



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias del Derecho

**“EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL  
Y SU EFICACIA A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN  
LABORAL CHILENA ACTUAL”**

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

---

Autor: Max de Jesús Bustos Pérez.

Profesor Guía: Gabriel Bernardo Álvarez Undurraga

Santiago, Chile

2015



## **Tabla de contenido**

INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO 1: LA PATERNIDAD Y EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL.....	16
1.1.- Introducción al Capítulo: .....	16
1.2.- La evolución de la paternidad en la historia .....	18
1.2.1.- La paternidad en los inicios de la humanidad: .....	18
1.2.2.- Paternidad en la época clásica .....	21
1.2.3.-Paternidad en la Edad Media: .....	22
1.2.4.-Paternidad en la edad moderna:.....	24
1.2.5.- Paternidad en la época contemporánea: .....	25
1.3.- El Principio de Corresponsabilidad Parental: .....	27
1.3.1.- Concepto.....	27
1.3.2.- Elementos .....	28
1.3.3.- Antecedentes históricos internacionales de la consagración del Principio de Corresponsabilidad Parental: .....	33
1.3.4 Antecedentes nacionales: .....	42
1.3.5.- Fundamentos del Principio de la Corresponsabilidad Parental .....	44
1.4.- Conclusión del Capítulo.....	55
CAPÍTULO 2: LA INFLUENCIA DE LA NORMATIVA LABORAL EN LA EFECTIVIDAD DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD EN CHILE. ....	57
2.1.- Introducción al capítulo: .....	57
2.2.- La Conciliación de la vida familiar y laboral y su regulación internacional a través de las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo. El Convenio N°3 de 1919.....	58
2.2.1 Convenio N° 103 de 1952.....	60

2.2.2. La Recomendación N° 123 del año 1965 sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares. ....	61
2.2.3.- Convenio N° 156 sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares de 1981. ....	63
2.2.4.- Convención N° 183 sobre Protección de la Maternidad del año 2000. ....	66
2.3.- Las normas sobre Conciliación de la vida familiar y laboral contenidas en el Código del Trabajo chileno. Análisis en particular. ....	67
2.3.1 Derecho a Descanso Parental:.....	69
2.3.2.- Derecho a Sala Cuna .....	81
2.3.3 Derecho a dar alimento a los hijos:.....	85
2.3.4 Derecho a Permiso Parental por grave enfermedad del hijo.....	90
2.4 Conclusión del Capítulo. La eficacia del Principio de Corresponsabilidad Parental, a la luz de las normas sobre Protección de la maternidad, la paternidad y la vida familiar del Código del Trabajo. ....	94
<b>CAPÍTULO 3. DEL DIAGNÓSTICO A LA PROPUESTA.....</b>	<b>99</b>
3.1 Introducción al Capítulo. ....	99
3.2.- Bases generales de un nuevo modelo de derechos de conciliación entre la vida familiar y laboral que apunte a la Corresponsabilidad Parental efectiva. ....	100
3.2.1- Políticas de educación e información sobre los derechos que constituyan un nuevo modelo de Conciliación entre Vida Familiar y Laboral para Chile. ....	101
3.2.2 Retribución económica aparejada al ejercicio de los derechos laborales derivados de la parentalidad. ....	104
3.2.3 Mecanismos de definición sobre la titularidad de los derechos laborales derivados de la parentalidad. ....	109
3.3.- Análisis de los derechos laborales derivados de la parentalidad en particular, y propuestas de reforma. ....	110
3.3.1 El Derecho de Permiso Postnatal.....	110

3.3.2 Desde los derechos alternativos hacia los derechos propios e intransferibles .....	114
3.3.3 Derecho a Permiso Prenatal para el padre .....	120
3.3.4 Nueva mirada a los Derechos de fuero y no discriminación en el marco del nuevo modelo de permisos laborales derivados de la parentalidad. ....	124
3.2.5 Derechos no contemplados en el Código del Trabajo actualmente. ....	127
CONCLUSIONES .....	129
BIBLIOGRAFÍA .....	140

## RESUMEN

El día 13 de Junio del año 2013 se aprobó en nuestro país la Ley N° 20.680, comúnmente llamada “Ley Amor de Papá”, que, entre otras cosas, consagró expresamente en nuestra legislación nacional el Principio de Corresponsabilidad Parental. Según este Principio, cuando se trata de ejercer el cuidado de los hijos, ambos padres deben participar de manera **activa, permanente y equitativa** en dicha tarea, lo que constituye una pretensión bastante ambiciosa, y sin embargo, susceptible de fracasar si este nuevo Principio se limita a la sede civil.

Lo anterior, porque nuestro Código del Trabajo también contiene diversas normas que regulan la parentalidad, de gran aplicación –tales como los derechos de pre y postnatal, de sala cuna; permisos por grave enfermedad de los hijos, etc.-, y a ellas se encuentran sujetos casi la totalidad de los padres de nuestro país.

En ese sentido, resulta menester preguntarse cómo es que dichas normas laborales afectan la efectividad del principio de Corresponsabilidad Parental, una vez determinado su sentido y alcance. Esta es la interrogante

que esta investigación intenta responder, mediante el análisis del concepto, elementos y fundamentos de dicho Principio, sumado a la revisión histórica y actual de las diferentes normas civiles y laborales que regulan la parentalidad, lo que permitió concluir que, actualmente, el contenido de estas últimas impiden, o al menos entorpecen gravemente, la aplicación efectiva del Principio de Corresponsabilidad Parental. Por lo tanto, se hace del todo necesaria una Reforma en sede laboral que resulte armoniosa con él, cuyos aspectos principales también son expuestos en la parte final de esta investigación, basándome principalmente en la doctrina y legislación contemporánea extranjera sobre el particular.

**Palabras Claves:**

Corresponsabilidad Parental – Interés Superior del Niño- Igualdad de Género- Conciliación entre la Vida Familiar y Laboral

## **ABSTRACT**

On June 13th, 2013, the Law N° 20.680 (commonly called "Love of Dad Law") was approved in our country. This law, among other things, expressly enshrined the Parental Stewardship Principle in our national legislation. This Principle state, when it comes to exercise the care of children, both parents must take an active, permanent and equitable role in such task. This is quite an ambitious aspiration, and yet susceptible to failure if this new principle is restricted to the civil court.

This, because our Labor Code also contains various regulations of broad application regarding parenthood (such as the rights of pregnancy leave, postnatal rights, nursery; special leave related to a children serious illness, etc.), to which are subject almost all parents of our country.

In that sense, we must ask ourselves how is that such labor norms affect the effectiveness of the Parental Stewardship Principle once its sense and scope is determined. This is the question this research attempts to answer by analyzing the concept, elements and basis of said Principle, in addition to current and historical review of different civil and labor norms



ruling parenthood. The conclusion extracted from this investigation is that currently the content of the latter prevent, or at least severely impedes the effective application of the Parental Stewardship Principle. Therefore, it becomes absolutely necessary a Reform in labor court that harmonizes with it, and whose main aspects are also exposed in the final part of this investigation, based primarily on the foreign contemporary doctrine and legislation on the subject.

**Keywords:** Parental Stewardship - Higher Interest of the Child - Gender Equality - Conciliation between work and family life.

## INTRODUCCIÓN

Uno de los paradigmas sociales más arraigados en nuestra civilización occidental, que ha trascendido culturas y naciones, es aquel sobre roles de género que establece al marido como jefe- proveedor, y a la mujer como dependiente y encargada de la crianza y educación de los hijos, dentro de la organización de la familia.

Claros ejemplos de ello podemos encontrar, por ejemplo, en nuestras principales y más influyentes fuentes de regulación de la conducta a través de los siglos, es decir, el cristianismo y el derecho romano. Respecto del primero, podemos considerar lo que señala la Biblia –texto fundacional del cristianismo- sobre el particular en Efesios 5:22-24: “Las casadas estén sujetas a sus propios maridos, como al Señor; porque el marido es cabeza de la mujer, así como Cristo es cabeza de la iglesia, la cual es su cuerpo, y él es su Salvador. Así que, como la iglesia está sujeta a Cristo, así también las casadas lo estén a sus maridos en todo.”<sup>1</sup>; o en Génesis 3:16: “A la mujer

---

<sup>1</sup> La Biblia. Libro Efesios. Edición Reina Valera 1960. [en línea] <http://www.bibliaenlinea.org/efesios-5> [consulta: Viernes 12 Diciembre 2014]

dijo: Multiplicaré en gran manera los dolores en tus preñeces; con dolor darás a luz los hijos; y tu deseo será para tu marido, y él se enseñoreará de ti.”;<sup>2</sup> En relación al segundo, basta con considerar la institución del “Pater Familias” del derecho romano, en virtud del cual el hombre se constituía como verdadero rey de su familia, pudiendo disponer arbitrariamente tanto de los bienes, como de las personas que vivían con él, entre ellos, su esposa.

En Chile, las normas contenidas en el Código Civil mantuvieron este mismo criterio desde temprano, según se podía constatar en el antiguo texto de los artículos N° 1749 y N° 225, respectivamente, de dicho cuerpo legal. El primero de ellos, al momento de tratar la institución de la Sociedad Conyugal, declaró que “El marido es **jefe** de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer”<sup>3</sup>; el segundo, que justamente abordaba la crianza y educación de los hijos, fue entregando dicha tarea, cada vez con menos excepciones, a la madre, disponiendo finalmente que “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado

---

<sup>2</sup> La Biblia. Libro Génesis. Edición Reina Valera 1960. [en línea] <http://www.bibliaenlinea.org/genesis-3> [consulta: Viernes 12 Diciembre 2014]

<sup>3</sup>Chile. Código Civil. 2010. Santiago. Editorial Jurídica de Chile

personal de los hijos”<sup>4</sup>, estableciendo así una norma supletoria de atribución en favor de ésta.

Sin embargo, lo cierto es que durante el siglo pasado dicho paradigma fue quebrándose, cada vez con mayor velocidad, en Occidente. La mujer, antes limitada a las tareas domésticas y de crianza de los hijos, comenzó ahora a integrarse a las actividades laborales fuera de casa - situación provocada, según muchos, por las condiciones sociales derivadas de las dos Guerras Mundiales, como la falta de mano de obra masculina en las industrias, y potenciada, además, por el descubrimiento de las píldoras y otros métodos anticonceptivos en general, que otorgaron a la mujer -por primera vez en la historia- la posibilidad de decidir sobre la oportunidad de la maternidad, por un lado; y paralelamente a ello, por la cada vez mayor participación de los padres en las labores de crianza y educación de los hijos, todo esto en el contexto de un discurso cada vez más fuerte y generalizado sobre la igualdad de género y destrucción de los paradigmas de roles ya mencionados.

---

<sup>4</sup> *Ibíd.*

En el plano jurídico, estos cambios de paradigma fueron plasmándose sucesivamente, tanto en instancias internacionales como nacionales.

Respecto de las primeras, y considerando aquellas que fueron suscritas por Chile- y por tanto, se integraron a nuestro ordenamiento en virtud del artículo N°5 inciso segundo de la Constitución Política de la República, el cual establece que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los **tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes**”<sup>5</sup>, podemos destacar la Convención Americana de Derechos Humanos; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y la Convención de los Derechos del Niño, la cual tiene especial importancia porque se trató del primer tratado internacional vinculante de la historia que

---

<sup>5</sup> Constitución Política de la República de Chile. Última modificación 03 de Mayo 2014 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302> [consulta: Viernes 12 Diciembre 2014]

incorporaba, explícitamente, el principio de corresponsabilidad parental, y  
porque por primera vez consideró a los niños como sujetos de derechos.

Ahora, en materia nacional, podemos considerar diversos avances, tales como el reconocimiento a la capacidad civil de las mujeres, la incorporación del patrimonio reservado de la mujer, el régimen de participación en los gananciales, la nueva ley de matrimonio civil, y el más importante de todos -para efectos de este trabajo de investigación al menos- la aprobación de la Ley N°20.680, popularmente conocida como Ley “Amor de papá” que, entre otras cosas, modificó el contenido del artículo 225 del Código Civil ya mencionado, y vino a consagrar expresamente en la legislación nacional el principio de la **Corresponsabilidad Parental**.

En efecto, el día 13 de Junio del año 2013 se aprobó dicha norma, que vino no sólo a reconocer la igualdad de aptitudes entre ambos padres para participar de las tareas relacionadas con la crianza de los hijos, sino que de hecho estimó que dicha participación se constituía como un ***deber*** para ellos, en virtud del principio del interés superior del niño.

Sin embargo, esta reforma civil no consideró que en sede laboral también existen diversas normas que regulan aspectos importantes de la parentalidad, cuando se trata de padres trabajadores, cuyos contenidos no fueron evaluados al momento de aprobar la Ley N°20.680, por lo que se vuelve del todo necesario cuestionarnos ¿Cómo es que las normas de derecho laboral chileno afectan actualmente la aplicación efectiva del Principio de Corresponsabilidad Parental?, interrogante que constituye la pregunta principal a resolver en la presente investigación.

### **Justificación del tema escogido**

Pienso que Chile, en las últimas dos o tres décadas, ha hecho grandes avances en materias de género y derecho de familia. Hoy nuestras mujeres son plenamente capaces civilmente hablando, tienen una mayor igualdad en lo que a regímenes matrimoniales se refiere; cuentan con mejores herramientas de protección ante la violencia intrafamiliar, laboralmente se encuentran amparadas por un mejor modelo de permisos pre y post natales que favorecen la maternidad en sus primeras etapas, etc. Los hijos por fin son igualmente tratados ante la ley, pueden investigar libremente su identidad y siempre se considera su interés superior para regular las

materias que les afecten; contamos con una nueva ley de matrimonio civil y nuevos tribunales de familia, quienes conocen de los asuntos de su competencia a través de procedimientos mucho más expeditos y simplificados.

En ese sentido, la Ley N°20.680 vino sumarse como un nuevo gran paso, al reconocer la igualdad de aptitudes entre los padres para el cuidado y crianza de los hijos; regulando de esta manera una realidad cada vez más generalizada en Chile, donde los padres se involucran en dichas tareas, tanto en el caso de hijos que viven con ambos progenitores, como de aquellos quienes junto a su padre se han constituido como un nuevo modelo de familia monoparental; y al no considerar lo anterior como un mero derecho subjetivo, sino como una responsabilidad que deben cumplir conjuntamente ambos padres con miras al interés superior de los hijos: El principio de Corresponsabilidad Parental.

Sin embargo, para que dicho principio sea realmente efectivo, es que debe revisarse y eventualmente modificarse la legislación laboral que existe sobre la materia, pues ella todavía corresponde al paradigma antiguo, donde la mujer por defecto se encargaba de las labores de crianza y educación de



los hijos y el padre sólo participaba de dichas labores en subsidio, o en mucha menor medida.

Es importante realizar dicha evaluación, porque las normas de derecho laboral regulan la actividad de la inmensa mayoría de los padres en Chile, y de no armonizarse ellas con el principio de Corresponsabilidad Parental, este último no podrá alcanzar el grado de aplicación y alcance con el que fue concebido e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico.

### **Justificación personal y valor de uso**

Por último- pero no menos importante- quiero señalar que, personalmente, me interesa muchísimo tratar esta problemática. No soy padre aún, pero cuando lo sea, quiero poder tener las mismas posibilidades que mi mujer para participar de la crianza de mis hijos. No sólo porque puedan o no gustarme los niños, sino porque considero injusto que esta tarea sea llevada casi sin contrapesos por la mujer, quien hoy tiene también legítimas aspiraciones de desarrollo profesional, y que además debe compatibilizar con otras labores, como las domésticas -área en el que también debemos incorporarnos como género, por cierto-; y porque además

considero que los niños necesitan a ambos padres participando activamente para su correcto desarrollo, incluso desde antes del momento de nacer.

Sinceramente, yo no puedo concebir la formación de una familia, si no es bajo dichas condiciones.

Por eso es que tengo la convicción de que, si bien la incorporación del principio de Corresponsabilidad Parental a nuestra legislación es un gran avance en materia de igualdad de género e interés superior del niño, de todas formas se hace necesaria una revisión y armonización del resto de las normas que regulan la parentalidad -entre ellas, las laborales, por su alcance de aplicación-, pues sólo así se va a poder generar el cambio de paradigma que nuestra Sociedad necesita.

### **Objetivos de la investigación**

En virtud de lo anteriormente expuesto, la presente investigación tendrá como objetivo general o principal analizar cómo las normas de derecho laboral chileno, que dicen relación con la protección de la maternidad y paternidad, afectan la efectividad del Principio de

Corresponsabilidad Parental, incorporado expresamente a nuestra legislación nacional a través de la Ley N°20.680 del año 2013.

Del mismo modo, los objetivos específicos de la misma serán:

1. Realizar un breve repaso por la evolución de la noción de la paternidad, para así dimensionar la relevancia de la consagración, a fines del siglo pasado, del Principio de Corresponsabilidad Parental, para luego analizar este último en particular, conceptualizándolo, desglosando sus elementos y exponiendo los fundamentos que vuelven del todo necesaria su aplicación efectiva en nuestra legislación nacional.

2. Determinar cómo es que las normas de derecho laboral sobre parentalidad y conciliación entre la vida familiar y la actividad laboral inciden en la aplicación efectiva de dicho principio, cuando se trata de padres trabajadores, requiriendo la existencia de una adecuada correlación entre aquellas y éste.

