a amamantar a los hijos no está regulado.

3.9.4 Conservación del puesto de trabajo

La madre trabajadora tiene el derecho a no ser despedida por causa de embarazo. Igual derecho cuenta el padre, ya que este derecho está consagrado en el caso de maternidad y paternidad.

3.9.5 Condiciones de trabajo durante el embarazo

En Dinamarca el empleador debe realizar una evaluación de riesgos para no exponer a sus trabajadores a situaciones que sean evaluadas y declaradas no seguras. Las mujeres embarazadas deben comunicar a su empleador su situación para que tome las medidas necesarias para trabajar con sus colegas en ambientes seguros de trabajo.

3.9.6 Licencia de paternidad

El padre tiene derecho a salir 2 semanas, después de la entrega o la llegada del niño a la casa o por acuerdo con el empleador, dentro de las primeras 14 semanas después del nacimiento. Durante la baja, el padre recibe el total de su salario.

3.9.7 Guardería o jardines infantiles

En Dinamarca se ofrece atención a los niños desde la edad de seis meses a tres años en la guardería, a partir de la edad de tres a seis años de edad en los jardines de infancia, y en preescolar de la edad de 6 años hasta que comienzan la escuela. En Dinamarca existen centros

municipales de atención diurna, destinados al cuidado de los niños, dos tercios corresponden al sector público, mientras que el otro tercio son de propiedad privada y son administrados por asociaciones, padres, o las empresas de acuerdo con las autoridades locales.

3.10 Noruega

En Noruega las normas de protección a la maternidad están reguladas en el Capítulo 14, titulado como: “Beneficios durante el embarazo, nacimiento y adopción de la ley Nacional de Seguros” modificada por las Leyes 25 de junio 1999 N ° 44 (cerca de 1 agosto de 1999) 20 de junio de 2003 N ° 45 (cerca de 1 de julio, de conformidad con el Decreto. 20 de junio 2003 N ° 712 de 2003), 21 de abril de 2006 No. 10 (sobre 01 de enero 2007 de conformidad con el Decreto. 21 de abril 2006 N ° 428), modificada por Ley de 22 de diciembre 2006 N ° 95.

En cuanto a los derechos referentes a la protección de la maternidad, podemos encontrar los siguientes²⁴²⁵:

3.10.1 Licencia de Maternidad

Se contempla un permiso por maternidad entre 46 a 56 semanas para la madre.

3.10.2 Prestaciones Económicas y sanitarias

Una madre trabajadora noruega puede elegir tomarse 46 semanas de baja con el 100% de su remuneración o tomarse 56 con el 80% de éste. Como vemos es un permiso flexible en que la mujer puede tomar su descanso de acuerdo a sus necesidades.

²⁴ EL PAÍS. El mejor lugar para ser madre. [En línea] http://www.elpais.com/articulo/portada/mejor/lugar/ser/madre/elpepusoceps/20100822elpepspor_12/Tes [Consulta: 12 marzo 2011]

²⁵EURAXESS. Norway. [En línea] <http://www.euraxess.no/servlet/Satellite?c=Page&cid=1229697992252&pagename=euraxess%2FHovedsidemal> [Consulta: 14 marzo 2011]

3.10.3 Lactancia

No existen normas específicas sobre este punto, ya que hay un permiso postnatal muy amplio y flexible, por lo que no se hace necesario. Se estima que en Noruega la lactancia materna llega casi al 99% de los niños, todo gracias a las normas antes nombradas.

3.10.4 Conservación del puesto de trabajo

La protección del trabajo en Noruega durante la maternidad y paternidad (durante el primer año después del parto) es una prohibición de despedir al empleado durante este período²⁶.

3.10.5 Condiciones de trabajo durante el embarazo

Las mujeres tienen derecho a no estar en un puesto de trabajo estresante, físicamente agotador, expuesto a sustancias químicas o que sea perjudicial para su estado, en el caso de no poder ser reacomodada en la empresa, tienen derecho a un subsidio estatal anterior al prenatal.

3.10.6 Licencia de paternidad

Noruega se encuentra a la vanguardia el permiso de paternidad, teniendo el padre un descanso para cuidar a su hijo de cuatro semanas. Esas cuatro semanas no pueden cederse a la madre y se pierden si el padre no las utiliza. Es un permiso que es 100% remunerado²⁷

3.10.7 Guardería o jardines infantiles

Por ley se garantiza un cupo en un jardín infantil. El Gobierno de Noruega proporciona una cobertura completa del servicio de jardín de niños, con una muy alta calidad a un precio bajo.

²⁶

HERON,

Alexandra

<http://sydney.edu.au/business/__data/assets/pdf_file/0017/44108/Pregnancy_Discrimination_International_Comparisons.pdf>

²⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Papá moderno: la política progresista de Noruega sobre permiso de paternidad. [En línea] < http://www.ilo.org/wow/Articles/lang-es/WCMS_081438/index.htm> [Consulta: 12 marzo 2011]

Es importante tener presente que en Noruega todas las prestaciones parentales se financian a través de los impuestos, lo que ayuda a la igualdad de géneros y a la no discriminación. También es importante señalar que en este estado de bienestar existen subsidios para madres desempleadas y con trabajos independientes, entregándose una cobertura a todas las madres.

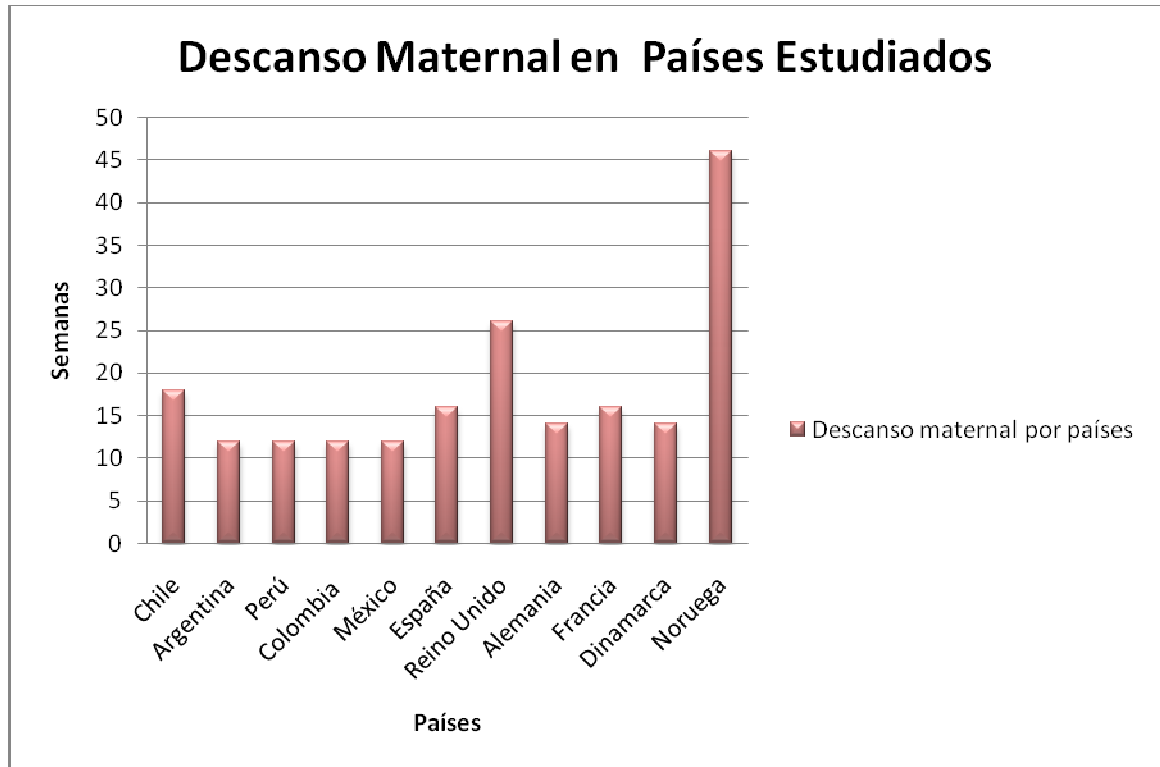
3.11 Tabla comparativa de los países estudiados específicamente, con respecto a cada uno de los tópicos analizados:

Tópicos País	Licencia de Maternidad	Prestaciones económicas y sanitarias	Lactancia: Derecho a poder dar de amamantar	Conservación de puesto de trabajo	Condiciones de trabajo	Licencia paternal	Derecho a sala cuna o guardería infantil
Chile	18 semanas, 6 semanas de prenatal y 12 de postnatal	Sí 100%	2 tiempos de ½ hora	Sí, fuero laboral desde el embarazo hasta 1 año después de expirado el descanso postnatal.	Existe prohibición de realizar trabajos peligrosos que afecten a la madre o a su hijo.	Sí, 5 días	Sí. Obligación en empresas con más de 20 trabajadoras.
Argentina	12 semanas, específicamente 45 días de prenatal y 45 días de posnatal	Sí, 100%.	2 descansos de ½ hora cada uno.	Se garantiza estabilidad en el empleo para la mujer trabajadora.	Prohibición de realizar trabajos riesgosos para la salud de la madre y del hijo.	Sí, 5 días.	Sí.
Perú	12 semanas (45 días prenatal y 45 días postnatal)	Sí, 100%	1 hora hasta que el niño tenga seis meses de edad.	Se declara nulo el despido por causa de embarazo.	No trabajos riesgosos.	Sí, 4 días	No regulado.
Colombia	12 semanas	100% de acuerdo al salario que percibía.	2 descansos de ½ hora cada uno.	Se considera ilegal despedir a la mujer por	Prohibición de realizar determinados trabajos	Sí, 8 días.	Sí, obligación en empresas con más de

				causa del embarazo.	que puedan perjudicar la salud de la madre y el hijo.		50 trabajadores.
México	12 semanas. 6 semanas de prenatal y 6 semanas de postnatal.	100% de su salario.	2 permisos de ½ hora cada uno.	Tiene la madre derecho a regresar, siempre que no haya transcurrido más de un año.	Prohibición de realizar trabajos no seguros para la madre y el hijo.	No existe.	Sí.
España	16 semanas, aumentables en caso de parto múltiple.	100% de su sueldo.	1 hora durante los primeros nueve meses de edad.	No se encuentra regulado.	Prohibición de trabajos peligrosos.	4 semanas.	No se encuentra regulado.
Reino Unido	26 semanas.	100% de los pagos contractuales.	No regulado.	La trabajadora tiene derecho a volver al mismo puesto de trabajo.	El empleador debe establecer condiciones de seguridad en el trabajo para las trabajadoras embarazadas.	2 semanas. El permiso debe ser utilizado dentro de los 56 días posteriores al nacimiento.	Existen sólo guarderías privadas.
Francia	16 semanas, aumentable cuando tienen	Sí, 100% de su sueldo.	1 hora diaria.	La trabajadora tiene derecho	Se procura que la trabajadora	11 días, aumenta a 18	Existen guarderías estatales

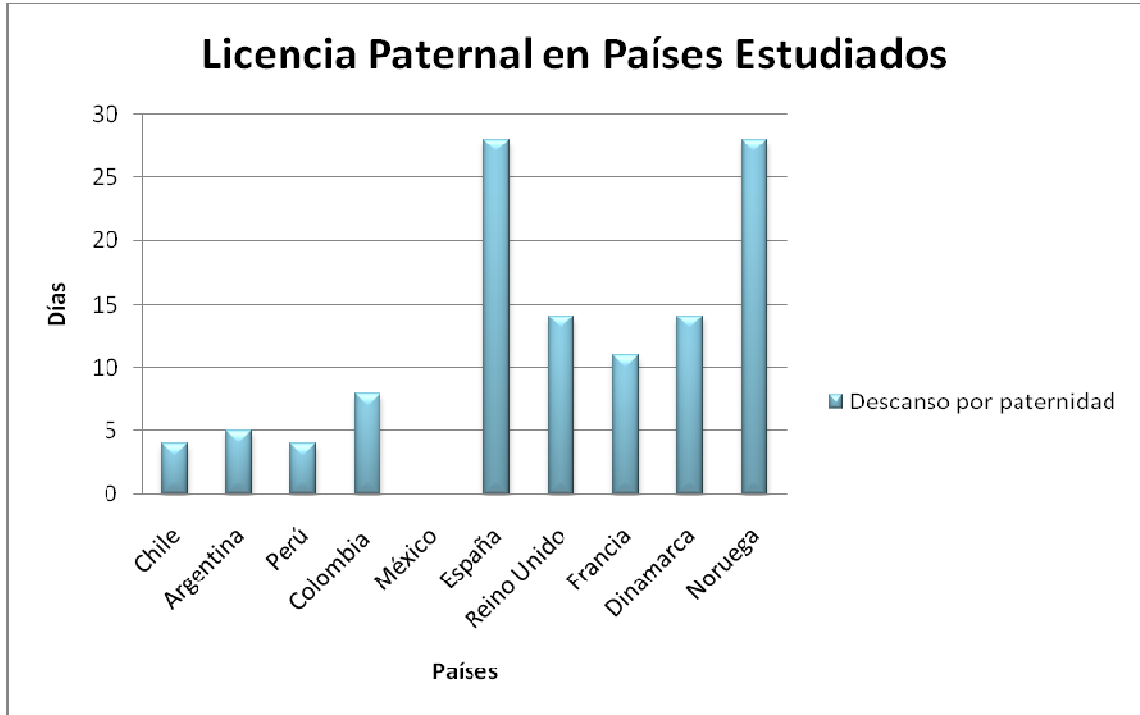
	más de dos hijos.			a volver a su puesto de trabajo.	no realice trabajos riesgosos.	días en caso de nacimiento de gemelos o más hijos.	gratuitas para las trabajadoras.
Alemania	14 semanas, 6 semanas de prenatal y 8 semanas de postnatal.	La trabajadora tiene derecho al pago durante su permiso el cual depende de su seguro de enfermedad.	No se encuentra regulado.	Sí hasta cuatro meses después del parto.	Prohibición de realizar trabajos peligrosos para la salud de la madre y del hijo.	Hasta un año.	No está establecido de forma obligatoria.
Noruega	46 a 56 semanas	100% de su sueldo hasta las 46 semanas de descanso prenatal.	No se encuentra regulado.	Existe prohibición de despedir a la trabajadora hasta un año después del parto.	Prohibición de realizar trabajos estresantes y peligrosos.	Sí, 4 semanas.	Sí, se garantiza un cupo para cada hijo de las trabajadoras.

Gráfico N° 3



Fuente: Elaboración propia, estudio detallado países estudiados.

Gráfico N° 4.



Fuente: Elaboración propia, estudio detallado países estudiados.

CAPÍTULO III

PROPUESTA DE REFORMA A LAS NORMAS PROTECTORAS A LA MATERNIDAD, PARA DISMINUIR LA DISCRIMINACIÓN HACIA LA MUJER.

Previo a proponer las posibles reformas a las normas protectoras de la maternidad, pasaremos a comentar los costos económicos que conlleva la contratación de mujeres, versus, la de trabajadores de sexo masculino.

1. Costos económicos de las empresas en relación a la contratación de trabajadoras

Es frecuente escuchar en los medios sociales y específicamente en los medios empresariales comentarios referentes a los altos costos de emplear mujeres versus la contratación de hombres. Si bien es cierto que lo anterior es un prejuicio generalizado, creemos que una de las causas de dicha percepción se debe a la existencia de las normas protectoras de la maternidad. Estos mecanismos legales de protección envuelven en sí una indirecta discriminación.

El propósito de las normas de protección a la maternidad es precisamente resguardar el empleo de las mujeres durante el embarazo y los primeros meses de vida del hijo. Sin embargo, es preciso señalar, que esta es un arma de doble filo, ya que por una parte dan esta protección pero por la otra, son causa de un incremento en la discriminación hacia las mujeres, limitando que ésta se desarrolle en forma personal y profesionalmente en las mismas condiciones que el hombre. Todo lo anterior hace pensar que el papel que desempeña la mujer en la familia es excluyente o inhabilitante con la actividad laboral en general.

Es así que, el costo de la reproducción social, se utiliza como una excusa para restringir la contratación de mujeres y para justificar que sus remuneraciones sean más bajas que las de sus colegas masculinos en igualdad de trabajo y cargo.

No obstante a la percepción comentada, y como noticia favorable para las mujeres, existe poca evidencia de que los costos económicos por ese concepto asumidos por las empresas sean significativamente mayores en comparación con la contratación de hombres.

La explicación que podemos dar para la efectiva brecha salarial entre hombres y mujeres es simplemente discriminación -en cuanto a costos, ya que hemos dejado de lado la evaluación en el caso de contratación de mujeres profesionales, de prescindir de los servicios de este personal calificado-. Sin embargo, es importante reconocer que algunas leyes que pretenden favorecer a la mujer, finalmente, aumentan los costos de contratarlas. Por eso es tan importante que las políticas y legislación que buscan salvaguardar a las trabajadoras, lo hagan eficazmente, buscando un equilibrio en relación a la protección y a la flexibilidad.