3. Evaluar qué caminos y soluciones puede adoptar nuestra legislación para que el principio de Corresponsabilidad Parental sea aplicado de manera

efectiva, considerando, para dicho propósito, la legislación comparada y el pensamiento de la doctrina sobre esta problemática.

### **Hipótesis:**

La hipótesis a corroborar en mi trabajo de investigación es la siguiente: “El Principio de Corresponsabilidad Parental, recientemente consagrado en nuestra legislación civil en virtud de la Ley N°20.680, y que busca equiparar entre los progenitores las tareas relacionadas con la crianza y educación de los hijos, constituye un gran avance para nuestra Sociedad, mas no podrá tener el alcance y la efectividad que se pretende y requiere, puesto que las normas del derecho laboral chileno -que rigen a casi la totalidad de los padres en el país- se encuentran en conflicto con él, al mantenerse bajo el paradigma familiar antiguo, según el cual es la madre quien debe realizar preferentemente estas labores, y no el padre, para quien sólo existe un pequeño y subsidiario margen de posibilidades, más allá de su voluntad”

## **Metodología:**

Para efectos de dar un marco y un orden apropiados a mi trabajo, voy a empezar por hacer un breve repaso de la evolución de la noción de paternidad a través de la historia, para que así el lector pueda dimensionar la real importancia de la consagración del Principio de Corresponsabilidad Parental en nuestra legislación, a través de la Ley N°20.680. En seguida, voy a analizar este principio, su concepto, elementos y fundamentos de incorporación a nuestra legislación para su cabal comprensión.

Sólo una vez resuelto lo anterior es que voy a abocarme directamente a analizar la normativa laboral chilena vigente, en lo que dice relación a la protección de la parentalidad, para poder determinar si es que ella se ajusta o no, y si es que ella menoscaba o no, la eficacia del principio de corresponsabilidad parental. De esta manera estaré en condiciones de sostener la corroboración o falseamiento de mi hipótesis.

Finalmente, en virtud de los resultados que obtenga, elaboraré una pequeña propuesta de reforma a dichas normas, utilizando para tal efecto la doctrina y legislación comparada sobre la materia.

Este trabajo, por tanto, se basará principalmente en investigación del tipo documental, pues mi mayor fuente de datos serán libros, artículos de revistas, textos normativos, informes estadísticos y memorias de grado. Desde la perspectiva del propósito de la investigación, en principio puedo señalar que se trata una investigación pura, o teórica, pues principalmente me interesa recopilar, esquematizar y analizar la información existente sobre esta área del derecho. Sin embargo, en mi fuero interno reconozco cierta pretensión de dotar a esta investigación de una finalidad aplicada, pues considero que podría servir de base para futuras reformas legales que se realicen en nuestro país en sede laboral. En el mismo sentido, considero que mi investigación comienza siendo abordada bajo el paradigma interpretativo, mas termina desarrollándose derechamente bajo el paradigma socio-crítico, pues busca no sólo explicar un fenómeno, sino promover una transformación de la estructura de las relaciones sociales –en este caso, de las parentales en sede de Derecho del Trabajo –.

En cuanto al nivel de investigación, éste será descriptivo, pues -como ya mencioné- voy a tratar el Principio de Corresponsabilidad Parental, determinando su concepto, elementos y fundamentos de consagración en nuestra legislación, para en seguida analizar su efectividad a la luz de

nuestra normativa laboral vigente, la que, a su vez, también será analizada de manera particular, para finalmente poder extraer conclusiones generales y esbozar propuestas de reforma.

Ahora, para conseguir dicho propósito, usaré diversos métodos de investigación, tales como los Métodos Histórico y Analítico, pues la tarea principal de esta investigación será realizar una mirada evolutiva respecto de la Corresponsabilidad Parental en materia civil, y de la normativa del Código del Trabajo relacionada a la Conciliación entre la vida familiar y laboral, desglosando conceptos, elementos y fundamentos de las mismas, en particular. Enseguida, el Método Inductivo, ya que a través del análisis en particular de dicha normativa laboral y del Principio de Corresponsabilidad Parental, pretendo extraer conclusiones generales respecto del grado de influencia que tienen las primeras, en la aplicación efectiva de este último. Finalmente, el Método Comparativo, pues a partir del examen de la doctrina y legislación contemporánea comparada sobre las materias tratadas en esta investigación, esbozaré propuestas de reforma para nuestra propia normativa nacional

Por último, respecto de las técnicas y herramientas de investigación, fundamentalmente me centraré en aquellas relacionadas a la captura, análisis y sistematización de información jurídica, extraída de la normativa civil y laboral a nivel nacional, internacional y comparada, realizando, para tal efecto, subrayados, fichas y resúmenes, a los que finalmente se les dará un tratamiento cualitativo, que consistirá –precisamente- en la elaboración de esta memoria de grado.



# **CAPÍTULO 1: LA PATERNIDAD Y EL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL**

## **1.1.- Introducción al Capítulo:**

Escribir hoy sobre la necesidad de igualdad entre padres y madres (“Corresponsabilidad Parental”, según veremos más adelante) para asumir las tareas propias del hogar, la crianza y educación de los hijos pareciera en principio tan pacífico y simple. Al menos en mi generación y en las que siguen, a continuación, es una noción que, de encuestarse, seguramente conseguiría aprobación mayoritaria, por no decir absoluta.

Y es que existe una concepción generalizada de que, si ha de formarse familia hoy, debe hacerse con ambos padres participando activa y equitativamente en dichas labores. Sin embargo, lo cierto es que esta forma de ver la familia es sumamente reciente.

Sin ir más lejos, y ejemplificando con mi propia experiencia personal, puedo asegurar que mi propio padre nunca supo –ni sabe todavía- las

edades de mis 5 hermanos y la mía. Y de las pocas veces que se vio forzado a asistir a reuniones de apoderados en nuestros colegios, resultaba común que terminara entrando a salas de cursos que no eran el nuestro, pues tampoco tenía claridad sobre aquello.

Así y todo, mi madre manifiesta estar relativamente feliz y conforme, pues su propio padre –mi abuelo materno- nunca supo ni los nombres de sus hijos, ni cuántos tenía (10, por cierto. Y ese mismo abuelo no era capaz ni de servirse un vaso de agua, porque derechamente no entraba a la cocina de su casa).

Por tanto, desde el punto de vista de mi madre, existe un gran avance al respecto. Y, objetivamente, es cierto que lo hay: Porque si volvemos la mirada atrás, hacia los inicios de nuestra especie, los padres de ese entonces ni siquiera sabían que eran tales, porque, lisa y llanamente, **la noción misma de la paternidad no existía.**

Este primer capítulo de la investigación tendrá por objetivo responder a la pregunta sobre cuál es el concepto del llamado “Principio de Corresponsabilidad Parental”, y cuáles fueron los fundamentos de su consagración en nuestra legislación actual. Con este fin, y atendido lo

expuesto párrafos más arriba, realizaré un breve repaso por la evolución de la concepción de la paternidad, para que el lector pueda dimensionar apropiadamente la relevancia de dicha consagración, y luego procederé a analizar derechamente el Principio de Corresponsabilidad Parental, conceptualizándolo, desglosando sus elementos y exponiendo los fundamentos que vuelven del todo necesaria su aplicación efectiva en nuestra legislación nacional.

## **1.2.- La evolución de la paternidad en la historia**

### **1.2.1.- La paternidad en los inicios de la humanidad:**

Según afirma Aurelia Martín Casares, en su texto “Antropología del género. Culturas, mitos y estereotipos sexuales”, al inicio de la humanidad la única relación de filiación de la que se tenía plena certeza era la maternidad<sup>6</sup>. Los hijos provenían de las mujeres, pues ello era lo único que podía observarse con los sentidos. Por ello también se les veneraba, pues

---

<sup>6</sup> “El vínculo entre la madre y su descendencia siempre ha sido tangible: ellas engendran. Sin embargo, la paternidad, hasta hace muy pocos años (con la investigación genética y las pruebas de ADN), no era un hecho verificable. Las etnografías sobre relaciones de parentesco demuestran que en numerosas sociedades no se establecía una relación directa entre la introducción del esperma en el aparato genital femenino y el parto, entre otras razones, debido a los nueve meses de distancia que separan ambos eventos.”

MARTÍN CASARES, Aurelia. 2006. “Antropología del género. Culturas, mitos y estereotipos sexuales”. Universidad de Valencia. P. 227.

eran las únicas capaces de generar vida. Se trataba de un fenómeno sagrado.

En cambio, la idea de que el hombre aportaba a la concepción y posterior nacimiento de los hijos a través del coito con la mujer, pareciera haber empezado a tener lugar sólo después de la sedentarización: “La toma de conciencia de la paternidad, en cambio, fue un descubrimiento que Dupuis (1987/89) ubica hace seis o siete milenios en las sociedades humanas más adelantadas. Los primeros seres humanos desconocían el principio de la procreación como producto de la unión de los sexos. El descubrimiento de la paternidad, según este investigador, estuvo asociado a la crianza de animales en condiciones de libertad controlada. Mientras los animales se criaron libremente no se asoció su apareamiento con la procreación, al ponerlos en condiciones de cautiverio se pudo observar que, en ausencia de machos, las hembras no parían, lo cual condujo ‘progresivamente’ a la idea de paternidad.”<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> BANCHS, María. 1999. “Género masculino. Buscando al padre en la literatura”. En Segundas Jornadas Ucevistas de Investigación en Género. 26 al 28 de mayo de 1999. Sala E. Universidad Central de Venezuela [en línea] [http://webs.uvigo.es/pmayobre/textos/maria\\_banchs/genero\\_masculino\\_buscando\\_al\\_padre.pdf](http://webs.uvigo.es/pmayobre/textos/maria_banchs/genero_masculino_buscando_al_padre.pdf) [consulta: 09 de Diciembre de 2014]

Ahora, la discusión sobre qué es lo que aportaba el hombre en esta dimensión **biológica** de la paternidad específicamente tuvo una interesante evolución, sobre todo a través de la filosofía, encontrando autores, como Aristóteles, quienes creían que la mujer proporcionaba solamente la materia, que era la menstruación, a partir de la cual la forma inmaterial masculina construía el embrión humano; otros, como Karl Ernst von Baer, se encontraban en la posición opuesta y sostenían que solamente la mujer aportaba todo el embrión, y diversos autores defendían posiciones intermedias, como Hipócrates o Galeno, discusiones todas que fueron finalmente superadas por Anton van Leeuwenhoek, quien en 1677 descubrió el espermatozoide, gracias al microscopio.

Con todo, para efectos de esta investigación resulta muchísimo más interesante atender a la evolución de la otra dimensión de la paternidad, esto es, **la simbólica**, la cual ha sido la realmente significativa a través de la historia de la humanidad.

Lo anterior, puesto que a diferencia de la mujer, el hombre nunca fue determinado por su rol como progenitor, sino por su labor como ciudadano, su posición social y su capacidad productiva. Por tanto, todo lo relacionado

a la idea de la paternidad ocupaba un lugar secundario que, como veremos a continuación, fue experimentando muchísimos cambios con el pasar de los siglos.

### **1.2.2- Paternidad en la época clásica**

En la Roma clásica, la familia estaba formada por un modelo totalmente patriarcal, donde la idea de paternidad reposaba directamente en la figura del *Pater Familias* (locución latina que se traduce literalmente como “padre de familia”). En este modelo, la familia del *Pater Familias* estaba constituida por todos los bienes de su casa, más todos los parientes, amigos, allegados, adoptados, y sus descendientes, que vivieran con él, y todos los esclavos, y no todo progenitor tenía derechos de paternidad sobre su descendencia –*patria potestad*- ya que, por ejemplo, los esclavos se encontraban privados de él.

En esta época, los derechos derivados de la paternidad resultaban tan absolutamente amplios que le permitían al *Pater Familias* decidir incluso sobre la vida y muerte de sus hijos, y venderlos o abandonarlos. Y por si fuera poco, el reconocimiento de la filiación se encontraba totalmente al arbitrio del padre.

Así las cosas, podemos señalar que en esta etapa de la civilización occidental la paternidad decía mucha más relación con los derechos, beneficios –económicos incluso- y voluntad del padre, que la protección de los intereses de los hijos.

### **1.2.3.-Paternidad en la Edad Media:**

En esta época comienza a tener gran importancia el cristianismo, y con ello la institución de la paternidad y los derechos que derivan de ella se empiezan a ver limitados. La paternidad ya no depende tanto de la voluntad del padre, sino de la voluntad de Dios, y por tanto, el padre lo será sólo en la medida que se encuentre unido a la madre del hijo a través del vínculo sagrado del matrimonio. Los hijos nacidos fuera de éste, aun mediando vínculo de sangre, comenzaron a ser tratados como simples bastardos que no pertenecían a ninguna familia<sup>8</sup>

Luego, en la baja Edad Media, la realidad de la familia se debe tratar por separado, según cada estrato social:

---

<sup>8</sup> No puedo dejar de hacer presente que en Chile, dicha distinción entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio se mantuvo hasta hace apenas quince años atrás, momento en que la Ley N° 19.585 estableció la igualdad entre todos los hijos, para efectos de filiación y de derechos sucesorios, dejando sin efecto la clasificación entre hijos legítimos, ilegítimos y naturales, que regía desde la dictación del Código Civil.

- En la aristocracia, el noble no se hacía cargo de la crianza y educación de sus hijos, sino que dicha tarea era confiada a maestros y educadores especiales. El noble sólo los conocía cuando éstos ya tenían 15-16 años;
- En la familia rural, la descendencia era abundante. El niño era un bien que había que proteger, pero cuando la descendencia era muy numerosa el infanticidio ocurría con frecuencia, y la violencia paterna formaba parte de la vida cotidiana<sup>9</sup>.

Finalmente, cabe señalar que sólo con el surgimiento de la burguesía empieza a cambiar este modelo de paternidad, pues aquí el padre sí empieza a compartir tiempo con sus hijos, y les transmite un oficio u ocupación (como, por ejemplo, comerciante, artesano, etc.). Aún así, le estaba vedado expresar sus sentimientos respecto de sus hijos, porque la ternura era vista como signo de vulnerabilidad o debilidad.

---

<sup>9</sup> Al respecto, resulta sumamente pertinente analizar el aparentemente inofensivo e infantil cuento de Perrault, “Pulgarcito”, reflejo de la realidad rural de la época. En él, una pareja de leñadores tiene 7 hijos, siendo Pulgarcito el menor de ellos, y debido a la mala situación económica de los padres, es que éstos se ven obligados a dejar abandonados a sus hijos en medio del bosque. En principio encuentran el camino de vuelta, pues Pulgarcito fue dejando piedras blancas en el camino, y regresan a vivir todos juntos como familia. Pero la situación económica vuelve a empeorar y los padres nuevamente deciden abandonar a sus hijos en el bosque. Esta vez, Pulgarcito sólo había dejado migajas en el camino, pero éstas habían sido devoradas por los pájaros, por lo que resultan realmente perdidos.



#### **1.2.4.-Paternidad en la edad moderna:**

Con la abolición de la monarquía absoluta, en virtud de la Revolución Francesa, se instaló el paradigma de la igualdad entre los hombres y se dictaron leyes que limitaron el poder que éstos ejercían casi de manera absoluta sobre sus hijos.

A su vez, gracias a los avances de la pediatría infantil, comienza a cambiar la forma en que se concibe la infancia de los hijos, y, por ejemplo, los frecuentes apremios físicos que éstos recibían por parte de sus padres empiezan a disminuir, siendo paulatinamente reemplazados por otras formas de castigo.

Por todo lo anterior es que se produce un gran cambio en la forma en que los padres se relacionan con sus hijos, en general, y es aquí donde nacen por primera vez las nociones de “amor paternal y maternal”.

Sin embargo, en el siglo XIX se restaura la monarquía, y se intenta volver a fortalecer la figura del padre y su autoridad en la familia. Clara muestra de ello podemos observar en el tenor de las normas contenidas en el Código Napoleónico (base no sólo de nuestro Código Civil chileno, sino de la mayoría de los Códigos y sistemas judiciales de Europa y América),

pues en él la mujer vuelve a estar bajo la autoridad del marido, y los hijos se encuentran sumamente sometidos al padre, quien administra los bienes de éstos y les educa, controla y corrige, teniendo para ello el derecho exclusivo de castigarlos físicamente.

### **1.2.5.- Paternidad en la época contemporánea:**

Durante el siglo XX la mujer comenzó a estudiar y a salir de la casa para trabajar. El descubrimiento de los métodos anticonceptivos produjo una verdadera revolución sexual que modificó sustantivamente la relación entre el marido y su mujer, y el lugar que ésta tenía dentro de la sociedad.

Además, la ausencia del padre, con motivo de las diversas guerras del Siglo XX, implicó que la mujer adoptara una posición de mayor peso dentro la organización de la Sociedad y la familia, y su vez, que empezara a compartir las responsabilidades de corrección de la conducta y administración de los bienes respecto de los hijos, que antes poseía en exclusividad el padre, como la patria potestad, por ejemplo.

Paralelamente a ello, en la segunda mitad del Siglo XX comenzó a instalarse, a través de la psicología, la idea de que el niño necesitaba de una relación afectiva cercana con su padre para el desarrollo de su personalidad,

y así fue que, mientras, por un lado, la mujer comenzaba a participar socialmente fuera de casa, el hombre empezaba a involucrarse cada vez más dentro de ella: “El nuevo modelo de paternidad generó un incremento en la contribución del tiempo paterno dedicado al cuidado de los hijos, una mayor conciencia sobre el deseo por tener hijos y mayores expresiones de afecto y cercanía hacia éstos, pero al mismo tiempo se produjo un relajamiento de las obligaciones de protección y seguridad económica que fueron el eje del consenso normativo de la tradición moderna en torno a la paternidad”<sup>10</sup>

De esta manera, y luego de milenios de una notoria separación, las nociones de paternidad y maternidad comenzaron a mezclarse, para terminar siendo superadas, en definitiva, por el nuevo concepto de “parentalidad” (o “parenthood” en inglés), que se refería a las labores de crianza de los hijos respecto de ambos padres, indistintamente.

Finalmente, ya no sólo se habló de parentalidad a secas, sino que empezó a formarse una nueva noción al respecto: La Coparentalidad,

---

<sup>10</sup>CEPAL. 2002 “Propuesta de indicadores de paternidad responsable” [en línea][http://www.cepresi.org.ni/files/doc/1211300393\\_Propuesta%20Indicadores%20Paternidad%20Responsable..pdf](http://www.cepresi.org.ni/files/doc/1211300393_Propuesta%20Indicadores%20Paternidad%20Responsable..pdf) [consulta: Viernes 12 de Diciembre de 2014]

primero, y luego: La **Corresponsabilidad Parental**, concepto que, a continuación, analizaré en detalle.

### **1.3.- El Principio de Corresponsabilidad Parental:**

#### **1.3.1.- Concepto**

En palabras de la profesora Fabiola Lathrop<sup>11</sup>, la Corresponsabilidad Parental podría definirse como “el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos.”

En nuestro ordenamiento jurídico se incorporó primeramente, como ya mencioné, a través de la ratificación por parte de Chile en 1990 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Sin embargo, fue en virtud de la Ley N° 20.680 del año 2013 que se consagró directa y expresamente en nuestra normativa nacional, a través de la modificación del artículo N° 224 del Código Civil, que en su nueva y actual redacción señala: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de **corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o**

---

<sup>11</sup> Lathrop, Fabiola 2008. “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”. En Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri. N° 10, junio 2008 p.22.

**separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.”<sup>12</sup>**

### **1.3.2.- Elementos**

De esta última definición legal, es que se pueden extraer con facilidad los cuatro elementos que conforman el Principio de Corresponsabilidad Parental. Estos son:

a.- Las labores de crianza y educación de los hijos les corresponde a **ambos padres**:

Sobre este punto, corresponde hacer una precisión, y es que dicha tarea sólo puede recaer en ambos padres –aplicando el Principio de Corresponsabilidad Parental- cuando el hijo tiene determinada su filiación respecto de padre y madre, sea ésta matrimonial o voluntaria. En los otros casos, tal como señala el inciso segundo del artículo N° 224 del Código Civil, ya no tiene cabida el Principio en que se basa esta investigación, pues la labor de crianza y educación de los hijos recaerá sólo en el padre o madre sobreviviente, si uno de ellos ha fallecido; sólo en el padre o madre que

---

<sup>12</sup> Chile. Código Civil. Última modificación: 09 Enero 2014 Ley 20.720 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>> [consulta: 28 Noviembre 2014]

haya reconocido al hijo, en la filiación voluntaria; o en la persona que determine el juez, si ninguno de los padres ha reconocido al hijo.

b.- Las labores de crianza y educación de los hijos les corresponde a ambos padres, **vivan juntos o separados:**

Al respecto, nada mejor que atender a la voluntad expresa de nuestro legislador al momento de redactar esta norma, y que se encuentra en la historia de la Ley N° 20.680: “De acuerdo a lo dispuesto actualmente en el Código Civil, en particular, en el artículo N° 224, existe respecto a los padres un derecho-deber de crianza y educación que corresponde a ambos **por su calidad de tales**, y no por tener a su cargo el cuidado personal del hijo o hija. Por esta razón, si los padres se encuentran separados, no sólo mantiene este deber quien asume el cuidado personal, sino también a aquél que está privado de él, ya que se trata de un derecho y una responsabilidad de ambos.”<sup>13</sup>

De esta manera, si ambos padres viven juntos es claro que el Principio de Corresponsabilidad Parental pretende que ambos padres

---

<sup>13</sup> Historia de la Ley N° 20.680. 2013 Biblioteca Congreso Nacional [en línea] <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44153/7/HL20680.pdf> [consulta: Viernes 12 Diciembre 2014] p. 12

participen de la crianza y educación de los hijos, pero si éstos se encuentran separados, dicha regla no se altera, pues de otro modo no estaríamos hablando de Corresponsabilidad Parental, sino de Cuidado Personal, lo cual también se buscó aclarar en la discusión parlamentaria de esta ley.

C.- Las labores de crianza y educación de los hijos deben ejercerla ambos padres de forma **activa, equitativa y permanente**:

Tal como también se manifiesta en la historia de la Ley N° 20.680, cuando se declara que la labor debe ejercerse de forma **activa**, lo que se pretende es que ninguno de los padres del niño quede relegado de la toma de decisiones sobre éste, cual si fuera un tercero ajeno, lo que constituye actualmente una seria problemática, más aún en el caso de los padres que viven separados y en el que uno de ellos ve fuertemente limitadas sus posibilidades respecto del otro; señala, además, que deben hacerlo de manera **equitativa**, lo cual no implica necesariamente igualitarismo, sino que se debe realizar “según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales”<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> *Ibíd.*, p.43

En seguida, es importante destacar que la equidad pretendida no se alcanza a través de una suerte de repartición “más o menos pareja” de las tareas propias de la parentalidad. Y al respecto, me parecen sumamente esclarecedoras las palabras de la profesora Marcela Acuña San Martín: “El principio (de corresponsabilidad parental) significa que ambos padres se responsabilizan y participan, es decir, concurren ambos, asumen en común ciertas funciones en relación con los hijos, las de mayor impacto en su formación integral: su crianza y educación. Las expresiones distribución o reparto que emplean algunas definiciones, por muy equitativo que sea, choca frontalmente con lo que se quiere comunicar, pues en realidad si los padres se reparten las funciones y uno se ocupa de la crianza habitual y otro de los esparcimientos, uno de los gastos y otro de la gestión, uno del cuidado diario y otro del cuidado ocasional, realmente no hay corresponsabilidad en los términos de la Ley.”<sup>15</sup>

Sobre este elemento, finalmente, el Principio de Corresponsabilidad Parental exige que las labores de crianza y educación de los hijos, que

---

<sup>15</sup> ACUÑA, Marcela. 2013 “El principio de Corresponsabilidad Parental” [en línea]<[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071897532013000200002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071897532013000200002&script=sci_arttext)> [consulta: 07 de Noviembre de 2014]



recaen en ambos padres, y se deben llevar activa y equitativamente, se realicen también de forma **permanente**, lo que no implica otra cosa, sino que deben hacerse durante toda la vida del hijo.

D.- La Corresponsabilidad Parental dice relación con la crianza y educación de los hijos, en sentido amplio.

Respecto de este último elemento, cabe hacer presente que, según consta también en la historia de la Ley N°20.680, una cabal aplicación del principio de Corresponsabilidad Parental requiere que ambos padres, independientemente de la situación en la que se encuentren entre ellos, participen de la toma de decisiones respecto de los hijos comunes en “(...) materias tales como la educación, la crianza, el cuidado de la salud, el credo que profesarán, etc., además de aspectos como la convivencia, la atención diaria y la contención afectiva.”<sup>16</sup> Es decir, no se refiere sólo a la toma de decisiones más importantes, sino también a las cotidianas, y no sólo a aspectos patrimoniales, sino también afectivos.

---

<sup>16</sup> Historia de la Ley N° 20.680. Óp. Cit. p. 330

### **1.3.3.- Antecedentes históricos internacionales de la consagración del Principio de Corresponsabilidad Parental:**

Tal como señalé en el apartado sobre la evolución de la paternidad, no fue sino hasta el siglo XX, y luego de un largo proceso, que terminó de instalarse la idea de que los padres y las madres debían involucrarse activa y equitativamente en las tareas de crianza y educación de los hijos. Por tanto, la noción de Corresponsabilidad Parental es reciente.

Puedo decir, sin embargo, que a pesar de no estar explícitamente expresado como concepto y principio, ya podemos considerar como antecedentes de su consagración lo declarado en un primer grupo de tratados internacionales de segunda mitad de siglo XX, ratificados por Chile, por lo demás, tales como la **Declaración Universal de Derechos Humanos** (10 Diciembre de 1948), la cual, concebida como un compromiso internacional de nunca más repetir las atrocidades cometidas a propósito de la Segunda Guerra Mundial, señaló sobre la familia lo siguiente: “Artículo 16: Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de

**iguales derechos** en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio;”<sup>17</sup>; Misma idea encontramos en el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (16 Diciembre de 1966), que en su artículo 23, número 4 declara: “Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.”<sup>18</sup>

Por último, cabe mencionar que en la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, conocida comúnmente como “Pacto de San José” (22 de Noviembre de 1969), se señala una vez más la misma idea: “Artículo 17 - 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones

---

<sup>17</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948 [en línea] <http://www.un.org/es/documents/udhr/> [consulta: Viernes 12 Diciembre 2014]

<sup>18</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966 [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15551> [consulta: Viernes 12 Diciembre 2014]

que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.”<sup>19</sup>

Ahora, como bien señala nuevamente la profesora Marcela Acuña, a pesar de que estos tres tratados no incorporan literalmente la noción de “corresponsabilidad”, sí señalan la necesidad de que exista igualdad de derechos y responsabilidades respecto del matrimonio, y “(...) por tanto, cuando se habla de las responsabilidades de los cónyuges no puede pensarse solo en aquellas que los vinculan recíprocamente, sino también en aquellas responsabilidades que los unen a sus hijos aún después de la disolución del matrimonio.”<sup>20</sup>

Por tanto, podemos concluir que estos primeros tratados internacionales constituyen los pilares iniciales desde donde se edificó la idea del Principio de Corresponsabilidad Parental y desde donde se comenzó a implementar en el ordenamiento jurídico internacional, en un inicio, pero finalmente también en el caso chileno, pues todos estos tratados fueron considerados e invocados expresamente en la discusión

---

<sup>19</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969 [en línea] [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm) [consulta: Viernes 12 Diciembre 2014]

<sup>20</sup> ACUÑA, Marcela. 2013 “El principio de Corresponsabilidad Parental” Óp. Cit.

parlamentaria de la redacción y aprobación de la que sería, a posteriori, la Ley N° 20.680, según consta su historia, ya referida.

#### 1.3.3.1.- La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (18 de diciembre de 1979).

En una segunda etapa, podemos observar que el Principio de Corresponsabilidad Parental comenzó a ser abordado de manera más precisa y completa en los nuevos tratados internacionales que se iban generando, y al respecto, pienso que uno de los mayores aportes fue el realizado por esta Convención, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, del año 1979.

Lo anterior, no sólo por su articulado, sino porque en su introducción quedó explícitamente señalado que "(...) “para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional, tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”. En consecuencia, los Estados Partes están obligados a coadyuvar a la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres para eliminar “los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o

superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres" (artículo 5). El artículo 10 c) estipula la modificación de los libros, programas escolares y métodos de enseñanza para eliminar los conceptos estereotipados en la esfera de la educación. Por último, todas las disposiciones de la Convención que afirman la **igualdad de responsabilidades de ambos sexos en la vida familiar** e iguales derechos con respecto a la educación y al empleo atacan enérgicamente los patrones culturales que definen el ámbito público como un mundo masculino y la esfera doméstica como el dominio de la mujer.<sup>21</sup>

Ahora, en específico, pienso que el artículo de dicho tratado que más dice relación con el Principio de Corresponsabilidad Parental es el número 16, letra d, el cual señala que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de **igualdad entre hombres y mujeres:**

---

<sup>21</sup> Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. 1979 [en línea] <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm> > [consulta: 07 de Noviembre de 2014]

d.- **Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores**, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;<sup>22</sup>

Bien puede sostenerse que este tratado, ratificado por Chile y por tanto integrado a nuestro ordenamiento jurídico, resultó de gran importancia para efectos de la aprobación de la Ley N° 20.680, pues en él se incluyeron no sólo declaraciones de mera voluntad y buenas intenciones, sino mandatos expresos para que los Estados suscritos adoptaran medidas tendientes a establecer igualdad entre hombres y mujeres en los derechos y responsabilidades derivados de la parentalidad.

#### 1.3.3.2.- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Diez años más tarde, el día 20 de Noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó este tratado internacional –que Chile ratifica en el año 1990-, el cual tiene como gran novedad, para efectos de esta investigación, que por primera vez se establece **expresamente** el Principio de Corresponsabilidad Parental, al señalar en su artículo N°18

---

<sup>22</sup> *Ibídem.*

que: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del **principio en que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño.** Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será **el interés superior del niño.**”<sup>23</sup>

Es importante destacar que esta Convención, junto con el mandato a los Estados Partes que lleva consigo, se constituyó expresamente como uno de los fundamentos principales de la presentación del proyecto de ley que terminaría decantando en la Ley N°20.680, a saber: “La moción boletín N° 7007-18, que introduce modificaciones en el Código Civil, en relación al cuidado personal de los hijos, fundamenta la iniciativa, recordando que las disposiciones pertinentes del Código Civil, en especial, su artículo 224, establecen el derecho – deber de los padres de crianza y educación de los hijos por su calidad de tales y no por tener a su cargo el cuidado personal de los mismos, por lo que en caso de separación, no sólo mantiene este deber

---

<sup>23</sup> Convención Internacional sobre Derechos del Niño de 1989. [en línea] <<http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Texto-Oficial-de-la-Convencion> > [consulta: 07 de Noviembre de 2014]



aquél de los dos que asume el cuidado personal sino también el que es privado de él. Lo anterior guardaría relación con la Convención de los Derechos del Niño, la que en su artículo 18 señala que los Estados deberán poner su máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño, siendo su preocupación fundamental el interés superior del menor”.<sup>24</sup>

Además, tal como se mencionó al inicio de esta investigación, a partir de la ratificación por parte del Estado de Chile de este tratado internacional en particular, es decir, desde el año 1990, y considerando lo establecido en el ya mencionado inciso segundo del artículo N° 5 de nuestra Constitución Política de la República, es que podemos considerar incorporado a nuestra legislación el Principio de Corresponsabilidad Parental propiamente tal.

#### 1.3.3.3.- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do para"

Finalmente, dentro de los tratados internacionales que sirvieron de base para la dictación de la Ley N° 20.680 y, por tanto, para la consagración

---

<sup>24</sup> Historia de la Ley N° 20.680. Óp. Cit. p.156

expresa y directa del Principio de Corresponsabilidad Parental en nuestra legislación nacional, no puedo dejar de mencionar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Este instrumento, aprobado el día 9 de Junio del año 1994, y con vigencia en Chile desde el año 1996, si bien no se refiere específicamente a la Corresponsabilidad Parental como principio regulador en materia de educación y crianza de los hijos, sí busca que Los Estados Partes adopten, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para “ (...) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer”<sup>25</sup>

Y con la dictación de la Ley N° 20.680, justamente se recogió dicho mandato y avanzó sustancialmente en la superación de los roles de géneros

---

<sup>25</sup> Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. 1994. Artículo 8, letra b. [en línea] <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html> [consulta: Viernes 12 Diciembre 2014]

ya tratados, que mantenían al padre como proveedor y jefe, y a la madre como encargada de los cuidados de los hijos, para dar paso a un nuevo paradigma de igualdad, en el que lo fundamental es el interés superior de estos últimos.

### **1.3.4 Antecedentes nacionales:**

#### **1.3.4.1.- Código Civil:**

Al momento de la dictación del Código Civil chileno, en 1855, las normas sobre relaciones entre padres e hijos se agruparon bajo la institución de la Patria Potestad, que siguiendo la tradición del derecho romano, otorgaba grandes facultades al padre en materias de administración de patrimonio de los hijos, de representación de los mismos y hasta de castigos a los que éstos podían ser sometidos. Sin embargo, resulta interesante observar que ante la separación de los padres, eran la edad y el género de los hijos menores de edad los factores que determinaban legalmente a quién correspondía su cuidado personal, a saber: Las niñas, sin distinción de edad, quedaban al cuidado de la madre, al igual que los niños menores de 5 años. Y al padre le correspondía el cuidado de los hijos varones mayores de 5 años.

Sin embargo, dicho criterio fue modificado en virtud de las leyes N° 5.680, de 1935, y N°10.271, de 1952, las cuales mantuvieron la regla general, pero aumentaron el límite de edad de los niños varones primero a 10 años y luego a 14;<sup>2627</sup>

Finalmente, la ley N° 18.802, de 1989, eliminó la distinción referida y estableció como regla general que, si los padres viven separados, el cuidado de todos los hijos menores de edad correspondía a la madre, reafirmando así la realidad social y estereotipos imperantes, en los que las tareas relacionadas con la crianza y educación de los hijos correspondían a ésta.<sup>28</sup>

El único “peldaño”, por tanto, entre la reforma de la Ley N°20.680 y el contenido de la norma referida en el párrafo anterior, estaría constituido por la Ley N° 19.585, de 1998, que, si bien mantuvo el criterio de 1989, innovó al permitir que la madre y el padre pudieran pactar libre y

---

<sup>26</sup> Ley N° 5.680 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=185966>> [consulta: 15 Enero 2015]

<sup>27</sup> Ley N° 10.271 [en línea]<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=26332>> [consulta: 15 Enero 2015]

<sup>28</sup> Ley N° 18.802 [en línea]<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30179>> [consulta: 15 Enero 2015]

voluntariamente, que uno o más de los hijos quedaran bajo el cuidado del padre.<sup>29</sup>

La ley “Amor de Papá”, entonces, fue la primera manifestación en toda nuestra historia legislativa civil, de formas de cuidado personal de los hijos no unilaterales, en caso de separación de los padres.