Si bien la legislación laboral no contiene leyes discriminatorias propiamente tales, considera varias disposiciones especiales para la mujer trabajadora, como, por ejemplo, el fuero maternal, la licencia maternal, la disposición obligatoria de proveer sala cuna en empresas con más de 20 trabajadoras y la menor edad de jubilación de las mujeres. Todas estas disposiciones implican un mayor costo –que podemos decir que no es sustancial, con respecto a las diferencias económicas existentes, como ya comentamos- a la hora de contratar mujeres, el que es en parte considerado y descontado por los empleadores al momento de pagar las remuneraciones.

En este contexto, más allá de buscar la protección de la maternidad, se debe buscar el equilibrio y considerar el posible efecto que las medidas propuestas pueden tener, al incrementar el costo de contratar mujeres y a desenraizar la percepción de que es más conveniente contratar hombres, sobre la inserción laboral femenina y la discriminación salarial que ésta sufre.

De esta forma, al diseñar políticas de protección a la maternidad, es importante balancear el cumplimiento de este objetivo con los posibles efectos laborales de las medidas propuestas.

Si los empleadores perciben que se incrementa el costo de contratar mujeres, naturalmente descontarán este mayor costo de los salarios ofrecidos, cosa que, como se mencionó, ya ocurre en nuestro país, y que perjudica grandemente no sólo la maternidad –que se ve afectada por una falta de empleo- sino que el desarrollo laboral de la mujer en general. Asimismo, cuando los

empleadores puedan elegir entre contratar, por el mismo salario, a un hombre o una mujer con características similares, tenderán siempre a preferir al hombre, disminuyendo de este modo las oportunidades laborales para las mujeres.

Se requiere, por tanto, buscar mecanismos novedosos que no incrementen el costo de contratar mujeres y que tiendan a crear una percepción de igualdad frente a la característica del género al contratar, conciliándolos con el cumplimiento de objetivos tan importantes como la protección a la maternidad.

Dentro de este contexto, y con lo ya relatado como objetivo, en esta memoria, pretendemos ofrecer algunas posibles soluciones a estos puntos, entregando opciones de nuevas normas y políticas públicas, señalando medidas que en sí ayuden a lograr la tan ansiada igualdad entre hombres y mujeres, sin dejar de lado la protección a la maternidad y la protección del hijo.

2. Necesidad de cambiar las normas actuales: incorporación de la flexiseguridad

Una de las propuestas para que se produzca un efectivo cambio en las normas de protección a la maternidad es incorporar nuevas formas de protección basados en un cambio radical del sistema actual, ya que creemos que no satisface todas las necesidades que actualmente las mujeres tienen y que quieren ver resueltas antes de enfrentar un embarazo estando integradas al mundo laboral.

Uno de los modelos que pretendemos basarnos es en el modelo de flexiseguridad aplicado en Dinamarca. Debemos señalar que la flexiseguridad es un término usado para describir la mezcla especial de tres pilares fundamentales que conforman un modelo que ha dado muy buenos resultados en la sociedad danesa.

Los pilares del modelo de flexiseguridad son por un lado la flexibilidad en el mercado de trabajo, combinada con la seguridad social y una política activa del mercado laboral con derechos y obligaciones para las personas que se encuentran sin trabajo.

La flexiseguridad trata de combinar por un lado normas flexibles para contratar y despedir trabajadores y por otro lado un sistema de seguridad social fortalecido que los ampare. La flexibilidad de las normas ayuda a que sea más fácil para los empleadores despedir a los trabajadores durante los períodos difíciles económicamente y de contratar a nuevos empleados cuando las cosas vuelvan a la normalidad.

La seguridad social ayuda a los trabajadores a tener una estabilidad económica, ya que les garantiza percibir ingresos periódicos, estipulados por ley, en un nivel relativamente alto mientras se encuentran desempleados, no importando los ingresos de su cónyuge o del resto de las personas que conforman el grupo familiar.

Como tercer pilar del sistema de flexiseguridad, tienen una política activa de trabajo para lograr un efectivo ingreso al mercado laboral, el cual ofrece una guía o educación a todos los desempleados.

En resumen, visto desde el punto de vista de los empleadores tienen una fuerza de trabajo flexible, y desde el punto de vista de los trabajadores, éstos cuentan con una red de seguridad, que consiste en un sistema de subsidio de desempleo y una política activa de empleo. Cabe hacer presente que en gran medida, este sistema se financia por el Estado.

Para conseguir los resultados que ha obtenido el sistema de flexiseguridad danés, ha sido necesario el acuerdo entre el Estado, los empleadores y los trabajadores. Sin la aprobación de las tres partes, la flexiseguridad no funciona.

En este contexto, cabe precisar que el mercado flexible de trabajo danés está fuertemente arraigado en su historia y no es algo implementado a la ligera.

El derecho de los empleadores para contratar y despedir libremente a los trabajadores data desde la llamada solución de septiembre de 1899 entre los trabajadores y empleadores. Por ende el sistema de prestación por desempleo ha existido desde hace casi cien años.

En Dinamarca, aproximadamente medio millón de trabajadores, un quinto de la fuerza laboral son golpeados por el desempleo de cada año. Sin embargo la gran mayoría puede encontrar rápidamente un nuevo trabajo, mientras que un pequeño grupo de personas se quedan sin empleo durante un período más largo de tiempo.

La política activa de empleo, como tercer pilar del sistema, tiene por objeto contribuir a garantizar un mercado laboral que funcione bien. Esto se lleva a cabo a través de una serie de medidas concretas tanto del sector público como privado, con respecto a las personas que se encuentran desempleados y con los trabajadores que se encuentran buscando trabajo o que desean capacitarse.

La política activa del mercado laboral tiene tres objetivos generales: Primero, ayudar a las personas que buscan empleo a encontrar un trabajo; en segundo lugar, ofrecer servicios a los empleadores públicos y privados que ofrecen trabajo o desean retener a su personal, y en último lugar, contribuir a que las personas puedan recibir asistencia social o ayuda para que puedan empezar a buscar un trabajo, con la garantía de que puedan mantenerse a sí mismos y sus familias.

Las medidas de empleo se aplican a todas las personas desempleadas, independientemente de si están recibiendo prestaciones de desempleo, asistencia social o prestaciones de enfermedad.

Se trata de una política de empleo coherente con el enfoque en acciones concretas, con el fin de calificar y motivar a la persona individual a solicitar y obtener empleo en el mercado laboral ordinario. Se hace hincapié que el trabajo sea rentable. Y por otro lado asegurar que todas las personas desempleadas están realmente disponibles para trabajar. Todas las personas desempleadas tienen el derecho y el deber de recibir una oferta de trabajo.

Existe en Dinamarca un Servicio Público de Empleo, el cual es responsable de las medidas vinculadas a los desempleados que están recibiendo beneficios por cesantía. Las autoridades municipales son responsables de acreditar a las personas desempleadas para que puedan recibir asistencia social o prestaciones de enfermedad.

El consenso generalizado sobre las virtudes de este modelo se debe a su éxito durante los últimos años en Dinamarca, donde se combina un sistema económico competitivo y flexible con una cobertura social generosa. Sin embargo, no son pocas las cuestiones que conviene aclarar ante el creciente interés por la flexiseguridad. En primer lugar, es necesario atender al modo en que la Unión Europea integra el modelo de la flexiseguridad como parte de la política laboral y, posteriormente, a su funcionamiento en Dinamarca. Hay que subrayar que la flexiseguridad es, ante todo, un modelo contextualizado, desarrollado dentro de unas características históricas y sociales concretas. El establecimiento de unos principios generales no equivale automáticamente a la validación universal del modelo.

La flexiseguridad nació como una propuesta socialdemócrata y en los últimos años las reformas liberales están haciendo peligrar la dimensión de la seguridad y, por ende, la eficacia del modelo. La combinación de flexibilidad laboral y seguridad social se ha convertido, sin duda, en la definición más común para sintetizar este modelo. Con todo, cabe preguntarse si existe un acuerdo generalizado sobre cómo se entiende esta combinación. Es bastante probable que haya un consenso bastante amplio sobre la necesidad de la flexibilidad para promover la productividad y desregular los mercados laborales e incluso sobre el fin de la seguridad de mantener la cohesión social. No queda tan claro hasta qué punto quienes defienden la seguridad se refieren a lo mismo. El modelo de flexiseguridad propone un cambio sustancial en la comprensión de la seguridad: no se trata de la seguridad en el puesto de trabajo, esto es, mantener el mismo trabajo y permanecer en el mismo lugar, sino de la seguridad laboral, seguir activo en el mercado laboral en la misma o en otra empresa. Este hecho debe subrayarse, ya que seguridad se asocia a la capacidad de los trabajadores de cambiar de trabajo y no a preservar el mismo trabajo durante toda su vida, diseño que hasta hace algunos años era el modelo a seguir por toda la sociedad. Las prestaciones sociales se emplean para reducir la incertidumbre del cambio y la educación permanente, mejora las capacidades del trabajador. Cuanto mayor sea la seguridad, mayor es el incentivo para adaptarse a la flexibilidad.

Es a través de este modelo implementado con gran éxito en Dinamarca, que plantearemos cambios a las normas de protección a la maternidad en nuestra legislación, porque, como ya hemos dicho, lo creemos más que necesario, en razón del fomento a la discriminación a la mujer

que ellas conllevan, ya que propuestas que ayuden a la mujer durante su estado de embarazo y durante su licencia de maternidad, que equiparándola, podemos concluir que es un periodo en que la mujer pasa a estar desempleada.

En ese sentido, y como ya lo comentábamos en el capítulo I de esta memoria, el Título II del Libro II del Código del Trabajo, que lleva por nombre “De la protección a la maternidad” en donde se plasman las normas que rigen este tema en nuestra legislación. Y, a pesar de llevar dicho título, no cumplen con entregar a las mujeres las facilidades y garantías necesarias para compatibilizar su trabajo con el rol de madre, fundamental para la sociedad. Todo lo anterior, no sólo produce un desincentivo en la incorporación al mercado laboral de la mujer, sino que genera problemas mayores, sociales e individuales, tanto de la madre como del hijo.

En Chile existe una de las tasas más bajas de participación de la mujer en el mundo laboral, y no sólo comparándolas con tasas de países desarrollados, sino que, para ser aún más impactante, comparándolas directamente con las tasas de países sudamericanos, que tienen características semejantes en cuanto al nivel social, cultural y económico. Según los datos de la OIT, en el 2007, la participación femenina en el mercado laboral chileno sigue muy por debajo de la tasa de otros países de la región. Así lo revela un estudio de la OIT llamado “Panorama Laboral”.

La inserción de las mujeres al mundo laboral, en Chile, ha ido en aumento durante los últimos veinte años, pero aún es mucho menor a la que exhiben países como México, Argentina, Brasil, Venezuela, Colombia, Uruguay y Perú. Esto resulta más que preocupante, y nos representa la necesidad imperante de incorporar medidas a nuestra legislación que intenten menguar el problema.

Es así como, en el año 2007 la participación femenina nacional fue de un 39%, mientras el promedio de la región se ubicó en un 50%. Estas tasas nos demuestran claramente la existencia de un problema en nuestro país.

Actualmente de acuerdo al estudio del INE del año 2010 la participación nacional femenina alcanza a un 44%, cifra, aún por debajo del promedio mundial.

Lo anterior, como ya comentamos, no es menor, ya que principalmente se produce por la baja tasa de participación laboral de las mujeres pertenecientes a los quintiles más pobres y necesitados, lo que incrementa el problema social y hace imperante un cambio en las medidas utilizadas.

Lo anterior es el principal problema en Chile, porque si uno analiza la distribución de los ingresos, de acuerdo a la participación por nivel de ingreso familiar, nos damos cuenta, que hay una diferencia sustancial, entre el 40% más pobre y el 20% más rico. Esta brecha también se acortaría si se dispusieran de normas que incentivara y facilitaran la participación de la mujer en el mercado del trabajo, permitiéndole incorporarse de una forma rápida y teniendo como respaldo, en caso de no poder hacerlo, la seguridad social, como funciona con la flexiseguridad en Dinamarca.

Una normativa orientada a la flexibilización laboral, en pro del trabajo femenino, nos ayudaría, como país, a igualar la participación de la mujer a los niveles de los países latinoamericanos y europeos, trayendo beneficios no sólo a las mujeres, sino a toda la sociedad, como ya comentamos.

La flexibilización laboral, en el periodo de embarazo de la mujer y de los primeros meses luego del alumbramiento, es importantísima, si realmente queremos una igualdad entre hombres y mujeres. Esta igualdad la lograremos en la medida que los obstáculos que impiden la incorporación de la mujer en el mercado laboral sean resueltos.

La flexibilización laboral como concepto para lograr los objetivos buscados fundamentalmente, ya que, no sólo benefician al empleador –como se mal entiende- sino que se ha comprobado que otorga oportunidades a las personas que no pueden trabajar a tiempo completo, sin que por ello no tengan una fuente de ingresos para su subsistencia, además, que generan más oportunidades laborales dentro del mercado. Dentro de este grupo de personas están los jóvenes, dueñas de casa o aquellas personas que tienen que desempeñar más de un trabajo a la vez. Como podemos darnos cuenta entre todo este tipo de personas, vale decir, aquellas que son las más vulnerables existe algo que los une y que gracias a la flexibilidad laboral, que poco a poco se ha ido

incorporando en nuestro país, pueden trabajar sin mayor problema, generando las oportunidades necesarias para poder desarrollarse.

El factor que los une es el tiempo, tanto los jóvenes como las dueñas de casa y los que desempeñan dos tipos de trabajo a la vez, no cuentan con todo el tiempo disponible para trabajar con una jornada ordinaria de trabajo completa. Los jóvenes por razones de estudio durante la semana prefieren ser contratados bajo la modalidad part time, trabajo de fin de semana o trabajo por horas, lo que les facilita la compatibilización de ambas tareas. Lo mismo ocurre con aquellas dueñas de casa que no quieren dejar durante todo el día su casa abandonada y no por ello se quieren limitar a obtener ingresos o desarrollarse personal y profesionalmente. Así para aquellos que se ven en la necesidad de tener dos trabajos para aumentar sus ingresos de acuerdo a sus necesidades.

Los beneficios que le entrega la flexibilidad laboral a estas personas se puede aplicar a las mujeres que están embarazadas y durante los primeros años de crianza de sus hijos, ya que les ofrece la opción de compatibilizar su trabajo con la crianza de sus hijos.

La flexibilidad laboral influye tanto en la jornada de trabajo como en la posibilidad de encontrar nuevas fuentes laborales, todo de acuerdo a los requerimientos de los trabajadores. Además, de entregar a los empleadores mayores opciones para encauzar sus necesidades con los recursos humanos.

Para que la flexibilidad laboral sea efectiva, se debe conciliar con un sistema de seguridad social que esté a la par. El modelo de flexiseguridad danés, plantea, como lo analizábamos al principio de este capítulo, por una parte la flexibilidad laboral y por otro lado un potente y efectivo sistema de seguridad social, diseñado para garantizar la estabilidad económica de las personas en los periodos de desempleo, dándole la posibilidad de encontrar trabajo en el corto plazo. Lo anterior no sería posible si no existiera el tercer pilar del modelo de Flexiseguridad danés, vale decir, la participación del Estado, mediante la creación de políticas activas de gobierno, destinadas a dar viabilidad a las opciones de flexibilidad del mercado para que éstas no se

queden solo en letra muerta, o proyectos de ley que no pasan de la discusión parlamentaria sin aplicación práctica.

Así las cosas, es menester que nuestro país se atreva a implementar una modificación a las normas de protección a la maternidad, especialmente si está inspirado en el modelo de flexiseguridad que ha demostrado ser el equilibrio entre la flexibilidad laboral –tan necesaria en nuestros días- con una fuerte seguridad social que elimine los contras de la flexibilidad.

3. Comisión asesora presidencial: mujer, trabajo y maternidad

El Presidente de la República don Sebastián Piñera Echenique, con el objetivo de revisar las normas laborales vigentes de protección a la maternidad, ordenó la conformación de una comisión para este efecto. Esta comisión trabajó entre el 6 de mayo al 2 de agosto del año 2010, y estuvo conformada por María Gracia Cariola, como Presidenta, Francisca Jünemann y Jimena Valenzuela como secretarías, y como integrantes Paula Bedregal, Ana Bell, Susana Carey, Rodrigo Cerda, Carmen Domínguez, Francisca Dussailant, Osvaldo Larañaga, Ximena Luengo, Álvaro Pizarro, Ricardo Solari, Andrea Tokman, José Ramón Valente y María Elena Valenzuela.