#### **1.3.4.2.- Código del Trabajo:**

La evolución de esta materia en sede laboral será abordada en el segundo capítulo de esta investigación, al momento de tratar en particular los diversos derechos sobre parentalidad que se incluyen en el Código del Trabajo.

#### **1.3.5.- Fundamentos del Principio de la Corresponsabilidad Parental**

##### **1.3.5.1 La Igualdad de Género:**

El principio de la igualdad de género, según definición de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), “implica que todos los seres humanos, tanto hombres como mujeres, tienen la libertad para desarrollar

---

<sup>29</sup> Ley N° 19.585 [en línea]<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=126366>> [consulta: 15 Enero 2015]

sus habilidades personales y para hacer elecciones sin estar limitados por estereotipos, roles de género rígidos, o prejuicios. Comprende la igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades de mujeres y hombres, niñas y niños, para lo cual deben considerarse los intereses, aspiraciones y necesidades específicas de las mujeres y de los hombres, siendo valoradas y favorecidas de la misma manera.”<sup>30</sup>

Como podemos ver, esta definición contiene grandes componentes de “neutralidad” respecto de quiénes serían titulares de los derechos derivados de la igualdad de género –ella señala que es para “hombres y mujeres, niñas y niños”-. Sin embargo, lo cierto es que ella se encuentra redactada a propósito de un artículo llamado “Derechos de las Mujeres e Igualdad de Género”, y no “Derechos de las Mujeres, de los Hombres, de las Niñas y Niños e Igualdad de Género”.

Misma idea se repite respecto de las consideraciones preliminares de un importantísimo tratado internacional del año 1979, los cuales se refieren todos a la igualdad de género, mas están establecidos en un instrumento llamado “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de

---

<sup>30</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 2012 “Derechos de las Mujeres e Igualdad de Género” [en línea] <<http://www.onu.cl/onu/derechos-de-las-mujeres-y-equidad-de-genero/>> [consulta: 17 Diciembre de 2014]

Discriminación **contra la Mujer**”, tratado al que ya me he referido con anterioridad.<sup>31</sup>

Todo lo anterior no hace sino constatar una realidad material, que va más allá de la definición entregada por la ONU, y de cualquier otra que exista, en verdad: El Principio de La Igualdad de Género ha sido históricamente una bandera de lucha de las mujeres, creado a propósito de ellas y de sus propias aspiraciones. Y ello resulta del todo lógico, pues dada la supremacía masculina presente en nuestra civilización desde la antigüedad, fue la mujer quien debió luchar por ser tratada en igualdad de

---

<sup>31</sup> Dicha Convención señala : “Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos del hombre y la mujer,

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo,

Considerando que los Estados Partes en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos tienen la obligación de garantizar al hombre y la mujer la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos,

Teniendo en cuenta las convenciones internacionales concertadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer,

Teniendo en cuenta asimismo las resoluciones, declaraciones y recomendaciones aprobadas por las Naciones Unidas y los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, (...)”

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. 1979 Óp. Cit.

condiciones; por alcanzar los mismos derechos civiles y políticos; por lograr su autonomía económica, la sexual y reproductiva; por acceder en igualdad de condiciones al mercado laboral, etc., y no así el hombre.

Por ello también es que, cuando hablamos de la igualdad de género como fundamento de la Corresponsabilidad Parental, lo podemos hacer –en principio- desde esta visión histórica-clásica y, a mi modo de ver, parcial de ella. Así, que ambos progenitores “participen activa, equitativa y permanentemente en las tareas de crianza y educación de los hijos” se constituiría como una herramienta en favor de la mujer, la cual buscaría romper el paradigma social en el que se le entrega a ella la exclusividad de responsabilidades domésticas y de crianza de los hijos, haciendo que los padres también se incorporen a dichas esferas, permitiendo a la vez que las mujeres puedan desempeñarse con mayor facilidad a las actividades remuneradas fuera de la casa, y a la vida pública en general, etc.

Sin embargo, lo realmente interesante de considerar como fundamento de la Corresponsabilidad Parental a la Igualdad de Género, dice relación con la verdadera vuelta de tuerca que ella da en este escenario, a través de su consideración en el sentido pleno de la expresión, pues aquí la



igualdad de género ya no sólo apunta a los intereses propios de la mujer, sino que también se constituye como parte del discurso de mi propio género en su pretensión de incorporarse a las labores de crianza y educación de los hijos.

De hecho, basados justamente en la igualdad de género y su protección constitucional en virtud del artículo 19 N°2<sup>32</sup> fue que la agrupación “Amor de Papá” solicitó al Tribunal Constitucional de nuestro país, en el año 2009, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo N° 225 del Código Civil, citado anteriormente, respecto de la regla que entregaba a las madres, por defecto, el cuidado personal de los hijos en el caso de separación entre ésta y el padre.

Misma idea pudo recoger con precisión la autora Manuela Ximena Cisternas Gasset (2010) en su tesis “Discursos de Género en la agrupación Amor de Papá”. Según ella pudo observar en sus entrevistas, “Esta situación transversal a los miembros de la Agrupación los lleva a creer que las mujeres como grupo se encuentran privilegiadas en la sociedad en todo

---

<sup>32</sup> “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:  
2°.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.  
Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;”  
Constitución Política de la República de 1980. Óp. Cit.

sentido. La reivindicación femenina de sus derechos en la sociedad es una batalla hace mucho tiempo ganada con creces, en desmedro de los varones. Varios de los entrevistados consideran que efectivamente existe una **desigualdad de género en la sociedad, pero que ahora los perjudicados son los hombres.**<sup>33</sup>

Y, a mayor abundamiento, expone parte de lo declarado por uno de los entrevistados al respecto: “(...) con plata de todos los chilenos se pagan comerciales en televisión, gastan una millonada, donde ponen una modelo ahí disfrazada de hombre que se está sacando todo, y cuál es el mensaje, el mensaje es, no discriminemos a la mujer en lo laboral’, ¿se fijan? No discriminemos a la mujer en el tema de los sueldos. O sea, estamos todos de acuerdo con eso, te fijas, porque tiene que ver con la igualdad de género. Nosotros partimos de que la ley debe ser entre iguales, pero el problema es ese, que están gastando plata de todos los chilenos, el Sernam, donde las mujeres ganan una cantidad de plata justamente por promover la igualdad. Pero estamos promoviendo igualdad en un aspecto y no lo estamos promoviendo en otro, como, no eso sí pero aquí no porque a mí no me

---

<sup>33</sup> CISTERNAS GASSET, Manuela Ximena. 2010. Discursos de Género en la Agrupación “Amor de Papá”. Tesis para optar al título de Antropóloga Social. Universidad de Chile. Santiago de Chile [en línea] [http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2010/cs-cisternas\\_m/pdfAmont/cs-cisternas\\_m.pdf](http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2010/cs-cisternas_m/pdfAmont/cs-cisternas_m.pdf) [Consulta: 17 de Diciembre de 2014]

conviene la igualdad. (V.M)”<sup>34</sup>

De hecho, la propia moción parlamentaria que terminaría convirtiéndose la Ley N° 20.680, señaló entre los fundamentos de su presentación, que el esquema existente en materia civil “resulta discriminatorio en relación a los padres, atenta contra el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República y no sigue el principio rector en esta materia, que es el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. En la doctrina chilena, hay quienes han avizorado una posible inconstitucionalidad en esta disposición, justamente por vulnerar el principio de igualdad y establecer una discriminación en contra del padre.”<sup>35</sup>

Así las cosas, la igualdad de género como fundamento del Principio de Corresponsabilidad Parental, ya no sólo vela por la no discriminación hacia la mujer, sino que pretende reconocer la existencia de unas mismas aptitudes entre padres y madres para asumir las tareas de crianza y educación de los hijos, y además, “contribuiría a desterrar la asignación de los roles que tradicionalmente le son asignados a hombres y mujeres: de

---

<sup>34</sup> *Ibíd*em

<sup>35</sup> Historia de la Ley N° 20.680. Óp. Cit. p. 32

provisión y seguridad económica, y el cumplimiento de labores domésticas, respectivamente.”<sup>36</sup>

### **1.3.5.2.- El interés superior del niño**

Al momento de iniciar esta investigación, es decir, cuando sólo me había interesado por la temática, mas aún no había comenzado a leer en profundidad sobre ella, tenía la idea de que el principal argumento en favor de la Corresponsabilidad Parental era el expuesto en el punto anterior, es decir, la necesidad otorgar a mi género igualdad de condiciones y derechos respecto de las mujeres, en materia de derechos derivados de la parentalidad (y veía la misma necesidad respecto de los derechos sexuales y reproductivos en general, como en el caso de la regulación del aborto y de las técnicas de fertilización asistida –en especial el arrendamiento de útero, que no se encuentra regulado en Chile-).

Sin embargo, bastó con adentrarme un poco en esta problemática para entender que, sin perjuicio de la importancia de la igualdad de género, ya expuesta en el apartado anterior, el verdadero pilar sobre el cual se sostiene

---

<sup>36</sup> LATHROP, Fabiola. 2007 “Custodia compartida de los hijos e igualdad material entre progenitores” En publicación Igualdad ¿para qué?: a propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres / coord. por Ángela Figueruelo Burrieza, María Luisa Ibáñez Martínez, Rosa María Merino Hernández. Granada, España. P.257

la necesidad de que ambos padres participen activa, equitativa y permanentemente en las labores de crianza y educación de los hijos, no dice relación con las aspiraciones de género de los primeros, **sino con el interés superior de los segundos.**

Afortunadamente, los legisladores que regularon la materia sí tuvieron dicha claridad, tanto en materia internacional como dentro de Chile.

Respecto del primer ámbito, vuelvo a hacer presente lo ya expuesto en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que en su artículo 18 número 1 establece que: "Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. **Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.**"<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Convención Internacional sobre Derechos del Niño. Óp. Cit.

Misma idea se repite en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, específicamente en su artículo 16, letra d, a saber: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

d.- Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; **en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;**”<sup>38</sup>

Ahora, en materia nacional, cabe señalar que ya desde la aprobación de la Nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley N° 19.947) se estableció la importancia de proteger el interés superior de los hijos, por ejemplo, al señalar en el artículo N° 55, inciso segundo que: “En este caso, (divorcio de común acuerdo) los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21 (derecho de alimentos,

---

<sup>38</sup> Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Óp. Cit

relación directa y regular y cuidado personal). **Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos**, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita.”

Y, por último, resta señalar que en la historia de la Ley N° 20.680 quedó explícitamente establecido que este principio sería la guía principal de la reforma, agregando además que: “El interés superior del niño debe inspirar nuestra normativa, las decisiones judiciales, el trabajo de los especialistas, el desempeño de los padres en su rol. Los niños no son botines de guerra, son personas respecto de las cuales la sociedad toda tiene una responsabilidad de garantizarles un adecuado desarrollo mental, emocional, afectivo y psíquico.”

Así, la aplicación efectiva del Principio de Corresponsabilidad Parental viene a constituirse como una gran herramienta para garantizar dicho desarrollo, y proteger los intereses de los niños, toda vez que pretende que ambos padres participen de esta labor, de manera activa y equitativa, rompiendo así con el modelo actual, donde prevalece la existencia de un progenitor principal y uno que se podría denominar “satélite”, situación

que se ve sumamente agudizada ante la separación entre ellos, pues en dicho escenario la regla general es que uno de los padres vea limitada su relación presencial con el hijo a dos reuniones cada mes (y a eso se le llama “Relación Directa y Regular”), todo lo anterior sin considerar los altos índices de Síndrome de Alienación Parental presente en estos casos, que vulneran aún más el derecho de todo niño de permanecer junto a sus padres, y ser criado bajo el alero de los dos.

#### **1.4.- Conclusión del Capítulo**

Habiendo hecho ya el recorrido por la evolución jurídica de la noción de la paternidad, a través de la historia, pudimos constatar cómo es que dicha institución pasó de centrarse en las potestades del padre y su voluntad, a enfocarse ahora en el interés superior de los niños; y a la vez, cómo fue que estos últimos pasaron de ser un bien patrimonial, casi un “activo económico”, a verdaderos sujetos de derechos, destinatarios además del afecto y preocupación por parte de sus progenitores.

En segundo lugar, logramos determinar cómo fue que, desde la segunda mitad del siglo XX, y tanto en materia nacional, como internacional, el derecho comenzó a incorporar cada vez más al padre en las



labores de crianza y educación de los hijos, para finalmente llegar al establecimiento del Principio de Corresponsabilidad Parental, que en Chile logró consagración expresa a través de la Ley N° 20680 del año 2013.

Por último, a través de su análisis en particular, logré demostrar cómo es que este Principio se ha venido a constituir como un **necesario garante** de la protección efectiva del interés superior de los niños; también, como una herramienta de fomento a la No Discriminación contra la Mujer (igualdad de género en su favor) , quien todavía sigue estando encasillada dentro de las labores de casa y crianza de los hijos, lo que a su vez dificulta sus posibilidades de ingreso al mercado laboral y a las otras formas de participación dentro de la sociedad, como la política y el ocio; y por último, como un avance sustantivo a la igualdad de género, pero ahora respecto de los derechos de los hombres que son padres, permitiéndoles hacer efectivas sus cada vez mayores aspiraciones de incorporarse a dichas tareas de crianza y educación de los hijos.

Así, queda totalmente al descubierto la necesidad de que el Principio de Corresponsabilidad Parental alcance una aplicación efectiva en nuestra legislación, problemática que será abordada a continuación.

## **CAPÍTULO 2: LA INFLUENCIA DE LA NORMATIVA LABORAL EN LA EFECTIVIDAD DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD EN CHILE.**

### **2.1.- Introducción al capítulo:**

Una de las nociones básicas del derecho, cuando hablamos de la creación de normas jurídicas, dice relación con la necesaria sistematización que debe existir entre ellas y el resto del ordenamiento jurídico ya imperante. Si no se observa dicha regla, tarde o temprano se producirá una colisión entre las normas y éstas se verán impedidas de producir los efectos esperados, o al menos estos últimos se verán fuertemente disminuidos.

En ese sentido, justificada ya la necesidad de que el recientemente consagrado Principio de Corresponsabilidad Parental sea aplicado de forma **efectiva** en nuestra legislación, es que este segundo capítulo de la investigación buscaré responder la siguiente pregunta: ¿Cómo es que la normativa laboral chilena actual determina dicha efectividad, al regular materias relativas a la parentalidad, en el caso de padres trabajadores, que constituyen casi la totalidad de los casos en nuestro país?

## **2.2.- La Conciliación de la vida familiar y laboral y su regulación internacional a través de las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo. El Convenio N°3 de 1919.**

Como ya señalé anteriormente, el paulatino incremento de la incorporación de la mujer al mundo del trabajo fuera de casa, desde mediados del siglo XX, trajo consigo el quiebre de paradigma sobre roles de género dentro de la familia, y fomentó el ingreso de los hombres a las tareas de cuidado de la casa y de los hijos. En seguida, determinó la creación de normas jurídicas en sede civil que apuntaran a la igualdad de género, al interés superior de los hijos y, posteriormente, a la corresponsabilidad parental.

Sin embargo, la mujer, a pesar de incorporarse al mundo del trabajo remunerado, no dejó de hacerse cargo de las responsabilidades al interior de la casa y de la crianza y educación de los hijos, y por lo tanto, adicionalmente, hubo que legislar en sede laboral para armonizar dichas esferas del trabajo y la familia. Así fue que debieron surgir todo un nuevo conjunto de normas, agrupadas bajo el principio de “Protección de la maternidad”, el cual, con el pasar de los años se extendió y pasó a llamarse **“Conciliación de la vida familiar y la actividad laboral”**.

Al respecto, es sumamente importante destacar el rol que jugó la Organización Internacional del Trabajo –en adelante, OIT-, incluso desde el mismo año de su conformación, en 1919. En efecto, durante la primera reunión de su máximo órgano, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en Noviembre de dicho año, se elaboró el Convenio N° 3, sobre Protección de la Maternidad, el cual estableció normas sobre pre y post natal para la mujer, de 6 semanas cada uno; fuero maternal durante dichos períodos de tiempo, y durante el que se adicionare debido a alguna enfermedad que haya sobrevenido a causa del embarazo o del parto; la necesidad de que ella y el hijo recibieran prestaciones económicas suficientes para mantenerse ambos en buenas condiciones de higiene, y el derecho a que ella sea asistida gratuitamente por un médico o una comadrona.<sup>39</sup>

Dicho tratado, que en absoluto consideró al padre como sujeto de derechos, fue ratificado por 34 países, entre ellos Chile, este último en el año 1925.

---

<sup>39</sup> Convenio N° 3 OIT Sobre Protección de la Maternidad. Año 1919 [en línea] <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312148](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312148)> [consulta: 14 Enero 2015]

### **2.2.1 Convenio N° 103 de 1952**

Posteriormente, en el año 1952, la OIT revisó el Convenio sobre Protección de la Maternidad ya mencionado, y elaboró una versión actualizada del mismo. Así fue que surgió el Convenio N° 103, el cual fue ratificado esta vez por 41 naciones, entre ellas nuevamente Chile, pero este último sólo en 1994.

A mi modo de ver, lo que buscó principalmente esta revisión del Convenio sobre Protección de la Maternidad fue flexibilizar los derechos contenidos en él, a fin de poder alcanzar un mayor número de ratificaciones y mejores posibilidades de armonización entre él y las respectivas legislaciones nacionales laborales de la época. Lo anterior, a modo de ejemplo, porque si en el Convenio original de 1919 se establecían, a favor de la mujer, 6 semanas de permiso prenatal, y 6 semanas de permiso postnatal, en la revisión de 1952 se estableció que el permiso “por maternidad” sería de 12 semanas en total, a secas; si en el Convenio de 1919 se otorgaba a las mujeres un permiso de dos medias horas diarias para amamantamiento de los hijos, ahora en 1952 se determinó la necesidad de otorgar dichos permisos, pero dejando a la legislación laboral de cada nación la determinación de la duración de éstos (aunque se explicitó que

dichos permisos debían ser considerados como horas de trabajo); Si bien se mantuvo la necesidad de otorgar prestaciones económicas a las madres, se explicitó que en ningún caso estaría el empleador personalmente obligado a costearlas, respecto de las mujeres que él empleara; etc.

Con todo, y a pesar de que nuevamente no se consideró al padre como sujeto de derechos, ni menos se esbozó alguna idea de Corresponsabilidad Parental, bien podemos considerar como avances de esta revisión de 1952 las aclaraciones sobre qué mujeres serían sujetos de estos derechos, al regular más extensamente los tipos de empresas sujetas al Convenio; las mayores especificaciones sobre el derecho a recibir prestaciones económicas y de salud, y la explicitación de la extensión de los permisos de prenatal y postnatal, derivados de enfermedades acaecidas durante el embarazo y el parto, respectivamente.<sup>40</sup>

### **2.2.2. La Recomendación N° 123 del año 1965 sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares.**

Pese a no ser un Convenio propiamente tal, me parece del todo necesario considerar en esta revisión internacional histórica a esta

---

<sup>40</sup> Convenio N° 103 OIT Sobre Protección de la Maternidad (Revisado). Año 1952 [en línea] <  
[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312248:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312248:NO)> [consulta: 14 Enero 2015]

Recomendación de la OIT. Dictada en el año 1965 y también enfocada en las mujeres trabajadoras, dejó esta vez de limitarse a regular la Conciliación entre la vida familiar y laboral en los momentos inmediatamente anteriores y posteriores al parto de los hijos, y ahora se centró en las problemáticas generales de las mujeres trabajadores con responsabilidades familiares. Así, por ejemplo, recomendó a las autoridades competentes de cada nación “(a) llevar a cabo una política adecuada con miras a hacer posible que las mujeres con responsabilidades familiares que trabajan fuera de su hogar puedan ejercer su derecho a hacerlo sin verse expuestas a discriminación (...); “fomentar una más amplia comprensión pública de los problemas de esas trabajadoras, a fin de desarrollar una política de la comunidad y una corriente de opinión que contribuyan a ayudarlas a atender sus responsabilidades familiares y profesionales.” y “fomentar que, en la medida en que fuere necesario, se preste atención a los problemas que se plantean a las trabajadoras con responsabilidades familiares, con objeto de ayudarlas a integrarse efectivamente y con igualdad de derechos en la fuerza de trabajo;”.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Recomendación N° 123 OIT Sobre el Empleo de Mujeres con Responsabilidades Familiares. Año 1965 [en línea]

Si bien es cierto que hasta aquí todavía no hemos visto considerado el Principio de Corresponsabilidad Parental propiamente tal, a través de la Recomendación N° 165 de la OIT ya podemos ver edificados dos de los tres pilares que, según establecí en el capítulo anterior de esta investigación, lo sustentan, a saber: El interés superior de los hijos, que ya estaba protegido con los Convenios N° 3 y 103 al momento de proteger el embarazo, el parto y el amamantamiento, pero ahora también el Principio de No Discriminación contra la mujer, en virtud de la Igualdad de Género. El tercero restante- la igualdad de derechos para el padre- vendría a ser considerado por la OIT recién en la década de los 80', tal como expondré a continuación.

### **2.2.3.- Convenio N° 156 sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares de 1981.**

Este Convenio, adoptado el día 21 de Junio de 1981, y ratificado por Chile en 1994, ya adelanta en su título el cambio de enfoque respecto de los derechos derivados de la Conciliación entre la vida familiar y laboral. Si hasta ahora todos los acuerdos y recomendaciones de la OIT sobre el

---

<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312461:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312461:NO)> [consulta: 14 Enero 2015]



particular se habían enfocado en las mujeres, esta vez, en cambio, se consideró como sujetos de derechos a “los trabajadores” en general y sin distinción de género. Según consta en el Preámbulo de la Convención, lo anterior se modificó “Tomando nota de que las Naciones Unidas y otros organismos especializados también han adoptado instrumentos sobre igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres, y recordando, en particular, el párrafo decimocuarto del preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979, en el que se indica que los Estados Partes reconocen que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia;” y entre otros, “Reconociendo la necesidad de instaurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores de uno y otro sexo con responsabilidades familiares, al igual que entre éstos y los demás trabajadores;”<sup>42</sup>

Así, y salvo la salvedad ya expuesta, se repiten casi sin variaciones las directrices de la Recomendación N° 165 de 1965, respecto, por ejemplo,

---

<sup>42</sup> Convenio N° 156 OIT Sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares. Año 1981 [en línea] <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C156](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156)> [consulta: 14 Enero 2015]

“de establecer políticas nacionales que permitan a los trabajadores con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejercer su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales” (Artículo 3, n°1 de la Convención); también de “establecer políticas educacionales que permitan una mejor comprensión por parte del público del principio de la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras y acerca de los problemas de los trabajadores con responsabilidades familiares, así como una corriente de opinión favorable a la solución de esos problemas” (Artículo 6); etc.<sup>43</sup>.

Es interesante, sin embargo, que este Convenio se haya establecido de manera adicional una **garantía general de protección** de la vida familiar, al establecer en su Artículo 8 que “La responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo.”

---

<sup>43</sup> *Ibíd.*

#### **2.2.4.- Convención N° 183 sobre Protección de la Maternidad del año 2000.**

Finalmente, cabe mencionar que en el año 2000 la OIT adoptó una nueva Convención, que vino a constituirse como una revisión al Convenio sobre Protección de la Maternidad de 1952, ya analizado en esta investigación. Sin embargo, este Convenio no ha sido ratificado por Chile y por ello es que no podemos considerarlo parte de nuestra legislación.

A pesar de ello, me parece importante hacer presente que este Convenio realiza diversas innovaciones, siendo las más destacadas las siguientes:

- Que el Convenio se aplica a todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente. (artículo 2);
- Que se extiende el permiso maternal de doce a catorce semanas mínimas de duración (artículo 4);
- Que el fuero maternal, antes establecido en favor de la mujer mientras ésta se encontraba ausente de su trabajo debido al ejercicio de su permiso maternal, ahora se extiende a períodos de tiempo

posteriores a su reintegración al trabajo, a determinarse en cada país en particular; y que la carga de la prueba sobre excepciones al fuero maternal, se explicita, recaerá en el empleador (Artículo 8); y,

- Que éste no podrá solicitar certificados sobre estado de gravidez de la mujer para efectos de realizar contrataciones, salvo ciertas excepciones relacionadas con los propios intereses de salud de la mujer o del eventual hijo que esté por nacer (Artículo 9)<sup>44</sup>

### **2.3.- Las normas sobre Conciliación de la vida familiar y laboral contenidas en el Código del Trabajo chileno. Análisis en particular.**

En el caso de nuestro país, y más allá de las ratificaciones a las Convenciones de la OIT ya señaladas, podemos encontrar normas jurídicas sobre la Conciliación entre la Vida Familiar y la actividad laboral incluso desde antes de la dictación del Código del Trabajo chileno (en el año 1931), como la Ley 3.186 de 1917 sobre salas cunas, o el decreto N° 442 del año 1925, sobre post natal.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Convenio N° 183 OIT Sobre Protección de la Maternidad (Revisado). Año 2000 [en línea] <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312328:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312328:NO)> [consulta: 14 Enero 2015]

<sup>45</sup>Analizaré estas normas en detalle más adelante, cuando corresponda revisar la evolución jurídica de los derechos sobre conciliación de vida familiar y laboral en particular.

Posteriormente, con la dictación del Código, todas estas normas sobre Conciliación de la vida familiar y laboral se agruparon bajo el título “De la protección a las madres obreras”, nombre que resultaba del todo apropiado para la fecha, pues como ya se dijo a propósito de la regulación internacional también, dichos preceptos estaban pensados exclusivamente para las mujeres que seguían a cargo de la crianza de sus hijos, pero que ahora además estaban saliendo a trabajar fuera de casa. El padre aún no estaba considerado para estos efectos en absoluto, y de hecho no lo estuvo durante casi todo el siglo XX.

Es más, para efectos de dimensionar apropiadamente la ausencia de este último como sujeto de derechos sobre parentalidad en sede laboral, debería bastar con señalar que recién fue hace unos meses atrás, a través de la dictación de la Ley 20.764, promulgada en el mes de Julio de 2014, que el título II del libro segundo del Código del Trabajo dejó de llamarse “De la protección de la maternidad” y pasó a decir, en cambio, “De la protección de la maternidad, la paternidad y la vida familiar”.

A continuación, revisaré los derechos contenidos individualmente en dicho título, y el grado de armonización que tienen respecto del Principio de Corresponsabilidad Parental.

### **2.3.1 Derecho a Descanso Parental:**

El primer derecho que se encuentra consagrado en nuestra normativa laboral, dice relación con el permiso a descanso que se otorga con motivo del nacimiento de los hijos, tanto en el momento inmediatamente anterior, como posterior del mismo, y que obliga al empleador a conservar el empleo del respectivo trabajador durante todo el tiempo en que dure este derecho, que tiene el carácter de irrenunciable, por lo demás. De esta manera, podemos dividir el permiso de descanso parental en dos: Descanso Prenatal y Descanso Post Natal.

#### **2.3.1.1 Derecho a Descanso Prenatal:**

En nuestro país, la primera norma legal que contempló el derecho a descanso, aunque sólo para las madres, en el momento inmediatamente anterior al parto de los hijos, se puede encontrar en el Decreto Ley N° 442 del año 1925. En efecto, el artículo N°1 de dicho cuerpo legal señalaba al respecto que: “Las obreras, durante el período de embarazo, tendrán

derecho a un descanso que comprenderá, **cuarenta días** antes del alumbramiento”.<sup>46</sup>

Este plazo, sin embargo, fue expandido seis años después, con la dictación del Código del Trabajo, en 1931. Este último, determinado por la ratificación por parte de Chile del Convenio N°3 de la Organización Internacional del Trabajo de 1919 –ya tratada en esta investigación- estipuló en su artículo N° 309 que “Las obreras, durante el embarazo, tendrán derecho a un descanso que comprenderán **seis semanas** antes del alumbramiento”.

Adicionalmente, en el Artículo N° 313 de este cuerpo legal se estableció por primera vez el llamado “**Permiso Prenatal Prorrogado**”, en virtud del cual: “Si el parto se produjere después de las seis semanas siguientes a la fecha en que la mujer hubiere comenzado a gozar del descanso, (...), el patrón estará obligado a ampliar el plazo de descanso, siempre que se le presente, antes de expirar este plazo, un certificado médico o de matrona en que se acrediten tales hechos”<sup>47</sup>. Es decir, se

---

<sup>46</sup> Decreto Ley N°442 del año 1925 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6085>> [consulta: 14 Enero 2015]

<sup>47</sup> Chile. Código del Trabajo 1931 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=4941>> [consulta: 14 Enero 2015]

entiende como un permiso prenatal adicional para la madre, motivado por el error de previsión en el cálculo por parte del respectivo profesional de la salud que lo haya realizado, respecto de la fecha de alumbramiento de la primera.

Más de 50 años después, y en plena Dictadura Militar, se dicta en el año 1987 un nuevo Código del Trabajo, a través de la Ley N° 18.620. Éste, en materia de período de descanso prenatal, mantuvo el plazo de extensión de 6 semanas, pero expandió el universo de mujeres titulares de éste y el resto de los derechos derivados de la protección a la maternidad. En efecto, si en la versión de 1931 el Código del Trabajo concebía como sujetos de estos derechos sólo a las madres trabajadoras en establecimientos industriales y comerciales<sup>48</sup>, ahora también lo hacía respecto de las que trabajaren en establecimientos agrícolas y de extracción, hecho que constituyó un gran avance.<sup>49</sup>

Además, junto a las figuras del descanso prenatal común y del descanso prenatal prorrogado ya tratadas, en esta nueva versión del Código

---

<sup>48</sup> *Ibíd.*

<sup>49</sup> Chile. Código del Trabajo 1987 [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30011>> [consulta: 14 Enero 2015]



del Trabajo se consagró el **Descanso Prenatal Suplementario**, en los siguientes términos: “Artículo 182.- Si durante el embarazo se produjere enfermedad como consecuencia de éste, comprobada con certificado médico, la trabajadora tendrá derecho a un descanso prenatal suplementario cuya duración será fijada, en su caso, por los servicios que tengan a su cargo las atenciones médicas preventivas o curativas.” Es decir, ya no sólo se extiende el descanso prenatal por error de previsión, sino ahora también por enfermedad de la madre durante el embarazo.

Finalmente, cabe mencionar que estas tres modalidades de derecho al descanso prenatal se mantuvieron, en los mismos términos, en las sucesivas reformas al Código del Trabajo, de los años 1994 y 2003, última de las cuales se encuentra en vigor actualmente y establece dichos derechos en sus artículos N° 195 inciso primero, y N° 196 incisos primero y segundo, respectivamente.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Chile. Código del Trabajo [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207436>> [última modificación 27 Octubre 2014 Ley 20.786] [consulta: 14 Enero 2015]

## El derecho a descanso prenatal y el Principio de Corresponsabilidad Parental.

El Principio de Corresponsabilidad Parental, según ya expuse, exige una participación activa, equitativa y permanente de ambos padres en la crianza de los hijos. Entonces la pregunta que cabe hacerse ahora es ¿Desde cuándo debe considerarse que existe dicha obligación? En otras palabras, ¿Cuándo comienza la labor de crianza de los hijos? Y dados los avances de la ciencia, en especial de la medicina y la psicología, es que resulta sumamente fácil desechar la posibilidad de considerar el inicio de dicha tarea recién desde el nacimiento de los hijos, y obviar la tremenda importancia de la etapa de gestación/embarazo.

De hecho, sin ir más lejos, cabe mencionar que lo anterior resulta ser la posición que, actualmente, se defiende de manera oficial en el gobierno de Chile, tal como se extrae del contenido de diversos documentos oficiales de sus programas de salud, como aquél sobre Paternidad Activa, elaborado en el año 2011, en virtud del programa “Chile crece contigo”, y que señala: “El vínculo del padre con sus hijos e hijas comienza a formarse desde la gestación. Experiencias como la participación en los controles, talleres

prenatales y ecografías refuerzan la construcción de este vínculo.”; “Lo que más necesita tu hijo(a) en esta etapa, es que la mamá tenga alimentación sana, esté en ambientes libres del humo del tabaco, sin consumo de alcohol, sin estrés y con buen trato.”<sup>51</sup> Y la misma idea se repite en documentos oficiales elaborados por la UNICEF, como es el caso de la Campaña de Paternidad Activa para Chile del año 2014<sup>52</sup>

Sin embargo, como acabamos de revisar, el derecho a descanso prenatal chileno, en cualquiera de sus formas, sólo se establece en favor de la madre, y en ningún caso otorga posibilidades al otro progenitor de realizar una labor activa, menos aún, **equitativa**, respecto de la crianza de los hijos en esta etapa, por lo que podemos concluir que estas normas se encuentran en claro conflicto con el Principio de Corresponsabilidad Parental e impiden su totalmente su eficacia en la etapa anterior al nacimiento de los hijos.

---

<sup>51</sup> Programa Chile Crece Contigo. 2011 [en línea] < <http://www.crececontigo.gob.cl/2011/desarrollo-infantil/gestacion/paternidad-activa/>> [consulta: 14 Enero 2015]

<sup>52</sup>Afiche Campana UNICEF sobre Paternidad Activa. 2014 [en línea] < <http://www.eme.cl/wp-content/uploads/2014-afiche-paternidad-activa-para-padres-ChCC-UNICEF-CulturaSalud.pdf>> [consulta: 14 Enero 2015]

### 2.3.1.2.- Derecho a descanso Postnatal:

El descanso para el período inmediatamente posterior al nacimiento de los hijos también se encuentra consagrado en Chile desde la dictación del Decreto Ley N° 442 del año 1925, en su artículo N°1. Curiosamente, para el legislador de la época bastaba otorgar dicho permiso –únicamente a la madre, por cierto- por un período de apenas **veinte días**<sup>53</sup>, algo impensable para nuestra realidad actual.

Nuevamente, la dictación del Código del Trabajo en 1931 alteró dicha regla, y en virtud de su artículo N° 309 lo amplió a **seis semanas de duración**.<sup>54</sup> Y, al igual que en materia de descanso prenatal, el Artículo N° 313 de este cuerpo legal consagró el **Descanso Postnatal Prorrogado**, de manera tal que “(...) si sobreviviere a ésta (la madre) alguna enfermedad producida directamente por el alumbramiento y que le impida trabajar por un tiempo que exceda de seis semanas, a contar desde el día del parto, el patrón estará obligado a ampliar el plazo de descanso, siempre que se le presente, antes de expirar este plazo, un certificado médico o de matrona en que se acrediten tales hechos.”