El mandato presidencial a la Comisión fue el análisis y desarrollo de una propuesta integral en base a la cual modernizar la actual legislación laboral de protección a la maternidad, permitiendo alcanzar tres objetivos:

1. Desligar el costo de la maternidad de la contratación de mujeres;
2. Garantizar el mejor cuidado de los niños; y
3. Incentivar la corresponsabilidad en el cuidado y crianza de los hijos para facilitar la conciliación entre familia y trabajo.

La comisión tuvo como resultado propuestas concretas para cambiar la legislación laboral, las que pasamos a exponer a continuación, a modo de resumen.

En el informe de la comisión se señala que el trabajo remunerado de la mujer y la maternidad son dos bienes que interesa promover de igual manera, sin que uno obstaculice al otro. Señalan que actualmente las políticas públicas proveen ambos bienes pero lo hacen en condiciones discriminatorias. En este sentido, señalan que la comisión tiene como objetivo prioritario asegurar cobertura a quienes no la tienen.

Las propuestas de la comisión son las siguientes:

a. Mayor cobertura de permisos y subsidios pre y post natal

La comisión propone extender el subsidio maternal a todas aquellas mujeres que han ejercido alguna actividad laboral acreditada durante un período mínimo en el año anterior a producirse el embarazo, sugiriendo como período mínimo seis meses de jornada completa equivalente en el año previo al embarazo.

Esta propuesta posibilita el acceso al beneficio a las mujeres adscritas al mercado del trabajo y que quedan actualmente excluidas por no tener actividad laboral continua. El subsidio sería, al igual que el actual, proporcional al ingreso laboral promedio en el año anterior al embarazo, con tope de 64,7 UF mensual.

b. Cuidado infantil

La comisión propone garantizar el acceso a sala cuna a través de una modalidad subsidiada por el Estado, para todos los menores de dos años cuyo padre y madre pertenezcan a la fuerza de trabajo y deseen hacer uso de esta opción. Esta garantía es extensiva a menores que vivan en hogares monoparentales. Este sistema estaría financiado tripartitamente, las empresas en relación a su tamaño, dejando de lado el sexo de los trabajadores y las familias en relación a su sueldo.

Las salas cunas serían elegidas por los usuarios entre aquellas que se encuentren acreditadas.

c. Prenatal

Se propone que la mujer tendría la opción de postergar el inicio de su permiso prenatal por un período de hasta 15 días, estos días se trasladarían al post natal, los que podrán tomarse en media o jornada completa. Esta decisión estaría amparada por la consulta a un especialista. También se señala que el tiempo del prenatal que no se utilice en el caso de partos anticipados o prematuros se traslade totalmente y de forma automática al post natal.

d. Postnatal

Se propone no alterar el permiso post natal maternal existente en la legislación vigente.

Además, se propone crear un nuevo permiso postnatal parental al que puedan acceder tanto las madres como los padres, iniciándose posteriormente a la finalización del descanso descrito en la letra anterior. Los padres decidirán de común acuerdo quién toma el permiso para el cuidado del menor, pudiéndoselo distribuir de la manera que ellos estiman necesario. Puede ser tomada en jornadas completas o medias jornadas. El subsidio se calcula igual que el anterior. Se proponen dos opciones de permiso, uno flexible y voluntario de 6 semanas en jornada completa u otro o irrenunciable por 4 semanas.

También se propone que una madre que haya sufrido la muerte de su hijo recién nacido pueda renunciar a su permiso postnatal. Y que la madre que adopte un hijo menor de dos años tenga el mismo permiso que una madre biológica y que también, el padre y la madre tenga el mismo derecho al permiso parental. Y aquellos que adopten a un hijo mayor de dos años tengan un permiso especial de adopción de dos meses desde la sentencia judicial en que se otorga la adopción.

e. Licencia por enfermedad grave del hijo menor de un año

Se propone mantener el beneficio. Se señala que en el caso de hacer uso indebido del beneficio se deberá devolver íntegramente el subsidio entregado y se podrán ejercer acciones judiciales. Se propone incrementar sanciones penales para profesionales que otorgan licencias médicas indebidas.

f. Fuero maternal

La comisión señala que el fuero es un importante instrumento de protección de las mujeres trabajadoras, por lo que propone sólo aclarar, explicitar o actualizar ciertos aspectos de él. Formulando las siguientes propuestas en ese sentido:

- i. Mantener sin alteración el plazo de éste.
- ii. La comisión propone que se señale expresamente que el fuero maternal rige sólo respecto de la relación laboral en la cual tuvo su origen.
- iii. Que el fuero maternal en los contratos a plazo fijo y los contratos por obra o faena, cuya duración sea inferior a seis meses cese de pleno derecho al llegar el plazo para el término del contrato o al concluirse la obra o faena, siempre que la conclusión de la obra o faena ocurra dentro del plazo de los seis. Esto significa que el empleador no tendrá que pedir la autorización judicial para ponerle término al contrato.

g. Permiso parental

La comisión propone que el Estado otorgue un subsidio al padre durante los 5 días de permiso por nacimiento del hijo con el fin de que éste efectivamente sea ejercido por los padres. El subsidio tendrán las mismas características que el subsidio aplicable al actual permiso de posnatal.

h. Derecho a dar alimento a los hijos

La comisión propone que este derecho debería ser sólo aplicable cuando las madres trabajen jornada completa, y que a partir de los seis meses de vida del menor este derecho se debería ejercer alternativamente por el padre o la madre, decidiendo éstos de común acuerdo quien ejercerá el derecho y en caso de no existir acuerdo, que lo tomará la madre.

- i. Licencia médica por accidente grave o enfermedad terminan en su fase final o enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte para trabajadores con hijos menores de 18 años.

La comisión propone que este derecho se mantenga sin modificaciones.

4. Medidas concretas propuestas como normas de protección a la maternidad.

Queremos señalar primeramente que los principios que creemos deben ser los imperantes en estas modificaciones son los siguientes:

- I. Igualdad, tanto entre los géneros como entre las mujeres, así como también en beneficios y oportunidades.
- II. Protección a los hijos.
- III. Equilibrio entre el incentivo a la maternidad y el trabajo femenino.

Entre las propuestas que queremos plantear en este trabajo, y que consideramos son necesarias para avanzar en cuanto a la no discriminación de la mujer y en la protección de la maternidad y del hijo, tenemos las siguientes:

4.1 Fuero Maternal:

Luego de examinar detalladamente lo que es el fuero maternal, como lo hicimos en el capítulo primero de esta presentación, de acuerdo a la normativa nacional, nos damos cuenta que, a pesar que este derecho se ha establecido con el propósito de proteger a la mujer y darle estabilidad económica durante todo el periodo de su embarazo y hasta un año después de su descanso postnatal, genera una consecuencia negativa, fomentando la discriminación por género.

El fuero maternal, es una institución que se ha establecido para dar protección a la mujer en su empleo, pero a pesar de ello ha provocado un desincentivo en la contratación de mujeres, ya que los empleadores a priori saben que, una mujer en edad fértil –entre los 15 y los 49 años de edad– en cualquier momento puede quedar embarazada. Sobre todo que en la actualidad la mujer, decide tener hijos sin estar casada.

Cada trabajadora desempeñan una labor específica dentro de su empresa o su lugar de trabajo, lo que una ausencia prolongada pone en conflicto el normal rendimiento del trabajo en la empresa, lo que obliga a los empleadores a buscar un reemplazante para que desempeñe el trabajo de la persona que está con descanso maternal, con las consecuencias que esto conlleva, es decir, una etapa de ambientación, inducción, aprendizaje y prueba de este reemplazante, lo que claramente es un factor altamente negativo frente a la contratación de trabajadoras.

Si a lo anterior, además, le agregamos que el fuero maternal conlleva la obligación por parte del empleador de reubicar a la mujer en el mismo puesto de trabajo después de haber cumplido su descanso maternal, nuevamente se produce otro conflicto ya que todo tiene que volver a como estaba sin olvidar que el trabajador reemplazante ya se ambientó al puesto de trabajo. Lo anterior es el centro del problema de contratar a una mujer, ya que esta situación relatada, genera una disminución en la producción o rendimiento de las labores, situación que los empleadores no quieren soportar solo por el hecho de cambiar de trabajador constantemente.

Además, y lo más complejo, es la existencia de un abuso de este fuero maternal, por algunas mujeres, ya que, como saben que el ser despedidas es un proceso complejo, no cumplen con su trabajo de la mejor manera, lo que trae conflictos con los empleadores.

Así las cosas, si bien, el fuero maternal busca la protección del empleo de la trabajadora en el tiempo, y mantenerla con una seguridad económica en los primeros meses de vida de su hijo, por otra parte, es la causa primordial de la percepción negativa en los empleadores en el hecho de contratar mujeres, lo que es la base de la discriminación.

De esta forma, nosotros, proponemos la eliminación del fuero maternal -nótese que es sólo la eliminación del fuero maternal, no del derecho a la protección del empleo-. La eliminación del fuero maternal puede sonar demasiado revolucionario o drástico en estos tiempos, y podría pensarse erradamente –según nosotras- que deja en la total indefensión económica a la madre y a su hijo en los momentos que más lo necesitan. No obstante, nosotras no creemos que sea así, al contrario, estimamos que la eliminación del fuero maternal, seguida de una seguridad social más fuerte, como lo plantea el modelo de flexiseguridad danés, sólo traería beneficios para la madre y consecuentemente para su hijo, según lo que pasamos explicar a continuación.

Como ya dijimos, normas como el fuero maternal, no cumple con su objetivo de dar protección a la mujer en su periodo de embarazo y durante los primeros meses de vida de su hijo, sino que limita y pone barreras a su contratación. Estas barreras son de tipo económico reflejado en el menor sueldo que recibe una mujer en comparación a un hombre en el mismo puesto de trabajo, y el rechazo social, a priori, al momento de contratar mujeres, por parte de los empleadores.

Eliminando el fuero maternal se le da la garantía y libertad al empleador de contratar a alguien que desempeñe su trabajo sin limitación de tiempo, y en el caso de estar embarazada, de poder esperarla o disponer de sus servicios según lo estime conveniente. Así, si los conocimientos específicos o el desarrollo del trabajo de la mujer son fundamentales y el empleador quiere continuar con ellos, podrá esperar que la mujer se tome su descanso maternal de forma íntegra, para restablecerla en su puesto y, en el caso de no ser así, y de que al empleador no le sea conveniente el cambio constante en los trabajadores, podrá prescindir de sus servicios. Así, mismo, si la empleada efectúa mal su trabajo al regreso de su período de postnatal. Además, se le da la libertad a la madre de elegir si quiere quedarse con su hijo por más tiempo del que dispone el postnatal, que lo pueda hacer sin presión de volver a trabajar. Actualmente existe un

abuso con las licencias por enfermedad del hijo menor de un año, que envuelve subrepticamente el deseo de las madres de permanecer más tiempo con su hijo recién nacido.

Eliminando el fuero estamos entregando mayor libertad a los empleadores para que puedan contratar indistintamente hombres y mujeres, todo de acuerdo a los requerimientos de sus respectivas empresas, y sin el temor de verse enfrentados a una situación que los limita en relación a mantener empleado y tener que reubicar en el empleo a una trabajadora que en determinados casos no le es conveniente a la empresa.

Con todo, los empleadores no se verían limitados a mantener una relación de trabajo con una persona solo porque la ley lo contempla, y no porque realmente le es beneficioso y le aporta a la producción de su negocio.

Es importante señalar, que si una persona desempeña bien su trabajo tendrá las puertas abiertas en la empresa original como en cualquier otra empresa.

Por otro lado es primordial comentar en este punto que, las bases de la flexiseguridad ayudarían en este aspecto, pues un sistema de flexiseguridad garantiza que una persona que se queda sin trabajo pueda encontrar uno en el más breve tiempo, de acuerdo a la disponibilidad del mercado laboral. Además como complemento, está la seguridad social con un fuerte apoyo a los desempleados. Este apoyo se consagra en el ámbito de las prestaciones básicas en el periodo que se encuentra sin trabajo, que por regla general es muy breve (de acuerdo a la realidad danesa). Todas las ofertas de trabajo están unificadas y se publican a nivel general para que cada persona inscrita en el sistema reciba información de propuestas de trabajo.

Por nuestra parte, junto con eliminar el fuero, y siguiendo el modelo danés de un fuerte apoyo de la seguridad social, proponemos que durante los seis meses posteriores a los descansos maternales, es decir, por un año, a las mujeres que sean despedidas de sus trabajos, se les entregue un subsidio equivalente 70 por ciento del sueldo que recibían cuando estaban trabajando. De esta manera, se le entrega una protección prácticamente igual a las madres –hay que considerar que no puede ser el mismo sueldo, ya que la mujer buscaría ser despedida,

además, en el caso de no trabajar, incurriría en menos gastos, lo que es importante considerar-, sin los factores negativos en relación al empleador y a la discriminación a la mujer.

Este sistema sería muy beneficioso, eficiente y útil en nuestro país, adecuándolo a las necesidades del mercado laboral, y entregando mayores oportunidades a los empleadores y a las mujeres. Así, los fondos se ocuparían en la medida en que la persona esté sin trabajo, en este caso se contemplaría a la mujer con descanso o licencia de maternidad, colocando una limitación en cuanto al tiempo para ocuparse y una disminución en los ingresos para incentivar el buen desarrollo del empleo por parte de la mujer y la búsqueda de éste. Si de acuerdo a las ofertas realizadas y con posibilidad de trabajo la persona no ha aceptado, se le suprimirán todos los beneficios estatales, para que los fondos sean ocupados por las personas que realmente no tienen trabajo y se encuentran en una situación de desamparo.

Para que existan estos fondos es necesario contar con el aporte del Estado, de los empleadores y por supuesto del trabajador, mediante un pago mensual, que sea descontado directamente al trabajador en su liquidación de sueldo, tal como las cotizaciones. Dicho dinero deberá ser retenido por el empleador y entregado por él en la institución recaudadora correspondiente. Este punto lo tocaremos en el acápite del financiamiento, dentro de este mismo capítulo.

En definitiva, para que la mujer cuente con un respaldo que no le cause discriminación, como lo causa la normativa del fuero maternal actual, es necesario que a nivel de Estado se implementen mecanismos que le permitan tener ingresos no a costa de la obligación del empleador de mantenerla empleada.

Es importante señalar que, de acuerdo a la libertad de contratación, las partes pueden incluir nuevas cláusulas en los contratos de trabajo que mejoren esta situación. Así de esta manera si la mujer en su contrato de trabajo logra establecer con su empleador que si queda embarazada pueda retornar a su empleo o que se establezca una especie de fuero, claramente, lo pueda hacer. También la función negociadora de los sindicatos puede lograr lo anterior.

Por otro lado, pretendemos eliminar el fuero maternal impuesto como obligación para el empleador de no despedir a la mujer durante un año posterior al término de su descanso

postnatal, a que dicha obligación se reduzca solo a la de ofrecerle trabajo a la mujer una vez terminado su periodo de postnatal, de acuerdo a la protección al empleo reconocida a nivel internacional y consagrada en los convenios internacionales de la OIT sobre protección a la maternidad. De esta forma la obligación del empleador sería ofrecer trabajo a la mujer que termina su descanso maternal y no por ello conservar la obligación del empleador a mantener en el puesto a la trabajadora por un año si los requerimientos de la empresa no lo exigen.

4.2 Prenatal flexible y Postnatal compartido

La legislación nacional ha contemplado como una necesidad el cuidado y protección de la mujer embarazada y del hijo que está por nacer, es más, la misma Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 2, consagra la garantía a la protección de la vida del que está por nacer.

Sin perjuicio de lo anterior, y como ya lo revisamos anteriormente, se ha establecido un periodo de tiempo para que la mujer se prepare para el parto, este descanso se conoce como prenatal y en Chile tiene una duración de 6 semanas, calculado de forma estimativa. La mujer deja sus responsabilidades laborales para descansar y ultimar detalles con respecto al parto. Este descanso está contemplado en la mayoría de los países, variando solo en el tiempo establecido. Durante este periodo la mujer en Chile recibe un subsidio por parte del Estado.

Si bien es cierto que, en la mayoría de los países existe este descanso, creado para garantizar la salud y estabilidad tanto de la mujer como del niño que está por nacer, es una limitante para la incorporación de la mujer al mercado laboral, por eso algunos países han trasladado este descanso para la etapa en que el niño ya ha nacido. En otros casos se le entrega a la mujer la decisión de cuando ocupa su descanso de maternidad.

No estamos en desacuerdo con el descanso prenatal, creemos que es necesario en la medida que la mujer lo requiera. De esta manera si la mujer durante su embarazo puede trabajar hasta el último día antes del parto sin resultar un impedimento con respecto a sus labores, que lo pueda hacer trasladando todo el tiempo que tiene derecho de prenatal a su descanso de postnatal. Es decir, que sea flexible este descanso prenatal. No nos olvidamos que el derecho de prenatal es un

derecho irrenunciable de la mujer, por ello no pretendemos eliminarlo, sino que la mujer lo ocupe cuando lo estime conveniente, vale decir, que sea un derecho flexible, beneficiando a la mujer.

Con respecto al postnatal creemos que es esencial y no es posible prescindir de él. Para lograr la igualdad entre hombres y mujeres, proponemos, como se estila en Dinamarca, donde se aplica el modelo de la flexiseguridad en el cual nos inspiramos, que ambos padres tengan derecho a un descanso postnatal, es decir, que sea compartido, 12 semanas para la madre y 12 semanas para el padre. Si estamos promoviendo la igualdad de responsabilidades entre hombres y mujeres, también tenemos que ser coherentes al promover de la misma forma los derechos.

Como lo señalamos el descanso postnatal debe ser compartido y obligatorio para ambos padres. Se debe entender que podrán utilizar el derecho la madre y el padre que han reconocido al hijo, no importando si están casados o no. En el caso en que algún menor no haya sido reconocido por su padre, la madre podrá utilizar este beneficio, a su elección. También en determinados casos fundados en que no pueda o se haga imposible que el descanso lo pueda utilizar el padre. Será fundado el caso cuando se deje la correspondiente constancia en la inspección del trabajo y consecuentemente se informe a su empleador.

Con todo, lo anterior ayudaría a que la mujer que sienta la necesidad imperiosa de reintegrarse a sus labores lo pueda hacer, y que su marido o el padre de su hijo lo pueda cuidar, a través del derecho de postnatal compartido. Junto con los beneficios respecto a la no discriminación e igualdad de géneros, esta posibilidad de postnatal compartido trae beneficios gigantescos en cuanto al desarrollo de la familia como tal y su afiatamiento, generando un mayor apego del padre con su hijo y viceversa, incentivando la corresponsabilidad y aliviando la carga de la mujer.

La propuesta que pretendemos sigue los siguientes puntos como base:

- a) Establecer un descanso prenatal flexible, en que sea la mujer, de acuerdo a sus necesidades la que decida si tomarlo antes del parto, o postergarlo para después del

parto. Incluso, donde la mujer pueda trabajar determinadas horas y así, distribuir su descanso como mejor le parezca y lo necesite.

- b) Que los días o semanas en los cuales la mujer siga trabajando puedan ser traspasados íntegramente desde su permiso prenatal a su permiso post natal.
- c) Dejar sin modificaciones el descanso postnatal obligatorio para la madre de 12 semanas, el cual se verá incrementado, en el caso en que la mujer traspase días o semanas de su descanso prenatal a su descanso post natal.
- d) Instaurar otro descanso postnatal obligatorio de 12 semanas para el padre, luego del ya señalado en el punto c). Se entenderá que tomará el descanso el padre que haya reconocido al hijo. En el caso que no haya un padre responsable, la madre podrá tomar este descanso, dejando constancia de ello en la respectiva inspección de trabajo e informando a su empleador.
- e) Que estos derechos sean iguales para todas las madres, independiente de su situación socioeconómica, además que sean irrenunciables.

Todos estos descansos cubiertos íntegramente y financiados de acuerdo al seguro de maternidad que explicaremos posteriormente dentro de este capítulo.

Creemos que con esta propuesta, protegemos de mejor manera el interés del niño y a la vez, le entregamos una mayor oportunidad a la madre para que planifique de acuerdo a lo que estime necesario sus descansos, eliminando de alguna manera el grado de discriminación, ya que ahora contratar a un hombre conllevaría igualmente un riesgo de que pueda pasar 3 meses fuera del trabajo al igual que la mujer.

4.3 Salas cunas

Como ya lo esbozábamos anteriormente en este trabajo, la limitada participación de la mujer en el mercado laboral nacional, se debe sin duda a que la gran mayoría de las mujeres en edad para trabajar, son madres, y se encuentran limitadas para poder desarrollarse laboralmente.

Otra de las limitaciones de la mujer para incorporarse al mercado laboral, está directamente relacionado con el cuidado de los hijos y sobre todo con el cuidado del recién nacido. No

podemos pasar por alto que en nuestro país existe escasez de salas cunas, lo que agrava más la situación de la mujer, al tener que hacerse responsable directamente del cuidado de los hijos y no disponer de salas cunas de calidad –a precios módicos o subvencionadas por el Estado-.

El apego que se produce entre la madre y el recién nacido hace que a la mujer le cueste separarse de su hijo en sus primeros meses de vida, sabiendo, además, que nadie lo cuidará como ella. Cada madre se ve en la necesidad de cuidar personalmente a sus hijos, porque no disponen de los medios necesarios para poder delegar, de alguna forma, esta función. Sólo algunas, por regla general, las madres más acomodadas, cuentan con el apoyo, ya sea económico, familiar o social para entregar el cuidado de los más pequeños del hogar en otras personas o entidades creadas para el efecto.

Actualmente, como ya comentamos en el primer capítulo de esta presentación, de conformidad con lo que establece el artículo 203 del Código del Trabajo, el empleador que trabaja con 20 o más mujeres de cualquier edad o estado civil, tiene la obligación de tener salas anexas donde las mujeres trabajadoras pueden dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras trabajan. Esta obligación puede ser cumplida por el empleador si paga los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que la mujer trabajadora lleve a sus hijos menores de dos años, recayendo sobre el empleador el derecho a designar la sala cuna de entre aquellas que cuenten con la autorización de la Junta Nacional de Jardines Infantiles. Ahora bien, si la trabajadora no lleva a su hijo a la sala cuna designada por el empleador no existirá para éste obligación alguna de pagar el costo de aquella donde la madre trabajadora lleve a su hijo, así como tampoco el costo que implique para la dependiente mantener a su hijo en su propio hogar.

La norma a pesar de ser de aplicación general, no incluye o beneficia a todos los trabajadores del país, ya que primero coloca como obligación del empleador el proporcionar salas cunas anexas al lugar de trabajo y en segundo lugar dispone que en los establecimientos con más de 20 trabajadoras, es decir, coloca como requisito para obtener el beneficio la cantidad de trabajadoras de la empresa, que no es un número menor, sino que en definitiva la norma la pueden cumplir solo las empresas más grandes, dejando de lado a la mayoría de las mujeres del país.

Por otro lado es fácil vulnerar o zafarse de la obligación, le basta al empleador contratar 19 mujeres para no cumplir con la norma, o en vez de contratar 20 mujeres y tener la obligación de proporcionar salas cunas, le es mejor contratar 20 hombres o 20 trabajadores entre hombres y mujeres. Todo lo anterior desincentiva la incorporación de la mujer en el mercado laboral.

Luego de analizar lo que pasa en nuestro país se hace imperioso el cambiar la norma que impone esta obligación al empleador. No garantiza el derecho para la mujer. Por eso creemos que es necesario ampliar la norma y establecer esta obligación a todos los empleadores, no importando el número de trabajadores que tengan.

Quizás lo anterior a la luz de los empleadores se transformaría en una carga que a la larga fomentaría mucho más la discriminación hacia las mujeres, por lo que sería mejor que a través del seguro de maternidad se contemplara entre las garantías y prestaciones del seguro el derecho a contar con salas cunas. Estas salas cunas deberían ser creadas a nivel estatal.

4.4 Financiamiento

Para financiar todos los costos que implica la maternidad es necesario la creación e implementación de un modelo de financiamiento que satisfaga todas las necesidades originadas a partir del embarazo. Tratando de igualar en beneficios a todas las mujeres no importando su condición socioeconómica.

De acuerdo a lo anterior y como mecanismo de financiamiento proponemos la creación de un seguro a la maternidad, donde todos, hombres y mujeres, tengan la obligación de pagar el seguro. Juntamente con la creación del seguro de maternidad se deberá crear una institución encargada de recaudar y administrar los fondos obtenidos del seguro de maternidad.

El mecanismo anteriormente expuesto sería semejante al seguro de cesantía extendido a la mujer que se encuentra con descanso de postnatal, y que incluirá otros beneficios también. Cada trabajador pagaría mensualmente una prima para mantener vigente su seguro. Para ocupar los

beneficios del seguro se establecería un límite de 6 meses para que la mujer percibiera ingresos como subsidio estatal, y con el objetivo de buscar y encontrar una nueva fuente de trabajo, en el caso que su empleador prescinda de sus labores. Estimamos que esta prima debe ser cubierta en una parte por el trabajador, en otra por el empleador y en otra por el Estado.

El seguro de maternidad no existe actualmente en nuestro país. No obstante es algo que si existe y está contemplado en la normativa de otros países. El seguro de maternidad se creó con el objetivo de cubrir los gastos que implica el periodo de maternidad. Así países como México en su legislación de seguro social contempla un seguro para la maternidad, donde es obligatorio pagarlo, previendo el caso en que la mujer que se incorpora de forma activa al mercado laboral quede embarazada.

La maternidad, si bien es cierto, es muy importante para el crecimiento de un país, no podemos negar que trae consigo muchos gastos. No solo trae gastos a la madre y familia que espera la llegada del hijo, sino también ocasiona gastos al Estado y al sector empresarial.

Por eso viendo el tema desde la perspectiva del riesgo, sabiendo que cualquier mujer en edad fértil, tenga o no tenga planes de tener hijos al momento de incorporarse a la vida laboral, tiene un alto grado de probabilidad de quedar embarazada. Se hace necesario prever esta situación. El embarazo en sí es una etapa especial en la mujer, por eso no podemos agregarle a ello más preocupación, sobretodo en el sentido económico. Con todo lo anterior se hace imprescindible establecer a nivel nacional un seguro de maternidad que cubra los gastos del embarazo. Acá es importante señalar, que si bien la mujer es quien queda embarazada, el hijo tiene un padre, y este riesgo tiene que ser compartido, por lo que hacemos extensivo el costo del seguro también a los hombres.

No es descabellada la propuesta, ya que como existen seguros obligatorios de cesantía, seguro contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales o seguro automotriz, por qué no se puede implementar este seguro de maternidad, señalando específicamente lo que cubrirá y a las personas que beneficiará.

Todos los habitantes del país que se encuentren trabajando y que cumplan con los requisitos para pagar el seguro, deberán pagarlo de forma obligatoria. Todo con el fin de garantizar estabilidad a la mujer en el periodo de su embarazo y en los primeros meses que deberá criar a su hijo.

El seguro de maternidad se implementaría con el fin de que tanto hombres y mujeres paguen las primas de este seguro, para no fomentar la discriminación sobre la mujer y que su sueldo se vea reducido por esta responsabilidad. Después de todo cuando la mujer queda embarazada el hijo que vendrá al mundo también tiene un padre, por lo que ambos se deben hacer responsables del hijo que va a nacer. Con esto también queremos incentivar la corresponsabilidad en la sociedad, para que se instituya que no sólo es la mujer la que tiene los hijos y se tiene que hacer responsable, si no que es una responsabilidad igualitaria para el padre y la madre.

Si ambos padres han pagado el seguro se deben contemplar por ende mayores garantías y que el seguro cubra más prestaciones, que en el caso que solo una persona haya pagado el seguro. Con esto motivamos e incentivamos a que ambos padres se hagan cargo del hijo y que de a poco se vaya igualando el cuidado y responsabilidad de los hijos y que no solo sea siempre de exclusiva responsabilidad de la madre.

Aquí en este punto es necesario que el tercer pilar del modelo de flexiseguridad danés tome fundamental dominio y que a través de propuestas activas de Estado se concrete. A través de la educación se debe enseñar que la responsabilidad de los hijos es de ambos padres y que por lo tanto, ambos se deben responsabilizar de ello en todo sentido.

4.4.1 Mujeres con contrato de trabajo

En este caso cada trabajador que cuenta con un contrato de trabajo deberá apartar de su sueldo un porcentaje para pagar el seguro de maternidad que será obligatorio, tanto para las mujeres como para los hombres.

Cada empleador deberá considerar este seguro para deducirlo oportunamente de la liquidación de sueldo de sus trabajadoras y trabajadores con el objetivo de enterarlos en la institución recaudadora correspondiente creada para el efecto.

Cada persona estará obligada a pagar el seguro de maternidad, para que en un futuro pueda gozar de los beneficios que otorgará dicho seguro.

No podemos dejar de lado la obligación del estado de contribuir a este seguro financiando en gran medida las prestaciones

4.4.2 Mujeres sin contrato de trabajo

El caso de las mujeres sin contrato de trabajo es algo que siempre ha preocupado cuando se trata de buscar la protección de la maternidad, ya que este grupo de mujeres, por regla general, quedan fuera de estas normas. Es difícil contemplar a todas las mujeres para que puedan acceder a los beneficios que existen, si no cuentan con contratos de trabajo y por lo mismo no cotizan en el sistema de salud y previsión convencional.

Sabemos que en la mayoría de los casos el no contar con contrato de trabajo no es una opción de las mujeres, si no que sus empleadores no cumplen con la norma legal de escriturar el contrato de trabajo.

Para este tipo de mujeres existiría la opción de pagar el seguro de forma voluntaria, junto con sus demás cotizaciones, para que no queden sin la protección de acuerdo a la normativa.

Por otro lado se puede implementar que sus cónyuges en el caso de las que se encuentren casadas, puedan pagar dicho seguro, haciéndolas cargas de ellos, considerando el caso de aquellas mujeres que no trabajan. Estas mujeres, claramente, solo tendrían los beneficios de la sala cuna y de las prestaciones médicas correspondientes al embarazo.

4.4.3 Prestaciones que cubrirá el seguro de maternidad.

1. Subsidio de prenatal.

2. Subsidio de postnatal.
3. Derecho de sala cuna estatal.

4.4.3.1 Subsidio de prenatal

Este subsidio será cubierto por el seguro de maternidad de conformidad a los requisitos establecidos para hacer uso de él con el tope actualmente existente de 60 UF.

Se establecerá la condición que cada mujer haya pagado el seguro o esté actualmente pagando el seguro, para que pueda acceder a los beneficios, donde habrá una diferencia considerable entre aquellas personas que han pagado el seguro con aquellas que no lo han pagado. Hacemos la distinción entre las personas que pagan y las que no con el objetivo de incluir a más mujeres dentro del beneficio, ya que muchas quedan fuera de los beneficios actualmente existentes, por no estar contratadas bajo la modalidad de contrato de plazo indefinido. Debido a lo anterior muchas mujeres con contrato de plazo fijo quedan sin ningún tipo de respaldo, a pesar que anteriormente han trabajado y cotizado en el sistema previsional, con este seguro pretendemos que esto no ocurra, amparando a una gran cantidad de mujeres que actualmente se encuentran en la desprotección.

4.4.3.2 Subsidio de postnatal

De igual modo, se establecería un subsidio de postnatal, para que la madre que recién ha tenido a su hijo no se vea en una situación económica desmedrada, por el solo hecho de haber tenido un hijo, considerando que ya es un cambio para la vida de la mujer, tanto personalmente como laboralmente.

Los mismos requisitos serían aplicables en el caso de la mujer que haga uso de su postnatal. Un mínimo de pagos de seguro, para que se encuentre vigente.

4.4.3.3 Salas cunas estatales

Es imprescindible que a nivel estatal se creen salas cunas especializadas para dar cuidado y protección a los recién nacidos, para que las madres puedan volver a incorporarse al mercado laboral.

Como lo hicimos notar, una de las causas por la cual las mujeres no se insertan completamente a la vida laboral es por la dificultad de dejar a sus hijos desamparados. En la actualidad no existe una red de apoyo confiable donde delegar el cuidado de los hijos. Es primordial la creación de salas cunas que brinden especial cuidado a los niños, con establecimientos adecuados para el cuidado de niños pequeños, con los implementos necesarios y los profesionales idóneos para desempeñar dicha labor.

En definitiva lo que se persigue con la creación de las salas cunas, es brindar una efectiva ayuda a las mujeres y a toda la familia en general, ya que el tema no solo se debe mirar desde la perspectiva de la mujer, con el objeto de motivar su incorporación al mercado laboral, sino como tema que influye en el crecimiento del niño y en el desarrollo económico de toda la sociedad.

5. Contenido del proyecto de ley que crea el permiso postnatal parental y modifica el código del trabajo en materias que indica: crítica y análisis.

El proyecto de ley que firmó el Presidente de la República Sebastián Piñera Echenique, Acompañado por los ministros de Hacienda, Felipe Larraín; la Ministra del Trabajo, Evelyn Matthei; y la Ministra del Sernam, Carolina Schmidt, el día 10 de marzo de 2011 con el objetivo de enviarlo al Senado constituye la recopilación del estudio, análisis y posteriores conclusiones obtenidas en la Comisión Asesora Presidencial: Mujer, Trabajo y Maternidad, en cuanto al tema de las normas de protección a la maternidad desarrollado paralelamente durante la creación de esta memoria.

El proyecto propone incluir y modificar seis puntos o tópicos de las normas actualmente existentes, los cuales son:

1. Descanso de maternidad
2. Adopciones
3. Nuevo permiso postnatal parental
4. Enfermedad grave hijo menor de un año
5. Fuero
6. Aumento de cobertura

De acuerdo a lo señalado en el proyecto por cada tópico realizaremos un análisis crítico añadiendo nuestras observaciones y comentarios al respecto, considerando nuestra propuesta desarrollada en el ítem anterior.