---

<sup>53</sup> Decreto Ley N°442 del año 1925. Óp. Cit.

<sup>54</sup> Chile. Código del Trabajo 1931 Óp. Cit

En seguida, en el año 1987 la nueva versión del Código del Trabajo vino a duplicar el plazo de descanso post natal, extendiéndolo ahora a **doce semanas** de duración, según consta en el artículo N° 181 de dicho cuerpo legal.<sup>55</sup> Sin embargo, siguió dejando fuera al padre de la titularidad de dicho derecho.

En ese sentido, fue la dictación de la Ley N° 19.250, recién en el año 1993, lo que constituyó el primer quiebre a dicha exclusión. En efecto, el artículo 2, número 4 de dicha Ley, no obstante mantener los plazos de descanso pre y post natal para la madre, vino a agregar una nueva regla, a saber: “Si la madre muriera en el parto o durante el período del permiso posterior a éste, dicho permiso o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo, **corresponderá al padre, (...)**”<sup>56</sup>

De esta manera y por primera vez en la historia de nuestra legislación laboral nacional, se consideró al padre trabajador como sujeto de derechos sobre Conciliación de la vida familiar y laboral, aunque todavía en muy menor medida, pues lo anterior sólo tenía lugar ante la muerte de la madre, y nunca en conjunto con ella. En estos mismos términos se

---

<sup>55</sup> Chile. Código del Trabajo 1987. Óp. Cit.

<sup>56</sup> Ley N 19.250 [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=19250> > [consulta: 14 Enero 2015]

estableció el Permiso Postnatal al momento de la dictación del Código del Trabajo de 1994, en sus artículos N° 195 y N° 196.

En el año 2005, sin embargo, específicamente el día 02 de Septiembre, se publicó la Ley N° 20.047, y con ella, se produjo un cambio trascendental en materia de Descanso Parental Postnatal. Dicha Ley, que constaba de un solo artículo, vino a intercalar un nuevo inciso segundo al artículo 195 del Código del Trabajo ya mencionado, cuyo contenido es el que sigue: “Sin perjuicio del permiso establecido en el artículo 66, el padre tendrá derecho a un **permiso pagado de cuatro días** en caso de nacimiento de un hijo, el que podrá utilizar a su elección desde el momento del parto, y en este caso será de días corridos, o distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento. Este permiso también se otorgará al padre que se le conceda la adopción de un hijo, contado desde la respectiva sentencia definitiva. Este derecho es irrenunciable.”<sup>57</sup>

De esta manera, se consagró por primera vez en Chile el derecho a Descanso Postnatal para el padre, el cual, como ya ilustraré más adelante, es el único derecho sobre protección a la maternidad, la paternidad, y la vida

---

<sup>57</sup> Ley N°20.047. 2011 [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=241556>> [consulta: 14 Enero 2015]

familiar contemplado en nuestra legislación laboral que favorece, conjunta y copulativamente, a ambos padres trabajadores en la actualidad.

Finalmente, cabe mencionar que en virtud de la Ley N° 20.545 del año 2011, se realizó una última reforma en lo que respecta al Descanso Parental Postnatal, que fortaleció significativamente su contenido- el cual se encuentra en vigor hasta el día de hoy-. En virtud de ella, se estableció un período adicional de descanso postnatal común de seis semanas (para completar un total de dieciocho), en el caso de hijos nacidos con menos de 33 semanas de gestación, y cuando éstos pesen menos de 1,5 kilogramos al nacer.<sup>58</sup> Además, se estableció que en el caso de partos múltiples, esto es, de nacimiento de dos o más hijos simultáneamente, se incrementará el descanso postnatal común en 7 días corridos por cada niño nacido, a partir del segundo.

Sin embargo, el cambio más significativo de esta reforma está constituido por la inclusión del Nuevo Permiso Parental Posnatal, contemplado en el artículo N° 197 bis del Código del Trabajo. En virtud de él, las madres trabajadoras empezaron a contar con un nuevo período de

---

<sup>58</sup> Ley N°20.545. 2011 [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1030936>> [consulta: 14 Enero 2015]

doce semanas de descanso, contados a partir del término del permiso posnatal común del artículo N° 195, alcanzando, así, 24 semanas en total. Además, le da la posibilidad de aumentar estas nuevas 12 semanas a 18, para completar un total de 30 semanas de permiso postnatal, si ella opta por reincorporarse a su trabajo durante media jornada.<sup>59</sup>

Por último, en este Nuevo Permiso Postnatal Parental se contempla la posibilidad de que la madre, si así lo quiere, pueda traspasarle parte del mismo al padre, pero a partir de la séptima semana solamente, con lo que éste podrá gozar del beneficio durante 6 o 12 semanas, según la modalidad de permiso que la madre haya elegido.

#### Derecho a Descanso Parental Postnatal y Corresponsabilidad Parental:

Del examen de todas las normas laborales sobre el particular, podemos observar que el derecho a descanso parental postnatal considera al padre de tres maneras, a saber:

A.- Subsidiariamente a la madre, en el caso de que ésta fallezca en el parto, o posteriormente, durante la vigencia del permiso (Artículo N° 195)

---

<sup>59</sup> *Ibíd.*



B.- Alternativamente a la madre, a partir de la séptima semana de vigencia del nuevo permiso postnatal parental del artículo N° 197 bis, pero sólo a voluntad de ella.

C.- Conjuntamente con la madre, respecto del Permiso Parental Postnatal común del artículo 195, aunque para la madre es de doce semanas y para el padre sólo de cinco días.

De esta manera, queda patente la imposibilidad existente para ambos padres respecto de ejercer equitativamente la labor de crianza de los hijos durante los primeros meses de su vida, en los términos que establece el Principio de Corresponsabilidad Parental. Lo anterior porque, salvo que la madre muera, en virtud del artículo 195 del Código del Trabajo, ella tendrá 12 semanas de permiso, es decir, entre 90 y 100 días, lo que equivale a casi 20 veces el permiso que tendrá que el padre, quien dispone de sólo 5 días, diferencia que puede aumentar a **40 veces** si la madre decide unilateralmente no compartir parte del nuevo permiso postnatal parental del artículo 197 N° bis.

### **2.3.2.- Derecho a Sala Cuna**

Dentro de los derechos sobre Conciliación de la vida Familiar y Laboral contemplados actualmente en el título II del libro II del Código del Trabajo, el Derechos a Sala Cuna fue uno de los primeros en ser reconocido por nuestra legislación. En efecto, éste data de 1917, año en que se dictó la Ley N° 3.186, ya mencionada en esta investigación.

Según dicha norma: “Toda fábrica, taller o establecimiento industrial que ocupe cincuenta o más mujeres mayores de diociocho (sic) años, deberá disponer de una sala, especialmente acondicionada para recibir en las horas de trabajo a los hijos de las obreras durante el primer año de edad”<sup>60</sup>

Así, se puede observar que el derecho se encontraba limitado sólo a las mujeres, y de hecho sólo a aquellas que trabajaran en el área industrial, y siempre que la empresa ocupara 50 o más trabajadoras mayores de 18 años. En suma, un derecho bastante restringido, y que sólo tenía lugar hasta el primer año de vida del hijo.

---

<sup>60</sup> Ley N°3.186. 1917 [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=23792>> [consulta: 14 Enero 2015]

Posteriormente, el Artículo 3 del Decreto Ley N°442 del año 1925 vino a ampliar dicho derecho a las mujeres que trabajaran tanto en el área industrial, como en el comercial; redujo la cantidad mínima de mujeres en la empresa para que operara el derecho de 50 a 20; y eliminó el requisito de que fueran mayores de 18 años, manteniendo la duración del ejercicio del derecho hasta el primer año de vida del hijo.<sup>61</sup>

Es sumamente interesante considerar que, en la redacción del Código del Trabajo del año 1931, específicamente en su artículo N° 315, cuando se establece el Derecho a Sala Cuna no se habla de mujeres, sino de empresas donde trabajaren 20 o más “obreros”<sup>62</sup>, lo que en teoría al menos implicaba una extensión del derecho al padre trabajador, situación que para la fecha resultaba realmente adelantado, más aún si analizamos la nula consideración que respecto de él tenían el resto de los derechos laborales derivados de la parentalidad en dicha época, como los relativos al descanso parental pre y post natal, ya tratados.

En la versión del Código del Trabajo del año 1987, sin embargo, se reemplazó la palabra “obreros” por “trabajadoras”, volviendo, así, a

---

<sup>61</sup> Decreto Ley N°442 del año 1925. Óp. Cit.

<sup>62</sup> Chile. Código del Trabajo 1931 óp. Cit.

realizarse el sesgo de género en la titularidad del derecho<sup>63</sup>. Junto con ello, se especificaron diversos aspectos de éste, y, por ejemplo, se otorgó al empleador la facultad de pagar directamente el costo de una sala cuna para cumplir la norma, aunque obligándosele también a costear los gastos de traslado de la madre para llevar y traer al hijo desde dicho establecimiento.<sup>64</sup> Los artículos N° 203 y siguientes del Código del Trabajo de 1994 mantuvieron los términos y especificaciones de este derecho, y la misma situación se repitió en el actual Código del Trabajo, vigente desde el 2003. Por tanto, el único cambio a este derecho, restante de analizar, y del todo relevante para efectos de esta investigación, es aquel introducido por la Ley N° 20.399 del año 2009. En virtud de ella, se agregaron los siguientes incisos octavo y noveno al artículo N° 203 del Código del Trabajo, que establece el derecho a Sala Cuna, extendiendo dicho derecho al padre, a saber: “El trabajador o trabajadora a quienes, por sentencia judicial, se le haya confiado el cuidado personal del menor de dos años, tendrá los derechos establecidos en este artículo si éstos ya fueran exigibles a su empleador.

---

<sup>63</sup> Chile. Código del Trabajo 1987 Óp. Cit

<sup>64</sup> *Ibíd.*

Lo anterior se aplicará, además, si la madre fallece, salvo que el padre haya sido privado del cuidado personal por sentencia judicial.”<sup>65</sup>

### Derecho a Sala Cuna y Corresponsabilidad Parental.

Nuevamente, toca preguntar si los términos en que está formulado este derecho limitan o no la eficacia del Principio de Corresponsabilidad Parental.

Como se desprende del contenido de los incisos octavo y noveno del Artículo N° 203 recién citado, a padre corresponde el derecho de Sala Cuna sólo subsidiariamente a la madre, es decir, cuando ésta ha fallecido y se le ha entregado a él el cuidado personal del hijo; o cuando se le haya conferido dicho cuidado por sentencia judicial; y en ambos casos, sólo si la obligación de mantener sala cuna ya fuera exigible para el empleador. De esta manera, si éste último tiene en su empresa a 19 mujeres trabajadoras, y se le otorga el cuidado personal de un hijo menor de dos años al padre trabajador de dicha empresa, no habrá derecho a sala cuna, porque no existe aún obligación para el empleador.

---

<sup>65</sup> Ley N°20.399. 2009 [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008293>> [consulta: 14 Enero 2015]

Así las cosas, la conclusión es que la redacción actual de este derecho limita en gran medida el Principio de Corresponsabilidad Parental en los primeros dos años de vida de los hijos.

### **2.3.3 Derecho a dar alimento a los hijos:**

El Derecho a dar alimento a los hijos o, como se le conoció inicialmente, el derecho “a amamantar”, también fue de los primeros en consagrarse en nuestra legislación, y de cierta manera se puede afirmar que siempre fue de la mano con el Derecho a Sala Cuna, ya analizado.

En la Ley N° 3.186 de 1917 se estableció en los siguientes términos: “Artículo 2: Las madres a que se refiere el artículo anterior tendrán derecho a disponer, para amamantar a sus hijos, de porciones de tiempo que en conjunto no exedan (sic) de una hora al día (sic)

El valor de este tiempo no podrá ser descontado del salario de la madre, cualquiera que sea la forma de remuneración de su trabajo, i (sic) el derecho a usar de este tiempo en el objeto indicado, no podrá ser renunciado.”<sup>66</sup>

Cuando la norma señala como titulares del derecho a “las madres a que se refiere el artículo anterior”, está hablando de las trabajadoras de

---

<sup>66</sup> Ley N°3.186. 1917 Óp. Cit

establecimientos industriales, quienes, como ya vimos anteriormente, tenían derecho a sala cuna para mantener y alimentar a sus hijos durante el primer año de vida. Además, podemos notar que ya desde el inicio de su consagración, este derecho se estimó como irrenunciable, y el tiempo empleado en su ejercicio, no susceptible de descuento en lo que respecta a la remuneración.

En seguida, los artículos N° 3 y N° 4 del Decreto Ley N° 442 del año 1925 mantuvieron los términos de este derecho, aunque ampliaron la titularidad del mismo a las mujeres que trabajaran en establecimientos comerciales, como también vimos que ocurrió respecto al derecho de sala cuna.

Con la dictación del Código del Trabajo, en 1931, vino de la mano una segunda modificación al contenido de este derecho, contemplado ahora en el artículo N° 318 de este cuerpo legal: Si hasta ahora se establecía que el tiempo usado para ejercer este derecho no se podía descontar de la remuneración, ahora se fortaleció dicha idea y se estipuló que “Las madres tendrán derecho a disponer, para amamantar a sus hijos, de dos porciones de tiempo que en conjunto no excedan de una hora al día, las que se

**considerarán como trabajadas efectivamente** para los efectos del pago del salario, cualquiera que sea el sistema de remuneración.”<sup>67</sup> Esta nueva redacción implica una mayor protección para la madre, pues ahora no solamente no se le va a descontar el dinero de su remuneración, sino que derechamente se le va a considerar como tiempo trabajado efectivamente, lo que tiene implicancias para todos los cálculos de tiempo trabajado y de prestaciones económicas que tuvieran lugar.

Posteriormente, el Código del Trabajo de 1987 mantuvo, en general, los términos del derecho a dar alimentos, pero aumentó el ejercicio de este derecho hasta los dos años de edad de los hijos, según se desprende del inciso primero del artículo 188<sup>68</sup>. Además, el inciso sexto de dicho artículo estableció que, en el caso de que el empleador fijara como Sala Cuna algún establecimiento ajeno físicamente a su establecimiento, el tiempo para ejercer el derecho de alimentar a los hijos se vería aumentado por todo lo que demorara el viaje de ida y vuelta de la madre.

Actualmente, el artículo N° 206 del Código del Trabajo sigue estableciendo este derecho, aunque con 3 nuevas modificaciones, a saber:

---

<sup>67</sup> Chile. Código del Trabajo 1931 óp. Cit.

<sup>68</sup> Chile. Código del Trabajo 1987. óp. Cit.



i.- En el año 2007, la Ley N° 20.166 estableció 3 modalidades para el ejercicio de este derecho:

“a) En cualquier momento dentro de la jornada de trabajo.

b) Dividiéndolo, a solicitud de la interesada, en dos porciones.

c) Postergando o adelantando en media hora, o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo”<sup>69</sup>

ii.- La misma Ley N° 20.166, en virtud del nuevo inciso quinto del artículo N° 206, permitió el ejercicio de este derecho, aun cuando el titular del mismo no tenga derecho a Sala Cuna, lo que implica un gran beneficio para el titular y el fin de la asociación histórica entre ambos derechos.

iii.- Desde el mes de Julio del año 2014, y en virtud de la Ley N°20.761, se extendió el derecho a alimentar a los hijos al padre trabajador, lo cual resulta de suma importancia para efectos de esta investigación. Dicha extensión del derecho, a través de la incorporación de los nuevos incisos séptimo y octavo al artículo N° 206 del Código del Trabajo, se produjo en los siguientes términos: “En caso que el padre y la madre sean trabajadores,

---

<sup>69</sup>Ley N°20.166. 2007 [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=258270>> [consulta: 14 Enero 2015]

ambos podrán acordar que sea el padre quien ejerza el derecho. Esta decisión y cualquier modificación de la misma deberán ser comunicadas por escrito a ambos empleadores con, a lo menos, treinta días de anticipación, mediante instrumento firmado por el padre y la madre, con copia a la respectiva Inspección del Trabajo.

Con todo, el padre trabajador ejercerá el referido derecho cuando tuviere la tuición del menor por sentencia judicial ejecutoriada, cuando la madre hubiere fallecido o estuviere imposibilitada de hacer uso de él.”<sup>70</sup>

De esta manera, podemos notar la extensión del derecho no implica un ejercicio conjunto del mismo con la madre, sino que se le otorga al padre de manera subsidiaria, cuando la madre fallece, está imposibilitada de ejercerlo o bien el padre tiene el cuidado personal del hijo en virtud de sentencia judicial; o de manera alternativa, cuando así lo acuerden ambos padres, teniendo la madre que renunciar a él.

Es justamente este alto costo que debe pagar la madre, lo que en la práctica impide que el padre pueda ejercer este derecho, por lo que a mi

---

<sup>70</sup> Ley N°20.761. 2014 [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1064664> > [consulta: 14 Enero 2015]

modo de ver, éste se encuentra en conflicto con los objetivos que busca la incorporación del Principio de Corresponsabilidad en nuestra legislación. Y la misma situación se repite respecto del siguiente derecho a analizar: el permiso parental por grave enfermedad del hijo.