5.1 Descanso de maternidad

El proyecto en este tema no presenta alteraciones con respecto a los descansos de prenatal y posnatal en su duración de seis semanas antes del parto y doce semanas después del parto, además deja incólume el subsidio que reciben las madres trabajadoras.

El argumento indicado por la Comisión Asesora Presidencial: Mujer, Trabajo y Maternidad para no hacer modificaciones en este aspecto fue señalar que se trata de derechos laborales adquiridos de las mujeres de Chile. Creemos que es lo lógico, ya que el proyecto en su esencia propone aumentar el descanso postnatal como respuesta a lo prometido en la Campaña Presidencial.

Está comprobado que este descanso es necesario para el desarrollo del hijo como para el bienestar de la madre.

Relacionado con este tema y que encontramos acertado es la posibilidad de traspasar hasta dos semanas del descanso prenatal al descanso postnatal, ya que flexibiliza el periodo de descanso entregándole a la mujer la posibilidad de estar más tiempo con su hijo, sin acrecentar la discriminación hacia la mujer por el hecho de estar más tiempo fuera de su trabajo.

5.2 Adopciones

El proyecto de ley señala que es necesario otorgar un descanso por maternidad a los padres que han adoptado un hijo.

Los beneficios del descanso postnatal tanto para la madre que se recupera del parto como para el hijo recién nacido están bastante comprobados y no hay discusión en ello. Sin embargo, en el ámbito de los padres adoptivos, si bien es cierto no hay un proceso de recuperación por causa de un parto, si hay un agotamiento por todo el proceso que significa el trámite de la adopción (muchas veces más largo que un embarazo). Por eso lo creemos necesario que se les otorgue a estos padres la posibilidad de compartir con su hijo a tiempo completo para generar vínculo y cercanía. Lo anterior viene a beneficiar tanto a los padres adoptantes como a los hijos adoptados. El proyecto señala que en caso de que se adopten menores de 6 meses, los padres gozarán tanto del periodo de postnatal como del nuevo periodo de postnatal parental, de acuerdo a las normas generales. Sin embargo, el mismo proyecto en sus comentarios señala que la mayoría de los niños adoptados en Chile tienen más de seis meses al momento de la adopción. Para solucionar esto, por la especial situación en la cual se encuentran, es necesario que para todos los padres adoptantes se les conceda el permiso postnatal y parental con el correspondiente subsidio.

En cuanto a este punto, consideramos que es una iniciativa positiva considerar a los padres adoptantes y consecuentemente a los hijos adoptados, con el ánimo de lograr una mejor adaptación entre ellos. Incluirlos expresamente dentro de las normas de protección a la maternidad es beneficioso. Sin embargo creemos que el periodo de descanso y adaptación debe involucrar a ambos padres para promover la corresponsabilidad de los padres y no generar a través de este beneficio discriminación en contra de la mujer.

5.3 Nuevo permiso postnatal parental

El proyecto de ley señala que viene a cumplir con la promesa presidencial de ampliación del postnatal, a través de la creación del permiso postnatal parental, consistente en un tiempo de descanso inmediato al periodo postnatal, del cual puede hacer uso la madre o el padre, a elección de la madre. Se trata con esta propuesta que cada familia elija el modo de cuidar a sus hijos,

acomodándose a su realidad y requerimientos, incorporando el concepto de corresponsabilidad, lo que significa que padre o madre pueden usar del permiso postnatal parental.

El permiso postnatal parental que se propone es de doce semanas, donde seis semanas de las cuales la madre puede traspasar al padre. Este permiso se concibe como un derecho irrenunciable para todas las madres trabajadoras. Durante este periodo la madre recibirá un subsidio equivalente a su remuneración, con un tope de 30 UF. No se considera el tope de 60 UF aduciendo que los recursos son escasos para considerar a las madres que percibían más de 30UF mensuales.

Para completar las remuneración no cubierta por el subsidio, en aquellos casos en que las mujeres percibían más de 30 UF, todas las madres trabajadoras también tendrán el derecho de trabajar parcialmente desde el tercer mes para completar su remuneración, si así ellas lo quisieran, y sin perder el subsidio.

El proyecto señala que el permiso parental podrá ser ejercido en forma completa por la madre o dividido en 6 semanas para la madre y 6 semanas para el padre, siempre a elección de la madre, con goce del subsidio que le corresponde a ella. En caso de que lo tome el padre, deberán ser las últimas 6 semanas de este permiso.

Aquí se propone un cambio en cuanto a ampliar el descanso postnatal. Creemos desde nuestro punto de vista que tal cambio en vez de beneficiar a las mujeres para ingresar al mercado laboral, las perjudica y las coloca en una situación desmejorada con relación a sus pares hombres. En el proyecto se trata de regular un permiso parental compartido, pero la realidad nos indica que muchas mujeres deben afrontar solas esta etapa y que no se logrará involucrar a los padres en el cuidado exclusivo de los hijos. Además que queda a la decisión de la madre, quien ocupará el permiso, que por lo general la balanza se inclinará hacia ella misma.

Con respecto al derecho del descanso postnatal, a través de los distintos estudios realizados, siempre se ha llegado a la conclusión que más allá de ayudar a la madre y permitirle recuperarse del parto es algo beneficio para el hijo, un derecho que no puede se puede limitar a la condición socioeconómica de la madre, ya que se producirá una desigualdad entre los hijos de las madres que perciben ingresos menores al tope establecido, ya que ellas se tomarán las 12 semanas extras en forma total, porque no verán desmejorada su renta, ya que el subsidio les cubrirá todos sus ingresos que percibían. Sin embargo aquellos hijos de las madres que quedan fuera del tope, solo

tendrán 12 semanas, ya que sus madres para equiparar su renta permanente deberán volver a sus trabajos sin poder tomarse el descanso de las 12 semanas extras.

Relacionado con lo anterior no podemos olvidar que un alto porcentaje de las madres en Chile, es además, jefa de hogar. Si a una madre que percibía por ejemplo 60 UF como ingreso mensual, se le reduce su presupuesto a 30 UF, no le quedará otra opción que volver a su trabajo lo antes posible para equiparar su renta.

Por otro lado estimamos que una norma como está entra en contradicción con el derecho constitucional de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 número 2 de la Constitución Política de la República.

La elección de quién debe tomar el descanso extra no puede quedar a elección de la madre: por lo general el descanso se lo tomará sólo la madre, por lo tanto esta modificación no contribuye a la corresponsabilidad que debe existir entre ambos padres con respecto al apego y cuidado de los hijos.

Este descanso genera mayor discriminación hacia la mujer, porque en vez de colocarla en igualdad de condiciones con sus pares hombres la coloca en desmedro, ya que no sólo tendrá descanso de prenatal y postnatal por el tiempo ya estipulado sino que además se deberá considerar este descanso extra, situación por la cual los empleadores al momento de contratar un nuevo trabajador se inclinarán, con mayor razón, en contratar hombres.

Nosotras estimamos que debería existir un descanso obligatorio para el padre para fomentar la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos.

5.4 Enfermedad grave hijo menor de un año

El proyecto recoge el problema del mal uso que se ha dado de los permisos por enfermedad grave del hijo menor de un año, tratando de darle solución. En el proyecto, el permiso se mantiene de la misma forma que el que existe en la actualidad, se hace mención que el permiso regirá una vez que hayan sido ejercidos los derechos a pre y postnatal y el permiso postnatal parental.

Una de las precisiones que hace el proyecto es que existen diferentes tipos de enfermedades que afectan a los recién nacidos, y que se debe distinguir entre enfermedades graves y gravísimas, las que serán determinadas mediante un decreto supremo, expedido por el Ministerio de Salud.

Para las enfermedades que sean consideradas gravísimas se mantiene el actual sistema de subsidio y para las graves se establece un permiso y subsidio equivalente a la remuneración de la madre, con tope de 30 unidades de fomento y con un copago escalonado de acuerdo al tramo del ingreso de la madre. Otro mecanismo que se introduce para evitar el fraude en este tipo de licencias consiste en que el médico, al concederla, debe hacer un informe detallado y fundado en el cual conste la necesidad de su otorgamiento. El proyecto pretende, con estas medidas, dar certidumbre en la fecha en que las madres vuelven a sus trabajos.

En este punto, concordamos con el gobierno en que es necesario legislar para que no hayan más fraudes con las licencias médicas, ya que muchas madres hacen abuso de ellas para estar cerca de sus hijos, durante los primeros meses de vida, lo que es sabido por todos y dificulta aún más el ingreso de las mujeres en el mundo laboral e incentiva la contratación de hombres, aumentando la disparidad entre los géneros.

Creemos que en este punto, no se debe legislar sancionando a todas las mujeres –sin distinguir entre la mujer que hace un uso adecuado del derecho como aquella que abusa de este-, es importante legislar estableciendo sanciones a los médicos que se prestan para facilitar el abuso del derecho. Es inaudito que existan médicos con tan poca ética que entreguen licencias falsas. Estimamos que deben establecerse sanciones fuertes a los médicos que incurran en estas faltas, esto en conjunto de una fuerte fiscalización. Para facilitar la fiscalización y control en la entrega de las licencias es que éstas estén respaldadas por los exámenes médicos que la sustentan, así sería más fácil el control frente a licencias falsas. Incluso, estos documentos se podrían acompañar de forma electrónica con alguna plataforma destinada para estos efectos.

Además de las sanciones a los facultativos, estimamos que las mujeres que abusen de este derecho sean sancionadas no sólo con la devolución total de los dineros percibidos mediante esta forma, sino recargados con una multa, de esta manera, creemos que se desincentivará efectivamente el abuso de este derecho y será utilizado sólo en beneficio de los niños que realmente lo necesitan.

Además, para incentivar la corresponsabilidad y eliminar en algún grado la discriminación al género femenino, proponemos que este derecho sea alternativo tanto para la madre como para el padre, ya que ambos pueden cuidar al hijo gravemente enfermo de igual manera.

Nosotras estamos en contra de la diferencia entre enfermedad grave y gravísima, porque en la edad en que se está aplicando, una enfermedad grave es causal de un cuidado especial de los progenitores, donde creemos que es fundamental que el padre o la madre puedan estar con el hijo.

Es importante añadir que creemos que es nocivo para la protección de la maternidad y en general de la familia el tope de 30 UF en el subsidio de las enfermedades graves –por las razones expuestas en el ítem del descanso parental- y en la cobertura parcial basada en los ingresos de la madre.

Castigar de la forma en que lo está proponiendo el gobierno a las mujeres que hacen uso de la licencia por enfermedad grave del hijo, haciendo la distinción entre las enfermedades y descontando, de acuerdo al ingreso de la madre el subsidio, nos parece injusto, ilógico y sin sentido. Las familias que pasen realmente por una situación tan compleja y triste como la de un hijo recién nacido gravemente enfermo, no merecen ser sancionadas por el mal uso del derecho que han hecho otras mujeres, y que la legislación avale esto, en vez de plantear una solución real al problema de fondo.

5.5 Fuero

El proyecto de ley enviado por el Gobierno al Congreso, mantiene el fuero maternal con el mismo plazo existente en la actualidad, vale decir un año después del nacimiento del hijo. La principal innovación, a fin de acabar con la discriminación de la mujer en los contratos a plazo fijo o por obra, se encuentra en hacer coincidir la duración del fuero con el término de la obra o plazo que dio origen al contrato.

Esta propuesta no es exacta a lo que proponemos, nosotras creemos que esta institución debe ser eliminada para que no sea otro impedimento o punto de discriminación para las mujeres que ingresan a trabajar, pero consideramos que fue un punto importante no haber extendido el fuero junto con la extensión del postnatal. Estamos muy de acuerdo con la eliminación del desafuero

en los contratos a plazo fijo o por obra, consideramos que la aplicación del procedimiento de desafuero en estos casos es injustificada e injusta, ya que a la mujer se le contrató por determinado tiempo o proyecto y su estado de gravidez en nada afecta esa situación, ya que ella conocía las condiciones de antemano, lo que no tiene por qué soportar el empleador, lo que aumenta la falta de interés de los empleadores de contratar mujeres en contratos a plazo o faena versus la posibilidad de contratar hombres.

5.6 Aumento de cobertura

El proyecto trata de solucionar –o avanzar- en uno punto muy importante de la protección a la maternidad, la ampliación de su cobertura. El preámbulo del proyecto hace referencia a la situación de las mujeres temporeras, ya que al tener contratos a plazo fijo, por obra o faena, no son contratadas cuando están embarazadas, no teniendo entonces cotización el mes previo de comenzar su prenatal, por lo que no tiene derecho a las normas de protección de maternidad. Claramente esta situación afecta particularmente a las mujeres de menores ingresos. Por esto la propuesta del Gobierno extiende la aplicación del permiso y subsidio de pre y postnatal a aquellas mujeres que cumplan con los siguientes requisitos: integrar un hogar perteneciente al 20% más pobre de la población; tener doce meses de afiliación previsional antes del embarazo; tener 8 o más cotizaciones, continuas o discontinuas, en los 24 meses anteriores al embarazo; y que su última cotización haya sido en virtud de un contrato a plazo fijo, o por obra o faena, dentro de los cuales se entienden incorporadas las trabajadoras agrícolas de temporada.

Con estas modificaciones, el proyecto considera que quedan cubiertas con las normas de protección a la maternidad de mujeres trabajadoras todas aquellas madres que tienen un contrato indefinido; aquellas con contrato a plazo fijo o por obra o faena; y, las trabajadoras independientes, ampliando así los beneficios de la seguridad social.

Estimamos que la intención es loable, pero la materialización poco idónea. Si queremos ampliar la cobertura de las normas no podemos establecer tantos requisitos copulativos, además, al establecer que la mujer debe formar parte del 20% más pobre, se está haciendo una discriminación gigantesca entre las mujeres, lo que claramente afecta la garantía constitucional de igualdad ante la Ley. Creemos que el proyecto en este punto establece un subsidio asistencial

y no una protección a la maternidad, las normas no tienen por qué confundirse. Las ideas en este punto deben estar orientadas a ampliar la cobertura, pero no a establecer derechos diferentes entre hijos con madres de diferentes estratos socioeconómicos. Nosotros proponemos un seguro de maternidad, al cual puedan acceder las mujeres sin contrato y así extender la protección a la maternidad.

Estimamos que si el Estado quiere ayudar a las mujeres de los quintiles más pobres debe realizarlo a través de subsidios asistencialistas y no a través de la modificación de las normas de seguridad social.

5.7 Conclusiones sobre el proyecto de ley.

Luego de analizar el proyecto, encontramos bastantes deficiencias que no ayudan a solucionar el problema de fondo de acuerdo a nuestra propuesta, el cual es la discriminación que sufre la mujer trabajadora al afrontar la maternidad. Tampoco ayuda a lograr una incorporación de la mujer en el mercado de trabajo, considerando la baja tasa de participación que tiene la mujer chilena comparada con el resto del mundo.

Más allá de ser una respuesta al compromiso que se adquirió durante la candidatura presidencial, no entrega soluciones concretas para las mujeres y su dificultad de compatibilizar trabajo con maternidad, es más se incrementa la discriminación teniendo a la mujer más tiempo con descanso postnatal versus sus pares hombres que no tienen esta responsabilidad y que en el caso que la mujer lo decida podrá acceder a 6 semanas.

En algunos de los países desarrollados existen descansos maternales extensos, pero ellos también tienen descansos obligatorios para los padres. Por otro lado no existe una promoción a la discriminación por los subsidios que pongan en la disyuntiva a las madres si dedican a cuidar a sus hijos o volver a trabajar a penas puedan para completar sus ingresos mensuales.

Otro punto no considerado y que creemos que es de gran relevancia es el tema de las salas cunas, si no se entregan las herramientas necesarias para que la mujer pueda incorporarse al trabajo, una vez que ha tenido a su hijo, no se promueve su incorporación activa. Nosotras planteamos que las salas cunas debe ser un beneficio independientemente de la cantidad de trabajadoras que

tenga un empleador y donde todos puedan contribuir al pago de estas, vale decir, que sea una obligación del trabajador, del empleador y del Estado.

Debido a todo lo expuesto consideramos que aún falta mucho que indicar en esta materia y que probablemente este proyecto durante su discusión sufra modificaciones.

ANEXO

1. Revisión de jurisprudencia del nuevo procedimiento laboral en relación al fuero maternal.

Amparados en la redacción del artículo 174 del Código del Trabajo, los Tribunales han entendido que ellos no están obligados a otorgar la autorización para la terminación del contrato y se han amparado ya, desde hace años, en variados argumentos para rechazar el desafuero, incluso en contratos a plazo fijo. Estos argumentos los podemos resumir en los siguientes ítems:

1. Las normas constitucionales y tratados internacionales: Los tribunales han señalado, como principales argumentos, según las normas constitucionales y tratados internacionales, que la familia es el núcleo de la sociedad y que el Estado debe proteger la vida del que está por nacer, y en razón de ello, no es factible otorgar la autorización para despedir a la madre. Fallos representativos de estos argumentos son, entre otros, el fallo de fecha 8 de mayo de 2007, Rol 4091-2007, caratulado “Claudio Salas y Compañía Limitada con Carolina Paz Sánchez Guajardo”, y el fallo de fecha 9 de noviembre de 2007, Rol 1458-2007, caratulado “Fisco con López Cabrera”.
2. No es necesario que exista un contrato: Podemos citar como ejemplos: fallo de fecha 8 de mayo de 2007, Rol 4091-2007, caratulado “Claudio Salas y Compañía Limitada con Carolina Paz Sánchez Guajardo”, y fallo de fecha 11 de febrero de 2010, Rit O-65-2010, caratulado “Isapre Banmédica S.A. con Vanessa Paulina Zepeda Cruz”.
3. Modalidad contractual habitual de la empresa: Sobre este ítem, podemos citar el fallo de fecha 12 de agosto de 2009, Rol 3999-2009, caratulada “Calama Store CO S.A. con Anisia Marianella Puca Reyes”.
4. Indiscriminación absoluta laboral: Con este argumento encontramos el fallo de fecha 24 de septiembre de 2007, Rol 283-2007, caratulada “Compañía Pesquera Camanchaca

S.A. con Yisley Eliana Lepe Faúndez”, el fallo de fecha 8 de marzo de 2010, Rit O-212-2010, causa caratulada “Segdet Bat Security Limitada con María Yolanda Salinas Salinas”, y fallo de fecha 8 de enero de 2010, Rit T-17-2009, causa caratulada “Gatica Yep-sen con Producciones Triziclo Limitada”.

Como complemento de lo tratado en esta memoria, y con el fin de poder tener una visión de la situación actual en relación al fuero maternal, procedemos a revisar algunas sentencias dictadas por los nuevos tribunales laborales, en relación al tema señalado, todo esto a modo ilustrativo.

1.1 Sentencia N°1

En esta sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, se acoge un recurso de nulidad en contra de una sentencia dictada en un tribunal laboral, que acoge una solicitud de desafuero, fundada en el incumplimiento grave de las obligaciones que emanaban de su contrato de trabajo. Por lo tanto, se ordena la restitución de la trabajadora a sus labores, primando así el fuero maternal.

Se fundamenta esta sentencia, en que los hechos constitutivos de incumplimiento grave de las obligaciones que emanaban de su contrato de trabajo, ocurrieron con anterioridad a que fuera despedida por la causal de necesidades de la empresa –desconociendo el empleador el estado de gravidez de la trabajadora-, oportunidad en que fue reintegrada a sus funciones por orden de la Inspección del Trabajo, por razón de su embarazo. Posteriormente al pedir el desafuero, en relación a la causal de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, al no haber sido inmediato a su mal comportamiento y mediar un despido por necesidades de la empresa, ocurrió lo que en doctrina y jurisprudencia denominan “perdón de la causal”, dispensando todos los hechos y circunstancias que invoca ahora para fundar la causal, en virtud de la cual se solicita el desafuero y que ocurrieron con anterioridad al despido que quedó sin efecto, lo que impide

tenerla por configurada y determina el rechazo de la solicitud de desafuero (considerandos 9° y 10°, sentencia de nulidad y 1° y 2°, sentencia de reemplazo).

1.2 Sentencia N°2

Esta sentencia, dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco, da cuenta de un recurso de nulidad acogido, invalidando la sentencia del tribunal laboral, que no daba lugar a la autorización de desafuero en un contrato a plazo fijo, argumentando que no se logró acreditar la demandada que hubiere comenzado a prestar servicios bajo dependencia y subordinación para los demandantes antes de la fecha señalada en el contrato, ni que se haya dado la situación prevista en el artículo 159 N° 4 inciso final del Código del Trabajo –la transformación del contrato en indefinido cuando el trabajador continúa prestando servicios con conocimiento del empleador después de expirado el plazo–(considerandos 5° y 6°, sentencia de nulidad y 1° y 2°, sentencia de reemplazo).

1.3 Sentencia N°3

Esta sentencia, dictada por la Corte de Apelaciones de Iquique, da cuenta de un rechazo de un recurso de nulidad presentado en contra de una sentencia de un tribunal acoge una solicitud de desafuero en el caso de una trabajadora con contrato a plazo fijo. Los recurrentes argumentan en que se el procedimiento monitorio no era el adecuado y que con este desafuero se están vulnerando las garantías constitucionales del N° 1°, el derecho a la vida; N° 3°, la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos; N° 9°, el derecho a la protección de salud; y el N° 16, la libertad de trabajo y su protección, en relación con el artículo 5° y 6° del mismo cuerpo constitucional y asimismo se vulneraron las normas relativas a la protección de la maternidad establecidas en el artículo 194 y siguientes del Código del Trabajo, todo esto es desestimado por la Corte señalando que el desafuero en los contratos a plazo fijo no vulnera las garantías antes señaladas, y sólo se aplicó la norma legal expresa.

De acuerdo a lo expuesto, debemos concluir que la facultad para poder autorizar o no la terminación del contrato se vuelve incierta, lo que consideramos perjudica claramente a la mujer trabajadora, ya que los empleadores no quieren verse expuestos a tener una mujer con fuero maternal, incluso con contratos a plazo fijo.

2. Texto completo de las sentencias

2.1 Sentencia N° 1: Jardín Infantil Sala Cuna Trencito con Katherine Andrea Bello Vera

Copiapó, veintinueve de noviembre de dos mil diez.

VISTOS:

En causa R.U.C. 10-4-0020200-7, R.I.T. 0-38-2010, don Ricardo de Lucca Alday, abogado, en representación de doña Katherine Andrea Bello Vera, deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva de fecha treinta de agosto de dos mil diez, dictada por la Juez subrogante del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, doña Milena Aedo Zapata, que hizo lugar a la demanda por desafuero laboral interpuesta y, en consecuencia, autoriza a la actora a poner término a la relación laboral en virtud de la causal establecida en el artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, no condenando a la demandada al pago de las costas de la causa por no haber resultado completamente vencida.

Funda el recurso en las causales previstas en los artículos 477, inciso primero, y 478 letra b) del Código del Trabajo, las que interpone una en subsidio de la otra.

Solicita que se invalide la sentencia definitiva, dictándose sentencia de reemplazo donde se señale que se rechaza la demanda y que se condena en costas a la demandante, todo ello sin perjuicio de la facultad conferida por el inciso final del artículo 479 del Código del Trabajo, determinándose sus consecuencias por la Corte al hacer uso de dicha facultad, mas las costas del recurso.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que como principal motivo de invalidación, el recurrente invoca aquel contenido en el artículo 477 del Código del Trabajo y sostiene que la sentencia impugnada se ha dictado con infracción a normas constitucionales y normas legales que han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, lo anterior en relación con el artículo 19 N° 1, de la Constitución Política de la República –en lo referente a la protección de la maternidad–, y artículos 174, 201 y 160 N° 7 del Código del Trabajo.

Cita en lo pertinente la norma constitucional que estima vulnerada y dice que del análisis de la misma se desprende que la Constitución asegura la vida de las personas y que la ley protege la vida del que está por nacer, norma que informa todo el ordenamiento jurídico, concretado a su vez en distintas normas de derecho, tanto público como privado, una de las cuales es la contemplada en el artículo 201 del Código Laboral.

Indica que en la especie la demandada fue despedida por la causal del artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, pero posteriormente se solicitó su desafuero maternal por las causales de los números 3 y 7 del artículo 160 del mismo cuerpo legal. Afirma que si bien es cierto el inciso 4° del artículo 201 señala que en caso de ignorancia del estado de embarazo se hubiese puesto término al contrato "la medida quedará sin efecto" y por consiguiente, la trabajadora vuelve a su trabajo, ello no significa que la causal señalada en el finiquito deje de producir sus efectos jurídicos, toda vez que lo que queda sin efecto es solamente la medida, sin que pueda sustraerse a la causal invocada para despedirla. Agrega que por lo anterior todas las causales que pudo esgrimir la solicitante de desafuero quedan desde ya convalidadas por un despido por necesidades de la empresa, puesto que es solo la medida de

despido la que ha quedado sin efecto, no así el finiquito válidamente firmado por las partes ante un ministro de fe, lo que es aún más evidente al basar la demandante su causal de despido en hechos acontecidos en junio y julio de 2009, en circunstancias que despidió a la trabajadora a fines de septiembre del mismo año, firmó finiquito, la reincorporó a sus labores en el mes de enero de 2010 y no solicitó al momento de interponer su demanda de desafuero la separación provisional.

Luego indica que el empleador debe invocar la causal de despido de manera coetánea al acaecimiento de los hechos que la configuran y que la omisión de su parte permite presumir –en base a los principios que inspiran el derecho del trabajo–, el perdón de la causal o la condonación de ésta, lo que es más evidente atendido que en la especie se trata de una demanda por desafuero maternal, en que el juez, además de proteger a la parte más débil en una relación laboral, debe proteger a una persona que está esperando un hijo.

En cuanto los hechos que originaron la causal de despido, señala que habrían tenido lugar en los meses de junio y julio del año 2009 –según se desprende del propio tenor de la demanda de cuyo mérito no puede sustraerse la sentenciadora–, por lo cual no pueden utilizarse en el mes de marzo de 2010, pues es de toda lógica que si se hubiese despedido a la demandada en la fecha en que ocurrió la causal, no habría habido el perdón ni la convalidación de ésta por una parte y, por la otra, y en forma muy especial, la demandada no habría estado gozando de fuero maternal.

Menciona una jurisprudencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en apoyo de su alegación y señala que de esta manera se acredita y queda de manifiesto que en este caso, la sentenciadora ha infringido las normas de los artículos 174 y 201, del Código Laboral, en relación a la única causal acogida en la sentencia, la contemplada en el artículo 160 N° 7, pues no se aprecia que la demandada haya incumplido, en forma grave, su contrato de trabajo, sino que muy por el contrario, lo cumplió más allá de sus obligaciones contractuales, habiendo la demandante, perdonado esta causal, no habiendo observado la sentenciadora tampoco la norma constitucional contemplada en el N° 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República en su fallo, al atentar en contra de un niño en gestación, al intentar privar a su madre encinta, de su sustento, máxime cuando, como juez y como mujer, debió haber velado por un interés social

superior por sobre un interés privado de un empleador, que sólo mira un aspecto puramente económico.

En cuanto a la forma como las aludidas infracciones han influido en lo sustantivo del fallo, dice que se demuestra, en primer lugar, en que en conocimiento de las normas citadas, debió haberse declarado que la causal de despido había sido perdonada y convalidada por la empleadora demandante, atendido el mérito del proceso y en segundo lugar, el respeto irrestricto a las normas que regulan esta protección social a la maternidad, priman sobre un interés meramente particular, respecto de una trabajadora sujeta a fuero, por lo que no debió tenerse por acreditada la grave causal esgrimida para despedirla, debiendo haberse negado lugar a la demanda de desafuero, pues con ello una trabajadora y madre, queda sin el sustento producto de su trabajo, para alimentar a su hijo, ahora que éste ya ha nacido, en circunstancias que, estando aún con fuero, no puede buscar y menos obtener un trabajo profesional con que alimentar, vulnerando así, la debida protección constitucional y legal a la maternidad.

SEGUNDO: Que de conformidad a lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 477 del Código del Trabajo, tratándose de sentencias definitivas, sólo será procedente el recurso de nulidad, cuando en la tramitación del procedimiento o en la dictación de la sentencia definitiva se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales, o aquélla se hubiere dictado con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

TERCERO: Que en lo que respecta a la causal contenida en primera parte de la norma citada, el recurrente sostiene que la sentencia ha vulnerado la garantía contemplada en el N° 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República al atentar en contra de un niño en gestación, al intentar privar a su madre de su sustento, debiendo haber velado la sentenciadora por un interés social superior por sobre un interés privado de un empleador.

CUARTO: Que la sentencia que acoge una demanda de desafuero maternal no constituye ciertamente afectación al derecho que protege el N° 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, toda vez que se limita a resolver una petición en conformidad a normas legales

preestablecidas y cuyo efecto en modo alguno puede exceder el marco de lo decidido, esto es, la autorización para desafectar a una trabajadora embarazada de su relación laboral.

QUINTO: Que en cuanto a la infracción de ley que influye en lo dispositivo del fallo, causal contenida en la segunda parte del citado artículo 477, el recurrente la circunscribe a los artículos 174, 201 y 160 N° 7 del Código del Trabajo.

La primera de las normas indicadas prescribe 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 las del artículo 160.

“El juez, como medida prejudicial y en cualquier estado del juicio, podrá decretar, en forma excepcional y fundadamente, la separación provisional del trabajador de sus labores, con o sin derecho a remuneración. Si el tribunal no diere autorización para poner término al contrato de trabajo, ordenará la inmediata reincorporación del que hubiere sido suspendido de sus funciones. Asimismo, dispondrá el pago íntegro de las remuneraciones y beneficios, debidamente reajustados y con el interés señalado en el artículo precedente, correspondientes al período de suspensión, si la separación se hubiese decretado sin derecho a remuneración. El período de separación se entenderá efectivamente trabajado para todos los efectos legales y contractuales.

Por su parte, el artículo 201 reza: “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.

Tratándose de mujeres o de hombres solteros o viudos que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar un hijo en conformidad a las disposiciones de la Ley de Adopción, el plazo de un año establecido en el inciso precedente se contará desde la fecha en que el juez, mediante resolución dictada al efecto, confíe a estos trabajadores el cuidado personal del menor en conformidad al artículo 19 de la Ley de Adopción o bien le otorgue la tuición en los términos del inciso tercero del artículo 24 de la misma ley.

“Sin perjuicio de lo antes indicado, cesará de pleno derecho el fuero establecido en el inciso precedente desde que se encuentre ejecutoriada la resolución del juez que decide poner término al cuidado personal del menor o bien aquella que deniegue la solicitud de adopción. Cesará también el fuero en el caso de que la sentencia que acoja la adopción sea dejada sin efecto en virtud de otra resolución judicial.

“Si por ignorancia del estado de embarazo o del cuidado personal o tuición de un menor en el plazo y condiciones indicados en el inciso segundo precedente, 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, o bien de una copia autorizada de la resolución del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor, en los términos del inciso segundo, según sea el caso, 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 el contrato de trabajo expira en el momento en que dejó de percibir el subsidio maternal.

Por último, el artículo 160 N° 7 establece: “El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:

“7. – Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

SEXTO: Que, según expresa el recurrente, la infracción a las normas legales citadas se ha producido al no declararse en la sentencia que la causal de despido invocada por la demandante había sido perdonada y convalidada, al haber sido despedida la trabajadora en una oportunidad, a

finis de septiembre de 2009, debiendo por lo mismo haberse desestimado la demanda de desafuero.

SÉPTIMO: Que para los efectos de resolver la cuestión debatida, es necesario tener presente que el tribunal fijó –en el fundamento tercero de la sentencia–, los siguientes hechos a probar: a) efectividad de haber incurrido la trabajadora demandada de autos, en hechos constitutivos de incumplimiento grave de las obligaciones que emanaban de su contrato de trabajo, en los meses de junio y julio de 2009; b) efectividad de haber incomparecido la trabajadora a su lugar de trabajo, durante 11 días completos y consecutivos, desde el día 28 de septiembre de 2009 y hasta el día 29 de octubre del mismo año, sin causa justificada; y c) efectividad de haberse desempeñado la trabajadora en dicho período, esto es desde el día 28 de septiembre de 2009 y hasta el 29 de octubre del mismo año, en otro establecimiento educacional, en la ciudad de Caldera.

Asimismo, como consta del fundamento undécimo, entre los hechos establecidos por la sentenciadora se contemplan los siguientes: “Que la empleadora doña María Angélica Torres Torres, comunicó a la trabajadora en el mes de septiembre que se ponía término a la relación laboral, a partir del 28 de octubre del mismo año. No existe claridad respecto a la causal invocada, así como tampoco en cuanto a la forma en que se efectuó la comunicación. . Y además: “Que doña Katherinne Bello Vera se encuentra amparada por fuero maternal y “Que la trabajadora fue reintegrada a sus funciones en el Jardín Infantil Trencito a partir del 25 de enero de 2010, por orden de la Inspección Provincial del Trabajo de Copiapó, sin embargo no ha prestado efectivos servicios.