#### **2.3.4 Derecho a Permiso Parental por grave enfermedad del hijo**

Este derecho, a diferencia de los otros analizados hasta ahora, es relativamente nuevo en nuestra legislación. En efecto, su primera manifestación se encuentra recién en el Código del Trabajo de 1987, específicamente en su artículo N° 185, que señala: “Toda mujer trabajadora tendrá derecho a permiso y subsidio (...) cuando la salud de su hijo menor de un año requiera de su atención en el hogar con motivo de enfermedad grave, circunstancia que deberá ser acreditada mediante certificado médico otorgado o ratificado por los servicios que tengan a su cargo la atención médica de los menores.”<sup>71</sup>

De esta manera, el legislador pretendió extender la protección de la vida del niño más allá del permiso parental postnatal, hasta llegar al año de vida.

---

<sup>71</sup> Chile. Código del Trabajo 1987 Óp. Cit

En el año 1993, a través de la Ley N° 19.250, se extendió este permiso al padre trabajador, de manera alternativa o subsidiaria a la madre, a saber: “En el caso que ambos padres sean trabajadores, cualquiera de ellos y a elección de la madre, podrá gozar del permiso y subsidio referido. Con todo, gozarán de ellos el padre, cuando la madre hubiere fallecido o él tuviere la tuición del menor por sentencia judicial.”<sup>72</sup>

En los mismos términos, en virtud de la Ley N° 19.505 del año 1997, se estableció un nuevo permiso parental por enfermedad del hijo, el que ahora se extendía hasta que éste cumpliera 18 años de edad. Este permiso quedó establecido en el nuevo Artículo N° 199 bis del Código del Trabajo, cuyo contenido es el siguiente: “Cuando la salud de un menor de 18 años requiera la atención personal de sus padres con motivo de un accidente grave o de una enfermedad terminal en su fase final o enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte, la madre trabajadora tendrá derecho a un permiso para ausentarse de su trabajo por el número de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas a

---

<sup>72</sup> Ley 19.250 de 1993 Óp. Cit

elección de ella en jornadas completas, parciales o combinación de ambas, las que se considerarán como trabajadas para todos los efectos legales.

Si ambos padres son trabajadores dependientes, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del referido permiso. Con todo, dicho permiso se otorgará al padre que tuviere la tuición del menor por sentencia judicial o cuando la madre hubiere fallecido o estuviese imposibilitada de hacer uso de él por cualquier causa.”<sup>73</sup>

Así, este nuevo derecho también consideró al padre como titular del mismo sólo de manera subsidiaria o alternativa a la madre, y en este último caso, sólo a elección de ella. Además, se consagró con la limitación de ejercerse por un máximo de diez jornadas laborales al año, y con todo, esta modalidad de permiso exige que el tiempo ocupado en su ejercicio sea devuelto al empleador, tal como indica la a reglón seguido el mismo artículo N° 199 bis: “El tiempo no trabajado deberá ser restituido por el trabajador mediante imputación a su próximo feriado anual o laborando

---

<sup>73</sup> Ley N°19.505. 1997 [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=74459>> [consulta: 14 Enero 2015]

horas extraordinarias o a través de cualquier forma que convengan libremente las partes.”<sup>74</sup>

Finalmente, en virtud de la Ley N° 20.535 del año 2011 este nuevo derecho se amplió a dos nuevas causales, incorporando nuevos incisos al artículo N° 199 bis:

i.- Se extendió el derecho a quien tenga el cuidado personal de un menor con discapacidad (los padres, en general), siempre que se encuentre debidamente inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, o siendo menor de 6 años, con la determinación diagnóstica del médico tratante.

ii.- Se extendió el derecho, además, en el caso que se tratare de personas mayores de 18 años con discapacidad mental, por causa psíquica o intelectual, multidéficit o bien presenten dependencia severa.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> *Ibíd.*

<sup>75</sup> Ley N°20.535. 2011 [en línea] < <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1030318>> [consulta: 14 Enero 2015]

## **2.4 Conclusión del Capítulo. La eficacia del Principio de Corresponsabilidad Parental, a la luz de las normas sobre Protección de la maternidad, la paternidad y la vida familiar del Código del Trabajo.**

De la revisión y análisis de los derechos laborales sobre protección de la maternidad, la paternidad y la vida familiar contemplados en el Código del Trabajo, podemos obtener las siguientes conclusiones:

a.- Históricamente, todos estos derechos sólo han contemplado a la madre como titular de los mismos, y no fue sino a partir de la década de 1990 que se comenzó a considerar, en cierta medida, al padre, por lo que en materia de Corresponsabilidad Parental ya podemos notar a priori el retraso que tiene nuestra área laboral, respecto de lo que se ha ido modificando en sede civil.

b.- En casi la totalidad de los derechos que hice mención- derecho a sala cuna, derecho a alimentar a los hijos y derecho a permiso por grave enfermedad del hijo, la posibilidad que tiene el padre para ejercerlos actualmente es sólo en subsidio de la madre, es decir, cuando ella fallece, se encuentra imposibilitada de ejercerlos, o ha perdido el cuidado personal del

hijo, y, simultáneamente, el padre lo ha ganado, por sentencia judicial. En el mejor de los casos, podrá ejercerlos de manera alternativa a la madre, siempre que ella renuncie a su propio derecho, y siempre que ella lo decida así **unilateralmente**. La única excepción a esta regla estaría constituida por el Derecho de Permiso Parental Postnatal, en el que, además de las alternativas subsidiarias y alternativas, existe un derecho exclusivo para el padre, aunque de sólo 5 días, lo que –como ya se expuso- implica una diferencia respecto del mismo derecho que se contempla para la madre que irá de 20 a 40 veces en cuanto a la duración del tiempo en que se puede ejercer.

Lo anterior sólo respecto del Permiso Postnatal, pues respecto del Permiso Prenatal, el padre se encuentra absolutamente excluido, circunstancia sumamente curiosa, pues tanto la opinión médica y psicológica a nivel mundial, como el discurso de organizaciones como la UNICEF, y la propia postura de los organismos gubernamentales en Chile que dicen relación con la salud pública, afirman transversal y unánimemente la importancia de la presencia del padre en esta etapa de la vida de los hijos, tanto para el desarrollo de los lazos afectivos entre ellos y el padre, como para que éste pueda servir de compañía y auxilio a la madre embarazada.



Es más, lo anterior también representa la opinión del sector, cada vez mayor, de los propios padres chilenos que pretenden hacer uso de este tipo de derechos y participar así de todo el proceso de crianza de los hijos, según consta en estudios realizados al respecto, como por ejemplo, el publicado por la autora nacional María C. Forray Claps en su tesis para optar al grado de Magister en Psicología Clínica, mención Estudios de la Pareja y la Familia “Creencias acerca de la Paternidad en padres que disponen de un permiso postnatal para los cuidados de su hijo recién nacido” (2007)<sup>76</sup>

Es por todo lo anterior que, al momento de preguntarnos si acaso las normas de derecho laboral chileno actuales se encuentran en armonía con el recientemente consagrado Principio de Corresponsabilidad Parental en nuestro Código Civil, que exige a ambos padres una participación activa y equitativa en las labores de crianza y educación de los hijos, de manera

---

<sup>76</sup> En dicha tesis, luego de realizar diversas entrevistas a padres que ejercieron su derecho a postnatal, la autora concluyó que: “Tomando la definición de paternidad de Fuller (2000), como aquel campo de prácticas y significaciones culturales y sociales en torno a la reproducción, y al vínculo que se establece con la progenie, podemos apreciar que en la paternidad emergente en el estudio, ha cambiado su significación respecto de la reproducción. El padre se introduce en el espacio reproductivo (embarazo, parto y post natal), cuestiona la visión de la provisión como único dominio desde el cual ejercer paternidad, y privilegia el vínculo afectivo con la progenie.”

FORRAY C. María 2007 Tesis para optar al grado de Magister en Psicología Clínica, mención Estudios de la Pareja y la Familia “Creencias acerca de la Paternidad en padres que disponen de un permiso postnatal para los cuidados de su hijo recién nacido” [en línea] <[https://docs.google.com/file/d/0B\\_r2HsC2Cv0VQVIFb0lmSzM0bGs/edit?pli=1](https://docs.google.com/file/d/0B_r2HsC2Cv0VQVIFb0lmSzM0bGs/edit?pli=1)> [consulta: 14 Enero 2015]

permanente, es decir, desde la gestación hasta la muerte de ellos, la respuesta debe ser un enorme balde de agua fría con dos letras contenidas en él: **NO**.

Nuestra legislación laboral se encuentra atrasada en esta materia, y en ese sentido viene a constituirse como un verdadero obstáculo para el cumplimiento de los objetivos de la inclusión del Principio de Corresponsabilidad Parental en el Código Civil, situación que en realidad pareciera ser transversal a diversas legislaciones que han ido modificando el contenido de sus normas laborales sobre el particular en los últimos años. Así, por ejemplo, y a propósito de la Ley Orgánica sobre Igualdad en España del año 2007, el autor Enrique Morán Cabero sostuvo que: “Recuerda bien y oportunamente el art.44.1 LOI que <<los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio>>”.

En efecto, los derechos de conciliación lo son de trabajadores y trabajadoras, porque las responsabilidades familiares corresponden por

igual a los hombres y a las mujeres. Ciertamente es que por la arbitraria e injusta distribución histórica de papeles en la familia, en la pareja, y por el acceso normalizado (relativamente, por los problemas de discriminación que persisten y se repasan en estas páginas) de las mujeres al mercado del trabajo, estos derechos principalmente se ejercen, aún con dificultades notables, por las trabajadoras. Ha llegado el momento de corregir las confusiones más o menos interesadas a las que ha llevado una aplicación machista y poco cuidadosa de esta institución.”<sup>77</sup>

A continuación, en la parte final de esta investigación, pretendo justamente tomar las palabras de este autor. <sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> CABERO Morán Enrique. 2007, Relaciones laborales e igualdad efectiva de mujeres y hombres. En publicación Igualdad ¿para qué?: a propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres / coord. por Ángela Figueruelo Burrieza, María Luisa Ibáñez Martínez, Rosa María Merino Hernández. Granada, España. P.120

<sup>78</sup> N. d. A: Existen otros derechos contemplados en el título II del Libro II del Código del Trabajo, que no expuse en esta parte de la investigación. En algunos casos, como en el Derecho a cambio de funciones por trabajos perjudiciales para la embarazada, del Artículo 202, derechamente no los voy a considerar, pues por su naturaleza sólo tienen sentido respecto de la madre y, por tanto, no tiene cabida analizarlos desde el punto de vista del Principio de Corresponsabilidad Parental; en otros, como en los Derechos de fuero, subsidios y prohibición de discriminación por estado de gravidez de la mujer, he decidido incluirlos en la tercera parte de esta investigación, en la parte propositiva de la misma.

## **CAPÍTULO 3. DEL DIAGNÓSTICO A LA PROPUESTA**

### **3.1 Introducción al Capítulo.**

En las páginas anteriores he podido demostrar cómo es que nuestra normativa laboral actual impide o, por lo menos, entorpece gravemente la eficacia que el recientemente consagrado Principio de Corresponsabilidad Parental pueda tener en nuestro país, pues en dicha sede todavía tiene supremacía el paradigma sobre roles de género que entrega las tareas de crianza y educación de los hijos a la madre, dejando al padre como titular de dichas responsabilidades sólo de manera subsidiaria o alternativa a ésta, salvo la “excepción” constituida por el derecho a permiso posnatal de paternidad, de 5 días de duración, establecido en el artículo N°195, inciso segundo del Código del Trabajo, que ya analizamos.

Es por ello que, luego de haber expuesto dicho diagnóstico, este tercer y último capítulo de la presente investigación buscará responder a la interrogante respecto de qué caminos y soluciones puede adoptar nuestra legislación laboral para que el Principio de Corresponsabilidad Parental pueda tener una aplicación efectiva en lo venidero.

### **3.2.- Bases generales de un nuevo modelo de derechos de conciliación entre la vida familiar y laboral que apunte a la Corresponsabilidad Parental efectiva.**

Para efectos de lograr el objetivo recientemente expuesto renglones más arriba, estimo que el primer paso es analizar, en general, las bases sobre las que debería sentarse un nuevo modelo de permisos parentales en sede laboral, que sí tuviera una adecuada armonización con el principio del que trata esta investigación.

Al respecto, la autora Irene Lapuerta, en su estudio “¿Influyen las políticas autonómicas en la utilización de la excedencia por cuidado de hijos?”<sup>79</sup>, elaborado a propósito de casos en España, pareciera entregar importantes claves a considerar. Basándose en la realidad actual de los países del continente europeo, ella manifiesta que, si bien es cierto que en casi la totalidad de dichas naciones se han establecido de manera generalizada licencias y permisos laborales derivados de la parentalidad en los últimos años, incluyendo aquellas que dicen relación específicamente con el padre, la efectividad de dichas medidas han sido sumamente

---

<sup>79</sup> LAPUERTA, Irene. “¿Influyen las políticas autonómicas en la utilización de la excedencia por cuidado de hijos? [en línea] < [http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS\\_141\\_021358268915241.pdf](http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_141_021358268915241.pdf) > [consulta: 02 Febrero 2015]

diferentes en uno y otro caso. Según ella, esas diferencias se deben a tres factores, principalmente: Las políticas de educación e información sobre los derechos parentales, la retribución económica relacionada al uso de los mismos, y el mecanismo de definición sobre la titularidad de éstos.

A continuación, una revisión de ellas en detalle.

### **3.2.1- Políticas de educación e información sobre los derechos que constituyan un nuevo modelo de Conciliación entre Vida Familiar y Laboral para Chile.**

La importancia de establecer, adicionalmente a las reformas de carácter legal, políticas educacionales y de información que tiendan al desarrollo de la Corresponsabilidad Parental ya quedó patente al momento de analizar los Tratados y Convenciones citados en el primer capítulo de esta investigación, como es el caso de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, o la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; y lo mismo quedó de manifiesto en el contenido de las Convenciones y Recomendaciones de la OIT, en el apartado anterior de este trabajo. Pero todavía más: Si observamos el contenido de las normas

iniciales sobre protección de la maternidad en Chile, del año 1925 y ya citadas largamente en esta investigación, podemos notar que en ellas se establecía la obligación expresa de que los empleadores desplegaran carteles en las empresas, y entregaran libretas a las trabajadoras, donde se informara de la existencia de dichos derechos.<sup>80</sup>

Lo anterior tenía pleno sentido, pues se trataba de la instauración de nuevos derechos, dentro de un nuevo paradigma sobre conciliación entre la vida familiar y la laboral para las mujeres, que debían ser informados de manera eficaz para producir inmediatez en la toma de consciencia y el ejercicio de los mismos. Y si lo pensamos bien, cien años más tarde, otro tanto se podría decir ahora respecto de los hombres trabajadores que a la vez son padres: Ante esta nueva realidad jurídica que constituye la Corresponsabilidad Parental, y que se encuentra dando sus primeros pasos, se requieren caminos útiles de información para generar consciencia y empoderamiento.

---

<sup>80</sup> Así, el artículo 5° del Decreto Ley N°442 del año 1925 establecía que: “Las fábricas que ocupen mujeres deberán entregar a cada obrera, una libreta en que se contenga el texto de esta lei, y deberá colocar carteles en los diversos talleres, con las mismas disposiciones”.  
Decreto Ley N°442 del año 1925. Óp. Cit.

En ese orden de ideas, bien cabe considerar la recomendación que la autora realiza, sobre la conveniencia de que, al momento de crear y/o reformar los derechos respectivos en sede laboral, éstos se otorguen de manera **universal** a los hombres trabajadores que además son padres, es decir, otorgando la titularidad a todos, y no sólo a pequeños sectores de los mismos; y que se otorguen a todos igualitariamente, y no de manera diferenciada según se trate de uno y otro grupo de ellos. De esta forma, se facilita de sobremanera la tarea de dar a los padres información clara y concisa sobre el ejercicio de estos derechos, y se vuelve sumamente simple que los mismos vayan socializándola con sus pares de manera horizontal.

Además, señala la autora, la universalidad en el establecimiento de estos derechos permite neutralizar la estigmatización que suele ir aparejada en el ejercicio de los mismos, sobre todo en el caso de los hombres, según estudios que la misma autora cita<sup>81</sup>. En ese sentido, gracias a la universalización, se generaría la idea de que estos permisos de paternidad constituyen una etapa más en la vida de los trabajadores, y no existiría el

---

<sup>81</sup> Se refiere principalmente aquí a los estudios de Anxo et al., 2007; Whitehouse et al., 2007 y Fox et al., 2009



temor actual de que su ejercicio sea visto como un acto de poco compromiso con el trabajo, o de “deslealtad” respecto del empleador.

### **3.2.2 Retribución económica aparejada al ejercicio de los derechos laborales derivados de la parentalidad.**

Respecto de este punto, Lapuerta señala algo que en realidad resulta de sentido común: El ejercicio de los derechos laborales derivados de la parentalidad resulta directamente proporcional a la retribución económica que traigan aparejados mientras se hacen efectivos. Es decir, mientras mayor sea la cuantía de esa retribución, más se utilizará el permiso. Para ejemplificar lo anterior, la autora compara las estadísticas sobre el ejercicio del derecho a permiso por nacimiento de los hijos entre los países nórdicos, o de Alemania, que cuentan con retribuciones económicas superiores al 66% del salario del trabajador ante el ejercicio de estos derechos (la autora se refiere a un estudio realizado por Moss en 2010 en este punto), y los países que se encuentran en el otro extremo, como Irlanda, Grecia o España, que si bien otorgan vastos permisos y licencias, éstas no se acompañan de retribuciones económicas y, por ende, se usan muy poco.