OCTAVO: Que de lo anterior aparece que en el mes de septiembre de 2009 se comunicó a la trabajadora el término de su relación laboral a partir del 28 de octubre del mismo año, lo que evidencia claramente que se estaba en presencia de la causal prevista en el inciso 1º del artículo 161 del Código del Trabajo, por cuanto el artículo 162 del mismo texto legal establece en su inciso 4º que es en este caso cuando el aviso de despido debe darse al trabajador con a lo menos treinta días de anticipación, obligación esta que por la propia naturaleza de las causales de caducidad que contempla el artículo 160 del referido Código, resulta improcedente. Por

consiguiente, es innegable que el despido de que fue objeto la trabajadora en aquella oportunidad lo fue por la causal de necesidades de la empresa y no por alguna de aquellas contempladas en el señalado artículo 160, despido que no obstante quedó sin efecto al ser reintegrada a sus funciones la demandada, por orden de la Inspección del Trabajo, por encontrarse amparada por fuero maternal.

NOVENO: Que por consiguiente, al solicitarse en la demanda –ingresada con fecha 12 de marzo de 2010– el desafuero de la trabajadora por hechos constitutivos de incumplimiento grave de las obligaciones que emanaban de su contrato de trabajo ocurridos en los meses de junio y julio de 2009, habiéndosele despedido en el intertanto por la causal de necesidades de la empresa –en septiembre de 2009–, no cabe sino convenir que cualquier causal de caducidad del contrato de trabajo que pudo haberse configurado con anterioridad al mencionado mes de septiembre fue dispensada por la demandante, produciéndose lo que la doctrina y jurisprudencia reconoce como “perdón de la causal”, tal como se sostiene en el recurso.

DÉCIMO: Que de esta manera resulta efectivo que el fallo impugnado ha incurrido en error de derecho al estimar configurada la causal de caducidad del artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, en relación con los artículos 174 y 201 del mismo cuerpo legal, lo que conduce a acoger el recurso de nulidad interpuesto por la causal del artículo 477 del estatuto Laboral, segunda parte, y proceder a dictar la correspondiente sentencia de reemplazo.

UNDÉCIMO: Que resulta innecesario entrar a analizar la causal de nulidad invocada de manera subsidiaria.

Por estas consideraciones y conforme con lo dispuesto en los artículos 477, 479, 480, 481 y 482 del Código del Trabajo, SE ACOGE, sin costas, el recurso de nulidad deducido por don Ricardo de Lucca Alday en contra de la sentencia definitiva de fecha treinta de agosto de dos mil diez, dictada por la Juez subrogante del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, doña Milena Aedo Zapata, que hizo lugar a la demanda de desafuero laboral interpuesta, autorizando a la actora para poner término a la relación laboral en virtud de la causal establecida en el artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, no condenando a la demandada al pago de las costas de la causa por no

haber resultado completamente vencida, y en consecuencia SE INVALIDA la sentencia recurrida, la que se reemplaza por la que se dicta acto continuo, sin nueva vista, pero separadamente.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción del Ministro señor Carrasco.

R.U.C. N° 10-4-0020200-7.

R.I.T. 0-38-2010.

Rol Corte N° 80-2010.

Copiapó, veintinueve de noviembre de dos mil diez.

VISTOS:

De la sentencia anulada se reproducen su parte expositiva, sus fundamentos primero a decimosexto y también sus citas legales. Asimismo, del fallo de nulidad que precede se reproducen sus fundamentos octavo y noveno.

Y TENIENDO ADEMÁS PRESENTE:

PRIMERO: Que al haber desafectado la demandante a la trabajadora aforada por maternidad en el mes de septiembre de 2009 por una causal distinta a la ahora invocada, no obstante haber quedado sin efecto aquella desafectación, es lo cierto que dispensó todos los hechos y circunstancias que invoca ahora para fundar la causal en virtud de la cual se solicita el desafuero y que ocurrieron con anterioridad al referido mes de septiembre de 2009, lo que impide tenerla por configurada.

SEGUNDO: Que al no haberse configurado la causal del artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, ni aquella del numeral 3 de la misma norma, según lo razonado en la motivación

duodécima de la sentencia anulada y que en esa parte se ha dado por reproducida, corresponde rechazar la demanda interpuesta.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 174, 201, 446 y siguientes, 459 y 477 del Código del Trabajo se declara que:

I.– Que SE RECHAZA la demanda deducida por doña María Angélica Torres Torres, en representación del Jardín Infantil, Sala Cuna Trencito, en contra de doña Katherinne Andrea Bello Vera, y en consecuencia, no se le autoriza para poner término a la relación laboral que le une a ella en virtud de la causales establecidas en el artículo 160 N° 3 y 7 del Código del Trabajo.

II.– Que no se condena en costas a la demandante por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción del Ministro señor Carrasco.

R.U.C. N° 10–4–0020200–7.

R.I.T. 0–38–2010.

Rol Corte N° 80–2010.

2.2 Sentencia N° 2: Segovia con Soto

Temuco, dieciocho de noviembre de dos mil diez.

VISTOS:

En causa Rol o RIT O-245-2010 y RUC 10-4-0035814-7 del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, sobre desafuero maternal, caratulado “Segovia con Soto, con fecha 5 de octubre de 2010 se rechazó la demanda de desafuero deducida por don Rodrigo Alberto Segovia Seguel y don Daniel Alejandro Montenegro Troncoso negándose la autorización para despedir a doña Gloria Ingrid Soto Pérez quien gozaba de fuero maternal.

En contra de ese fallo doña Paola Elizabeth Sánchez Alvarado, abogada, en representación de la parte demandante y en virtud de lo dispuesto en el artículo 477 y siguientes del Código del Trabajo interpone recurso de nulidad.

En forma subsidiaria por la causal del artículo 478 letra b) y, subsidiariamente, también por la letra e) del mismo artículo y solicita se acoja el recurso de nulidad planteado y se dicte sentencia de reemplazo autorizando o concediendo el desafuero maternal en contra de la demandada referida.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la primera causal que ha hecho valer el recurrente ha sido la consagrada en el inciso 1° del artículo 477 del Código del Trabajo y que dice relación con que la sentencia atacada de nulidad fue dictada con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Después de hacer una relación de los hechos de la causa, respecto de la causal invocada, sostiene que en el considerando 11° se señala que a pesar de existir un contrato a plazo fijo, el cual se acompañó al proceso, el sentenciador estima que la prueba aportada por la demandante es insuficiente para estimar que aquel contrato no es tal y que la relación laboral comenzó antes,

específicamente en el mes de febrero de 2010, dándole el carácter de indefinido, por cuanto dos testigos aducen que la demandada prestó servicios a los demandantes antes de la fecha de celebración del contrato, es decir, mayo de 2010, desestimando las declaraciones de los testigos de su parte que dieron cuenta que la trabajadora sólo iba en forma esporádica a trabajar, en forma irregular, y que se le pagaba por día.

SEGUNDO: Que, agrega la recurrente, una adecuada apreciación de la prueba habría llevado a acoger la causal invocada en el artículo 159 N° 4 del Código del ramo resolviendo el juez laboral que el contrato de trabajo no era de plazo fijo y lo estimó como uno de carácter indefinido rechazando el desafuero solicitado.

TERCER: Que, como se observa, el demandante ejerció la acción contemplada en el artículo 174 del Código del Trabajo con el fin de obtener la autorización para poner término al contrato de trabajo que tenía con la demandada, al haber concurrido la causal contenida en el numeral 4° del artículo 159 de ese cuerpo legal, esto es, por el vencimiento del plazo convenido en el contrato.

El mencionado artículo 174 dispone que en los casos 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 el artículo 160.

CUARTO: Que es un hecho de la causa, y así por lo demás lo dejó establecido la sentencia en contra de la cual se recurre, que la demandante y la demandada celebraron por escrito un contrato de trabajo con fecha 3 de mayo de 2010 en el cual se señala que es a plazo fijo con duración de tres meses y que esta relación laboral terminó el día 3 de agosto del año en curso.

Sin embargo, no obstante reconocer el sentenciador laboral que hubo un contrato y suscrito por las partes determinó que él era un contrato de plazo indefinido y no a plazo fijo, como quiera que estimó que las labores que desempeñaba la trabajadora habíanse iniciado en el mes de febrero, por lo que al escriturar un contrato con fecha posterior aquel contrato verbal se transformó en indefinido.

QUINTO: Que contrariamente con lo sostenido por el juez de primer grado la prueba rendida por la demandada no logra acreditar de manera efectiva que la trabajadora hubiere comenzado a laborar para los demandantes antes de la fecha señalada en el contrato, es decir, que las labores que realizó desde el mes de febrero de este año lo hayan sido bajo dependencia y subordinación, de acuerdo con el artículo 7° del Código Laboral, ni que se haya dado la situación prevista en el artículo 159 N° 4 inciso 4° de este texto legal. Es decir, que aquel contrato a plazo fijo se hubiere transformado en uno de término indefinido que hiciera imposible acceder a la autorización requerida, por lo que no hay impedimento para dar lugar a la demanda.

SEXTO: Que, por lo expuesto, al haberse rechazado la demanda de autorización judicial para proceder al desafuero de la trabajadora demandada, basándose en que el contrato de plazo fijo se había cambiado a uno de plazo indefinido, se ha incurrido en una infracción de ley, al dársele al artículo 159 N° 4 una interpretación equivocada, infracción que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, de tal forma que la causal de nulidad esgrimida, la del artículo 477 del Código del Trabajo, debe ser acogida, no siendo necesario pronunciamiento alguno sobre las causales subsidiariamente invocadas.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 477 y 482 del Código del Trabajo se declara que se acoge el recurso de nulidad interpuesto por la abogada, doña Paola Elizabeth Sánchez Alvarado, en representación de los demandantes, en contra de la sentencia del 05 de octubre de 2010 dictada por el Juzgado de Letras del Trabajo de esta ciudad en la causa RIT O-245-2010 y RUC 10-4-0035814-7, la que se invalida y se reemplaza por la que se dicta a continuación separadamente y sin nueva vista.

Regístrese, notifíquese.

Redacción del Ministro señor Julio César Grandón Castro.

Pronunciada por la Primera Sala. Presidente Ministro Sr. Julio César Grandón Castro, Fiscal Judicial Sra. Tatiana Román Beltramin y Abogado Integrante Sr. Ricardo Fonseca Gottschalk.

Rol N° 164-2010 Ref. Laboral.

Temuco, diecinueve de noviembre de dos mil diez.

De acuerdo con lo previsto en los artículos 477 y 478 del Código del Trabajo, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTOS:

De la sentencia invalidada se eliminan los fundamentos 9° a 13°, ambos inclusive, manteniéndose los demás, y se tiene, además, presente, además, de lo expuesto en la sentencia de nulidad:

PRIMERO: Que el artículo 174 del Código del Trabajo indica que para poner término al contrato de trabajo, por haberse configurado la causal del artículo 159 N° 4 del texto legal indicado, esto es por vencimiento del plazo convenido, gozando el trabajador de fuero laboral, deberá solicitarse la respectiva autorización ante el juez competente.

SEGUNDO: Que el contrato de trabajo que unía a los demandantes con la demandada es un contrato de plazo fijo, no habiéndose acreditado que se haya transformado en uno de plazo indefinido, y habiéndose acreditado los presupuestos legales para ello, es atendible otorgar la autorización solicitada.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 159 N° 4 y 174 del Código del Trabajo se declara que ACOGE la demanda de desafuero planteada por don Rodrigo Alberto Segovia Seguel y don Daniel Alejandro Montenegro Troncoso y se accede a la autorización para despedir a Gloria Ingrid Soto Pérez, sin costas por estimarse que la demandada tuvo motivos plausibles para oponerse a esa solicitud.

Regístrese y notifíquese

Redacción del Ministro señor Julio César Grandón Castro.

Pronunciada por la Primera Sala. Presidente Ministro Sr. Julio César Grandón Castro, Fiscal Judicial Sra. Tatiana Román Beltramin y Abogado Integrante Sr. Ricardo Fonseca Gottschalk.

Reforma Laboral-164-2010.(brz).

2.3 Sentencia N°3: Fisco con Aranda Reyes, Sara

IQUIQUE, veintinueve de enero de dos mil nueve.-

VISTO Y OIDO:

Se ha interpuesto recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada con fecha 17 de diciembre de 2008 por don Felipe Salas Torres, Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, en la causa RUC 08-4-0005413-5, RIT M-40-2008 que, en procedimiento monitorio, acogió la demanda presentada por el Fisco de Chile, en representación de la Fiscalía Regional del Ministerio Público, Primera Región de Tarapacá, en contra de doña Sara Aranda Reyes, autorizando al actor para poner término a la relación laboral en virtud de la causal contemplada en el artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo, eximiendo a la demandada del pago de las costas.

El recurso ha sido presentado por el abogado de la demandada, don Gonzalo Moya Avendaño Reyes, a fin se invalide totalmente el procedimiento de autos y la sentencia recurrida, procediendo a determinar el estado en que quede el proceso y ordenando que conozca del mismo un tribunal no inhabilitado.

Con fecha 7 de enero en curso, la Corte declaró admisible el recurso de nulidad interpuesto a favor de doña Sara Milicen Aranda Reyes, sólo respecto de la causal prevista en el artículo 477 del Código del Trabajo, declarándolo inadmisibles respecto de la causal subsidiaria que se fundó en el artículo 478, letra e) del referido cuerpo legal.

En la vista del recurso alegó por el recurrente el abogado don Mario Meza Adriaola, reiterando los argumentos vertidos en su recurso de 30 de diciembre último, en sustento de la causal prevista en el artículo 477 del Código del Trabajo. Por el Fisco de Chile lo hizo doña Paola Jorquera, solicitando el rechazo del recurso. Se efectuó un registro de audio de las referidas intervenciones.

TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que el abogado don Gonzalo Moya Avendaño Reyes dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por don Felipe Salas Torres, Juez del Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, fundado en la causal del artículo 477 del Código del ramo, y en forma subsidiaria invocó la causal del artículo 478, letra e) del mismo cuerpo legal. Esta Corte, con fecha 7 de enero en curso, declaró admisible el recurso de nulidad fundado en la causal prevista en el artículo 477 del Código del Trabajo, declarándolo inadmisibles respecto de la causal subsidiaria;

SEGUNDO: Que fundamentando la causal el recurrente expone que en la sentencia se infringió el artículo 477 del Código del Trabajo, por cuanto se vulneraron garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, y de normas de protección a la maternidad, como asimismo la violación a las normas del debido proceso al haberse admitido a tramitación una demanda de desafuero maternal de acuerdo a las normas de procedimiento Monitorio, debiendo aplicarse las normas del Procedimiento de Aplicación General. Sostiene en concreto que del artículo 19 de la Constitución se vulneraron las garantías del N° 1°, el derecho a la vida; N° 3°, la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos; N° 9°, el derecho a la protección de salud; y el N° 16, la libertad de trabajo y su protección, en relación con el artículo 5° y 6° del mismo cuerpo constitucional; asimismo se vulneraron las normas relativas a la protección de la maternidad establecidas en el artículo 194 y siguientes del Código del Trabajo;

TERCERO: Que, en primer término, corresponde hacerse cargo de la alegación de la improcedencia de la aplicación del procedimiento monitorio al caso de la acción subjudice; al efecto hay que tener presente que la acción de autos se inició por demanda interpuesta por el señor Abogado Procurador Fiscal de Iquique, por el Consejo de Defensa del Estado, asumiendo la representación del Ministerio Público, y solicitando autorización judicial para poner término al contrato de trabajo de doña Sara Milicen Aranda Reyes, de conformidad a lo previsto en el artículo 174 del Código del Trabajo, al encontrarse embarazada la demandada y resultarle

aplicable el fuero laboral contemplado en dicha norma, según lo previsto en el artículo 201 del mismo estatuto jurídico;

CUARTO: Que en el artículo 496 del Código del Trabajo se establece el ámbito de aplicación del procedimiento monitorio, para las contiendas por término de la relación laboral, contemplando dos hipótesis, la primera en relación a la cuantía y la segunda referida a las contiendas del artículo 201 del Código, norma ésta que se refiere precisamente al fuero laboral que ampara a la mujer durante el periodo de embarazo, por lo tanto habiendo el legislador establecido el procedimiento monitorio para las contiendas por fuero laboral por embarazo o maternidad, el procedimiento empleado en autos es el adecuado, debiendo rechazarse la alegación de que se ha vulnerado la garantía del debido proceso;

QUINTO: Que tampoco se divisa de qué modo la sentencia habría infringido las garantías constitucionales denunciadas, esto es las consagradas en los numerales 1°, 3°, 9° y 16° del artículo 19 de la Carta Magna, por cuanto la acción emprendida por el Consejo de Defensa del Estado, en representación del Ministerio Público, sólo busca hacer efectiva la desvinculación laboral de una trabajadora, que siendo contratada a plazo fijo, presentó posteriormente un embarazo. Al efecto hay que tener presente que el Ministerio Público es un organismo estatal que se rige por un estatuto propio, cual es la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional, y por los reglamentos que en conformidad a ella se dicten, y como todo organismo público tiene contemplado una planta determinada de funcionarios;

SEXTO: Que en el caso de la demandada, señora Aranda Reyes, como se ha asentado en el fallo recurrido, fue contratada el 23 de noviembre de 2007, en el cargo de Administrativo grado 17, de la planta del personal del Ministerio Público, a plazo fijo hasta el 31 de diciembre de 2007, habiéndose renovado el 1 de enero hasta el 29 de febrero de 2008 y finiquitado notarialmente el 15 de abril de 2008. Posteriormente el 23 de junio de 2008 fue nuevamente contratada a plazo fijo hasta el 17 de diciembre del mismo año, en calidad de suplente para reemplazar a una funcionaria que había solicitado permiso sin goce de remuneraciones; y en estas circunstancias fue que, el 8 de octubre de 2008, la demandada informó en el Ministerio Público que se encontraba embarazada;

SÉPTIMO: Que, en las circunstancias descritas precedentemente, el organismo empleador estaba en su derecho para instar porque la administrativa suplente cesara efectivamente en sus funciones en la fecha pactada, por lo que debido al estado de embarazo que presentaba la trabajadora forzosamente se debía recurrir a solicitar la autorización judicial requerida por el artículo 174 del Código del Trabajo;

OCTAVO: Que, por lo tanto, el incoar la presente causa no implica desconocer la protección a la maternidad, reconocida tanto por nuestro constituyente como por el legislador, en el caso sub lite se trata de cumplir un contrato laboral pactado a plazo fijo, en que la trabajadora fue contratada para cubrir temporalmente un cargo administrativo en la Fiscalía Regional del Ministerio Público, con lo cual, so pretexto de protección a la maternidad, en la práctica se pretende crear un nuevo cupo laboral en circunstancias que se trata de un órgano del Estado cuya dotación de personal se encuentra determinado por ley;

NOVENO: Que, en consecuencia, tanto en la sustanciación de la causa como en la dictación del fallo, el tribunal a quo no ha incurrido en los vicios de nulidad denunciados en el presente recurso, por lo que éste debe ser rechazado;

Por estas consideraciones, y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 477 y siguientes del Código del Trabajo, SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto por el abogado defensor de la demandada, doña Sara Milicen Aranda Reyes, en contra de la sentencia definitiva dictada por don Felipe Andrés Salas Torres, Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, el diecisiete de diciembre de dos mil ocho, sentencia que es válida.

Regístrese, dése a conocer a los intervinientes, sin perjuicio de su notificación por el estado diario.

Devuélvase la carpeta con su respectivo registro de audio

Redacción del Ministro Erico Gatica Muñoz.

Rol Corte N° 1-2009 Reforma Laboral.-

CONCLUSIÓN

Luego de la exhaustiva investigación y análisis de las normas vigentes en Chile y en el Derecho comparado, que hemos realizado con esta memoria, nos hemos dado cuenta que Chile, cumple con todos los principios proteccionistas de la OIT, teniendo así una potente legislación de protección a la maternidad, pero que, al ser una normativa tan poco flexible genera, consecencialmente, una gran discriminación al género femenino.

Así, también es relevante mencionar en este punto, que además de la normativa proteccionista, existe un porcentaje no menor de mujeres que hace mal uso de los derechos establecidos, llegando a ser un abuso de los mismos, en especial del fuero maternal y de las licencias por enfermedad grave del hijo menor de un año, esto trae consigo que la discriminación se agrave aún más y las mujeres, por lo tanto, tengan menos acceso a los trabajos y estos tengan una remuneración menor a la de los hombres.

En razón de lo anterior, creemos que es fundamental e impostergable para que se aminore esta discriminación existente y con ello se avance en el desarrollo del país equilibrando el trabajo femenino con la vida familiar, objetivos que son igualmente trascendentes, que se legisle sobre una actualización de las normas protectoras de la maternidad en el sentido de la flexibilización de las mismas.

Creemos que la modificación de las normas protectoras de la maternidad debe buscar el cumplimiento de los siguientes objetivos: igualdad en la protección a la maternidad en todas las mujeres, no discriminación en relación a los géneros en el área laboral, incentivo de la maternidad, protección de la salud de la madre y del hijo; y, corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los hijos.

En razón de estos principios, proponemos las siguientes modificaciones a las normas de protección a la maternidad:

- Eliminación del fuero maternal. En cambio de este fuero, existiría un subsidio para aquellas madres que fueran despedidas de sus empleos antes de los seis meses

posteriores al nacimiento del hijo, correspondiente al 70 por ciento de los ingresos que percibía.

- Descanso prenatal flexible, en que sea la mujer, de acuerdo a sus necesidades la que decida si tomarlo antes del parto, o postergarlo para después del parto. Incluso, donde la mujer pueda trabajar determinadas horas y así, distribuir su descanso como mejor le parezca y lo necesite.
- Establecer un descanso postnatal obligatorio para la madre de 12 semanas posterior al parto, el cual se verá incrementado en el caso en que la mujer traspase días o semanas de su descanso prenatal a su descanso post natal, como señalamos en el punto anterior.
- Instaurar otro descanso postnatal obligatorio de 12 semanas, luego del ya señalado en el punto 2, el que será flexible, tanto en la forma de disponer de él, como que puede ser utilizado por el padre, vale decir, que sea optativo y compartido entre el padre y la madre del niño el uso del descanso postnatal extendido.
- Que existan el beneficio de sala cuna, las que serán estatales, para todas las mujeres, derogándose la normativa que señala que el empleador debe entregar el servicio cuando tenga 20 o más mujeres contratadas.
- Que todos los beneficios antes señalados sean financiados tripartitamente con un seguro de maternidad, el cual será pagado por una parte por el Estado, otra por el empleador, y por los trabajadores –independiente si es hombre o mujer- esto descontado en las liquidaciones, y mediante un porcentaje del sueldo.

Esperamos que esta memoria pueda servir de inspiración para la modificación adecuada de las normas de protección a la maternidad, y que se establezcan como principios fundamentales, junto con la protección de la maternidad y del hijo, la igualdad de género y la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos, para que así podamos progresar de buena manera y no generando desigualdades, que son muy difíciles de desarraigar.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACOSTA, Elaine, PERTICARA, Marcela, RAMOS C. Empleo femenino: oferta laboral y cuidado infantil. [En línea] <http://sociologia.uahurtado.cl/publicaciones/informe_BID.pdf> [Consulta: 6 agosto 2010].
2. ACT N°. 417. DINAMARCA. Act on Maternity Equalisation in the Private Labour Market (Ley de derecho a la licencia y las prestaciones por desempleo por maternidad). Danish Parliament. Ministry of Employment. Dinamarca, 8 de mayo de 2006.
3. AHUMADA P., Hermes. “Seguridad Social”. Santiago. Ed. Universitaria. 1961.
4. BARROS Arteaga, Magdalena y Constanza Barrueto Sotomayor La mujer como sujeto del contrato de trabajo [recurso electrónico]. Santiago, Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2007.
5. CAAMAÑO, E., “Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico”, en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, vol. XVIII, N° 1, julio 2005, pp. 25-33.
6. CAAMANO Rojo, Eduardo. La Tutela Del Derecho A La No Discriminación Por Razones De Sexo Durante La Vigencia De La Relación Laboral. Rev. Derecho (Valdivia). [Online]. Jul. 2003, Vol. 14 [Citado 18 Junio 2006], Pp. 25-41. [recurso electrónico] <[Http://Mingaonline.Uach.Cl/Scielo.Php?Script=Sci_Arttext&Pid=S0718-09502003000100002&Lng=Es&Nrm=Iso](http://Mingaonline.Uach.Cl/Scielo.Php?Script=Sci_Arttext&Pid=S0718-09502003000100002&Lng=Es&Nrm=Iso)>.
7. CARRASCO, Mauricio. El permiso postnatal masculino en Chile y en el derecho comparado. Santiago. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2007. 300 h.
8. Convenio sobre la protección de la maternidad, OIT, 1919
9. Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), OIT, 1935
10. Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), OIT, 1952

11. Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), OIT, 1952
12. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) ,OIT, 1958
13. Convenio sobre la protección de la maternidad, OIT, 2000.
14. DFL N° 1, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo, publicado en el Diario Oficial el 16 de Enero de 2003.
15. DFL N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, publicado en el Diario Oficial el 24 de Julio de 1978.
16. D.S. N° 3, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial el 28 de Mayo de 1984.
17. DOMÍNGUEZ Bravo, José Miguel; RAMÍREZ León, Rodrigo Ariel. El permiso paternal: análisis a partir de la ley no. 20.047 de 2005. Santiago. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Facultad de derecho, 2007. 200 h.
18. Código Sustantivo del Trabajo. COLOMBIA. Edición Oficial, con sus modificaciones, ordenada por el artículo 46 del Decreto Ley 3743 de 1950, la cual fue publicada en el Diario Oficial N° 27.622, del 7 de junio de 1951. Ministerio de la Protección Social. Bogotá. Art. 239°.
19. Constitución Política de la República. Chile. 2005.
20. DURÁN Valenzuela, Ximena Patricia y Salgado González, Patricio Enrique. La protección de la maternidad en el derecho internacional [recurso electrónico] . Santiago de Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2004.
21. ECHEVERRÍA, Magdalena. “Flexibilidad laboral en Chile : las empresas y las personas” . Santiago, Chile : Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios, 2004. pp 24-74.
22. EL PAÍS. El mejor lugar para ser madre. [En línea] http://www.elpais.com/articulo/portada/mejor/lugar/ser/madre/elpepusoceps/20100822e_lpepspor_12/Tes [Consulta: 12 marzo 2011]

23. EURAXESS. Norway. [En línea]
<<http://www.euraxess.no/servlet/Satellite?c=Page&cid=1229697992252&pagename=euraxess%2FHovedsidemal> [Consulta: 14 marzo 2011]
24. GARAFULIC L., María (editora). “Mujer y derecho, una aproximación a la situación legal de la mujer en tres países latinoamericanos”. Santiago. 2001.
25. GARCÍA Agustín, Óscar., “La Flexiseguridad, ¿modelo para la crisis o modelo en crisis?” Ensayo, Profesor de español y Estudios Internacionales. Universidad de Aalborg.
26. HERON, Alexandra.
<http://sydney.edu.au/business/_data/assets/pdf_file/0017/44108/Pregnancy_Discrimination_International_Comparisons.pdf>
27. HUMERES N., Héctor. “Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”. Santiago. Ed. Jurídica. 2000.
28. INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES. Fuerza laboral de la mujer en el 53%. [en línea]
<http://www.inmujeres.gub.uy/mides/colgado.jsp?contentid=10318&site=1&channel=inmujeres> [consulta: 15 diciembre 2010]
29. INSTITUTO Nacional de Estadísticas. Censo 2002 síntesis de resultados. Santiago Chile, Empresa Periodística la Nación S. A., 2003. 50p.
30. INSTITUTO Nacional de Estadísticas. Censo 2002 síntesis de resultados. Santiago Chile, Empresa Periodística la Nación S. A., 2003. 50p.
31. JUST LANDED. Francia. [En línea]
<<http://www.justlanded.com/espanol/Francia/Guia-Francia/Empleo/Trabajo>> [Consulta: 15 marzo 2011]
32. LABRA Vicencio, Manuel Antonio. "La actual flexibilidad laboral en el derecho del trabajo chileno: incluye análisis del anteproyecto de ley de adaptabilidad del segundo semestre de 2003"
33. LARRAÑAGA, Osvaldo y Contreras, Dante. Las nuevas políticas de protección social en Chile. Santiago de Chile: Uqbar Editores, PNUD, 2010.
34. Ley 18.469, publicada en el Diario Oficial el 23 de Noviembre de 1985. Chile.

35. Ley 18.867, publicada en el Diario Oficial el 04 de Diciembre de 1989. Chile.
36. Ley 18.933, publicada en el Diario Oficial el 09 de Marzo de 1990. Chile.
37. Ley 18.418, publicada en el Diario Oficial el 11 de Julio de 1985. Chile.
38. Ley N° 50. COLOMBIA. Art. 34°. Bogotá, 1990 y modificado por la ley 755 del 2002.
39. Ley N° 20.744. ARGENTINA. Ley de Contrato de Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Buenos Aires, 13 de mayo de 1976, Decreto 390/1976. Art. 179°.
40. Ley N° 27.240. PERÚ. Ley que otorga permiso por lactancia materna. Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo. Lima, Perú, 10 de diciembre de 1999. Artículo 1°.
41. Ley núm. 27185, que modifica el artículo 29° del Texto único ordenado del Decreto legislativo núm. 728, Ley de productividad y competitividad laboral.
42. Ley núm. 28048 de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto. *El Peruano*, 2003-08-01, núm. 8440, pág. 249033
43. Ley N° 31. ESPAÑA. Prevención de Riesgos Laborales. España, 8 de noviembre de 1995. <http://www.laligadelaleche.es/lactancia_materna/legal.htm>
44. MACIAS Cifuentes, Lorena. Convenios y recomendaciones de la OIT sobre protección a la maternidad: comparación con la legislación nacional. Santiago de Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2004.
45. MAURO, Amalia y Yañez, Sonia. Trayectorias laborales y previsión social en Chile en un contexto de flexibilidad : resultados de una investigación longitudinal. Santiago de Chile : Centro de estudios de la mujer (CEM), 2005.
46. NACIONES UNIDAS. Organización internacional del trabajo, programa IPEC. [En línea] <
<
http://www.nacionesunidas.org/sv/index.php?option=com_content&view=article&id=53> [Consulta: 22 julio 2010]
47. NENES Y BUROCRACIA. Los permisos de maternidad y paternidad en la UE. [En línea] <
<
<http://www.nesyburocracia.com/2009/03/los-permisos-de-maternidad-y-paternidad.html>> [Consulta: 19 marzo 2011]

48. OIT, Organización Internacional del Trabajo. Protección de la maternidad en el trabajo, trabajo número 24 [En línea] < <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/magazine/24/matern.htm>> [Consulta: 22 agosto 2010]
49. OIT, Oficina Internacional del Trabajo. “Protección de la maternidad: La situación de las mujeres en el mundo”. Trabajo, Revista de la OIT. N° 24, abril de 1998.
50. OIT, Oficina Internacional del Trabajo. “Trabajo y Maternidad. Las normas que protegen la salud de las trabajadoras embarazadas.” Ponencias presentadas al seminario organizado conjuntamente por la OIT y la Dirección del Trabajo de Chile. Santiago. 1998.
51. OIT, Organización Internacional del Trabajo. Papá moderno: la política progresista de Noruega sobre permiso de paternidad. [En línea] < http://www.ilo.org/wow/Articles/lang--es/WCMS_081438/index.htm> [Consulta: 12 marzo 2011]
52. PEÑA DIEZ, DIEGO. “Aspectos laborales del tratado de libre comercio suscrito por Chile y China”. Santiago, 2007.
53. PÉREZ Vega, Guillermo. Derecho del trabajo, relación del trabajo y externalización laboral en Chile a la luz de las orientaciones de la OIT. Santiago, Chile : Ediciones Copygraph, 2009.
54. RECIO Andreu, Albert. , “Precariedad laboral: del neoliberalismo a la búsqueda de un modelo alternativo” Dep. Economía Aplicada. Universitat Autònoma de Barcelona.
55. Recomendación sobre la protección de la maternidad (agricultura), OIT, 1912.
56. Recomendación sobre la protección de la maternidad, OIT, 1952.
57. Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación), OIT, 1958.
58. Recomendación sobre el empleo de mujeres con responsabilidades familiares, OIT, 1965.
59. Recomendación sobre la protección de la maternidad, OIT, 2000.
60. SELAMÉ, Teresita. Modelo económico y evolución del empleo femenino en Chile : sectores agricultura y de salud / Santiago, Chile : Mujer y trabajo, 2000.

61. SOTO Editor, Álvaro; Gómez, Javiera ... [Et Al.]. Flexibilidad laboral y subjetividades: hacia una comprensión psicosocial del empleo contemporáneo. Santiago, Chile: LOM Eds., 2008.
62. THAYER Arteaga, William., “Orígenes, evolución y perspectivas del derecho laboral chileno” Estudios Públicos, 54 (otoño 1994).
63. TODARO, Rosalía. Encuesta de remuneraciones y costo de la mano de obra, análisis por sexo. Documento de Trabajo N°75. Servicio Nacional de la Mujer. 2002.
64. URRUTIA Sulantay, Pablo y Andrade Maureira, Marisol . “Críticas al seguro de desempleo chileno”. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2010.
65. VAILLANT Gajardo, Carlos . Los derechos de la empresa en el nuevo procedimiento laboral [recurso electrónico] Santiago, Chile, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2010.
66. You rights at work. Worksmart. [En línea] <http://www.worksmart.org.uk/rights/>, consulta 08 de marzo de 2011.
67. ZUBERO Beaskoetxea, Imanol “El modelo danés de flexiseguridad”, Universidad del país Vasco, Santander, 28 de noviembre de 2007,[En línea] <<http://www.adelca.org/eee/documentos/flexiseguridad%202.pdf>> ,[Consulta 8 de agosto de 2010]