En el caso de Chile, el subsidio derivado de estos permisos por nacimiento de los hijos va a depender del promedio de la remuneración neta que haya obtenido, en los últimos meses, la mujer trabajadora o los trabajadores que hagan uso del permiso postnatal parental, según sea el caso, aunque con un tope de 66 unidades de fomento, es decir, poco más de \$1.600.000.<sup>82</sup> Así se desprende de lo señalado en el artículo N° 198 del Código del Trabajo, el cual señala que “La mujer que se encuentre en el período de descanso de maternidad a que se refiere el artículo 195, de descansos suplementarios y de plazo ampliado señalados en el artículo 196, como también los trabajadores que hagan uso del permiso postnatal parental, recibirán un subsidio calculado conforme a lo dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978, y en el artículo N° 197 bis”<sup>83</sup>. A su vez, dicho decreto N° 44 establece, en síntesis, que para el cálculo del subsidio se va a considerar el promedio de la remuneración neta que haya obtenido el trabajador en los últimos 3 meses anteriores al inicio del ejercicio del derecho, aunque dicho monto no podrá exceder al promedio de los últimos 3 meses anteriores y

---

<sup>82</sup> Según datos oficiales entregados por el Servicio de Impuestos Internos. [en línea] <<http://www.sii.cl/pagina/valores/utm/utm2014.htm>> [consulta: 02 Febrero 2015]

<sup>83</sup> Chile. Código del Trabajo. Óp. Cit.

más próximos a los últimos 7, a partir del día en que comenzó a hacerse valer la licencia, aunque aumentado este último monto en un 10% y reajustado al 100% en virtud del Índice de Precios al Consumidor.<sup>84</sup>

Voy a usar un ejemplo, para que quede más claro a ojos del lector:

Ej.: La trabajadora Violeta Morales va a hacer uso del derecho a permiso pre natal a partir del día 01 de Diciembre del año 2014. Para calcular el subsidio a que tiene derecho mientras hace valer el permiso, se debe considerar el promedio de la renta neta que haya obtenido en los tres meses anteriores, es decir, Septiembre, Octubre y Noviembre de ese año 2014. Imaginemos que dicho promedio alcanza los \$600.000, lo que implica \$20.000 diarios. Entonces, en principio, ese sería el monto de su retribución diaria. Sin embargo, durante los meses de Febrero, Marzo y Abril de ese año 2014, es decir, durante los 3 meses anteriores a los últimos 7 meses, contados a partir del día 01 de Diciembre, la misma trabajadora percibió una remuneración neta menor, de \$400.000 mensuales. Ahora, este segundo valor debe reajustarse en un 100% según la variación que haya

---

<sup>84</sup> El Decreto N° 44 del año 1978 se puede revisar, íntegramente, de manera online en el siguiente link: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=4252>; a su vez, la Dirección del Trabajo entrega una acabada explicación del mismo, respecto del subsidio por este tipo de licencias, en el siguiente enlace <http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-article-60117.html>

experimentado el IPC entre Abril y Noviembre de 2014, monto que se obtiene dividiendo el valor de la variación del IPC de Noviembre por la variación de Abril, lo que en este caso implicaría un 1,028<sup>85</sup>. Ahora, se multiplica este último valor por los \$400.000, lo que da como resultado \$411.200, y finalmente, se aumenta este valor en un 10%, lo que implica un monto total promedio de \$452.320 mensuales (\$15.077 diarios).

En este caso, dice el decreto, el subsidio que se calculaba con la remuneración neta de los 3 meses anteriores al inicio de la licencia, no podía exceder al resultado que arrojará el segundo cálculo que acabamos de hacer, y por tanto el monto del subsidio será éste y no aquél (en definitiva, se aplica el subsidio correspondiente al menor monto de los dos).

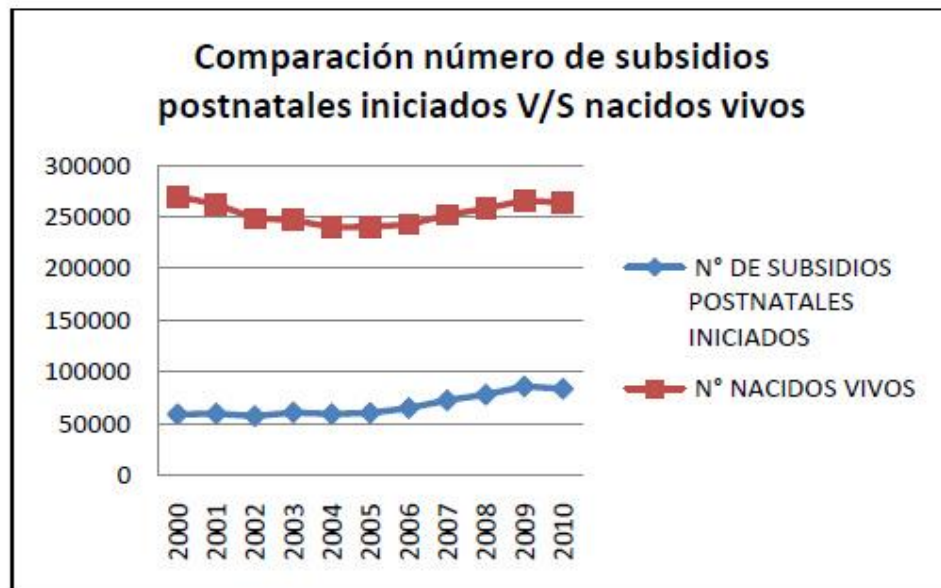
Visto lo anterior, podríamos señalar que nuestro país otorga un buen subsidio ante el ejercicio de estos derechos. Sin embargo, lo cierto es que ello se cumple sólo si la mujer trabajadora, o el trabajador que haga uso de éstos, poseen un historial de empleo estable. En ese sentido, nuestro sistema de subsidio ha sido criticado en diversos medios, pues, a juicio de algunos “Si eres carga de alguien en la Isapre o Fonasa, si no impones regularmente,

---

<sup>85</sup> La variación y valores del IPC fueron obtenidos según información oficial que al respecto publicó el Servicio de Impuestos Internos en el siguiente link: <http://www.sii.cl/pagina/valores/utm/utm2014.htm>

si no estabas trabajando antes de embarazarte no recibirás el subsidio, es decir no recibirás ninguna remuneración en caso de acogerte al beneficio de descanso pre y postnatal.”<sup>86</sup>, por lo que, se considera, el sistema de subsidios chileno por nacimiento de los hijos no ve la parentalidad como un bien social, sino como un asunto de interés particular.

A mayor abundamiento, en ese mismo artículo recién citado figura el siguiente cuadro, que grafica la dimensión de la problemática, al comparar los subsidios iniciados, versus los hijos nacidos, en Chile:



*Evolución de los Subsidios Maternales 2000 a 2010, Superintendencia de Seguridad Social*

<sup>86</sup> DEMBOWSKI, Natalia. “¿Derecho a la maternidad en Chile? Sólo para algunas [en línea] <<http://ciperchile.cl/2014/09/03/%C2%BFderecho-a-la-maternidad-en-chile-solo-para-algunas/>> [consulta: 02 Febrero 2015]

Ya volveré sobre este punto más adelante, en el análisis particular de los derechos laborales derivados de la parentalidad. En este apartado, aún de carácter general, sólo resta señalar que, según Irene Lapuerta, esta relación entre ejercicio de derechos y retribución económica se acentúa aún más en el caso de los hombres, y en ese sentido, cabe mencionar que, en Chile, el permiso de 5 días que se otorga al padre ante el nacimiento de un hijo tiene el carácter de pagado, según consta explícitamente en la redacción del inciso segundo del artículo 195 del Código del Trabajo.

### **3.2.3 Mecanismos de definición sobre la titularidad de los derechos laborales derivados de la parentalidad.**

Según este último punto, que dejé para el final a propósito, la autora señala que resulta totalmente determinante, a la hora de evaluar el nivel de ejercicio de un derecho laboral derivado de la parentalidad, la configuración de la titularidad del mismo. En ese sentido, explica –y aquí la citaré textualmente por única vez - “Esta puede ser familiar, cuando la elegibilidad se vincula a la situación de ambos progenitores y solo uno de ellos puede disfrutar de una excedencia, o individual, si los dos pueden utilizarla. En este sentido, los estudios evidencian que las licencias diseñadas como un derecho individual o aquellas que son de titularidad

familiar, pero que introducen un elemento de obligatoriedad para ambos progenitores, incentivan su utilización, especialmente en el caso de los hombres”<sup>87</sup>.

A contrario sensu, entonces, las licencias cuya titularidad es de carácter familiar, mas no incorporan elementos de obligatoriedad para ambos padres, no contribuyen al ejercicio de las mismas por parte de los hombres, y por ende, no permiten la correcta aplicación del Principio de Corresponsabilidad Parental, pues ellas serán casi unánimemente utilizadas sólo por las madres.

Con ese último antecedente como criterio rector, pasemos ahora a revisar, en particular, los derechos que establece el Código del Trabajo.

### **3.3.- Análisis de los derechos laborales derivados de la parentalidad en particular, y propuestas de reforma.**

#### **3.3.1 El Derecho de Permiso Postnatal**

Retomando el punto sobre el derecho a permiso Postnatal consagrado en nuestra legislación, a lo largo de esta investigación ya vimos cómo es que aquél fue históricamente considerado sólo para la mujer; que con

---

<sup>87</sup> LAPUERTA, Irene. Óp. Cit p.36

posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.047 se consagró un derecho de postnatal de 5 días para el padre, sumados a un nuevo derecho postnatal parental, del artículo 197 bis del Código del Trabajo, cuya duración también se extiende a 12 semanas, pero con la particularidad que a partir de la séptima semana de este permiso se puede transferir el mismo hacia el padre, si así lo quiere la madre.

De esta manera, se pensó, se estaba dando cabida al Principio de Corresponsabilidad Parental, pues ahora se permitía al padre disfrutar de parte de dicha licencia. Sin embargo, las estadísticas al respecto han mostrado una realidad diametralmente opuesta a dicha aspiración: Según la evaluación que sobre este nuevo permiso postnatal parental realizó la Superintendencia de Seguridad Social en Diciembre de 2013, es decir, a dos años ya de su puesta en marcha, se pudo constatar que del total de subsidios iniciados, los que alcanzaron el número de 190.370, sólo 514 fueron en alguna medida traspasados al padre, lo que representa la ínfima cifra de un 0,27%.<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL. 2014 “Subsidio por Permiso Postnatal Parental a dos años de su creación” [en línea] <http://www.suseso.gob.cl/Repositorio/20381%5CEstudio%20PPP%202013.pdf> p.18 [consulta: 02 Febrero 2015]



Esta licencia de carácter familiar, por cuanto se otorga a ambos progenitores, mas sólo permite que uno de ellos haga uso de ella a la vez, no hace sino confirmar la conclusión de la autora Lapuerta, ya expuesta en el apartado anterior de esta investigación, respecto de que esta configuración de la titularidad del derecho en comento impide la aplicación del Principio de Corresponsabilidad Parental. En ese sentido, el desafío legislativo que tenemos como país es transformar este permiso para volverlo un derecho individual, idealmente, o al menos que en él se incluyan normas de obligatoriedad para que la madre deba transferir parte de este permiso al padre.

Esa ha sido, al menos, la experiencia que Lapuerta ha logrado ver aplicada con éxito en países tales como Suecia, Noruega o Alemania, que establecen cuotas intransferibles de licencia obligatoria para el padre, las cuales, de no ser usadas, reducen la duración máxima del período de la licencia.<sup>89</sup> O también en países tales como Reino Unido, Francia o España, donde se otorgan permisos exclusivos para el padre, de carácter individual.

---

<sup>89</sup> La autora cita, para estos efectos, los estudios realizados por diversos autores, tales como Deven y Moss, 2002; O'Brien et al., 2007, y Reich, 2010

Respecto de este último país, que siempre ha constituido un referente para nuestros legisladores, es importante destacar que el día 22 de Marzo del año 2007, en virtud de la Ley Orgánica 3/2007<sup>90</sup> para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se amplió el permiso post natal para los padres, que antes tenía una duración de 2 días, para alcanzar los 15 días ahora, por regla general, lo que implicó un gran avance en la materia; y dos años más tarde se estableció el compromiso de volver expandirlo, esta vez, a 4 semanas. Sin embargo, esto último aún no ha sido cumplido, y todos estos años se ha postergado la entrada en vigencia de esta ampliación, acordada en la Ley 9/2009.<sup>91</sup> Actualmente se ha acordado que comenzará a regir el día 01 de Enero de 2016.

A modo de propuesta, pienso que Chile podría establecer un compromiso en el mismo sentido. Los actuales 5 días de permiso por paternidad, en ningún caso, permiten que el padre pueda ejercer, con un mínimo de equidad, las tareas relacionadas con la crianza de sus hijos recién nacidos, y de paso, apoyar a la madre en tan compleja tarea; 40 veces

---

<sup>90</sup> Ley Orgánica 3/2007. [en línea] <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-6115> [consulta: 02 Febrero 2015]

<sup>91</sup> Ley 9/2009. [en línea] <http://www.boe.es/boe/dias/2009/10/07/pdfs/BOE-A-2009-15958.pdf> [consulta: 02 Febrero 2015]

de diferencia existen hoy, ya lo vimos, entre la duración del permiso postnatal establecido para la madre y el padre, y la posibilidad de “elegir” que entrega el nuevo permiso postnatal parental del artículo 197 bis del Código del Trabajo, desde 2011, no ha sido efectiva en lo más mínimo. Por tanto, estimo que se debería establecer ahora mismo un nuevo permiso postnatal para el padre, de 15 días, pagado, irrenunciable, pero además ahora de carácter obligatorio<sup>92</sup>, junto con el compromiso de ampliar este permiso a 4 semanas de aquí a los próximos 5 años, para pensar en algún futuro próximo poder expandirlo aún más, hasta las 6 y 12 semanas incluso, aun cuando en este último caso se pueda establecer en modalidad de media jornada. Recién en ese escenario tendría plena cabida y aplicación efectiva, a mi modo de ver, el Principio de Corresponsabilidad Parental.

### **3.3.2 Desde los derechos alternativos hacia los derechos propios e intransferibles**

Siguiendo con el análisis en particular de los derechos laborales derivados de la parentalidad, o también llamados en esta investigación

---

<sup>92</sup> Actualmente este derecho no reviste dicho carácter. En el caso de la mujer, sí lo tiene, pues el inciso quinto del artículo 195 del Código del Trabajo señala que “Los derechos referidos en el inciso primero no podrán renunciarse y durante los períodos de descanso queda prohibido el trabajo de las mujeres embarazadas y puérperas.”

Como se puede observar, la prohibición no menciona al padre, y por ende, a contrario sensu, se entiende que respecto de él dicho permiso es voluntario.

“Derechos sobre la Conciliación de la vida familiar y laboral” contemplados en nuestro actual Código del Trabajo, quisiera enfocarme ahora en los casos del derecho a alimentar al hijo menor de 2 años, establecido en el artículo N°206; el derecho a licencia por grave enfermedad del hijo menor de 1 año, del artículo N°199; y el derecho a licencia por grave enfermedad del hijo menor de 18 años, del artículo N° 199 bis, todos de dicho cuerpo legal.

Todos ellos, como ya vimos en el capítulo anterior de esta investigación, fueron históricamente contemplados sólo para la madre, y no fue sino hasta pocos años atrás que se le otorgó al padre la posibilidad de ejercerlos, aunque de manera subsidiaria a la primera, solamente; o, en el mejor de los casos, alternativamente a la madre, si ella así lo decide. Nunca ambos a la vez. Por lo tanto, estos 3 derechos también revisten el carácter de familiares, desde el punto de vista de la configuración de su titularidad, y por ello, según ya hemos expuesto también, no permiten la eficaz aplicación del Principio de Corresponsabilidad Parental.

Quiero señalar que busqué latamente alguna estadística que mostrara la cantidad de licencias respecto de estos derechos que hubieran sido

ejercidas por el padre en los últimos años, mas no hallé ninguna publicación sobre ello. Sin embargo, pienso que si ya en el caso de los permisos postnatales parentales las licencias traspasadas a los padres no superaban el 0,27% del total, respecto de estos 3 derechos que analizo ahora la realidad debería ser aún peor. Lo anterior, porque:

1) El derecho a alimentar al hijo, en buena parte del tiempo que se ejerce, no implica otra cosa sino amamantamiento;

2) Si el padre no ha tenido una adecuada licencia de postnatal (como ocurre en Chile), y por ende, no ha sido partícipe de manera activa en la crianza del hijo recién nacido, no se sentirá capacitado para auxiliarlo ante el caso de una grave enfermedad a los pocos meses de su vida, y la misma opinión tendrá la madre, quien optará por tomar ella misma la licencia; y por último,

3) Ante el caso de la licencia por grave enfermedad del hijo menor de 18 años existe una dificultad adicional para que el padre la ejerza, y es que ella no tiene el carácter de pagada, sino que los días no trabajados deben recuperarse, y según ya vimos, para el ejercicio de estos derechos resulta determinante la retribución económica que traigan aparejada, relación que se acentúa aún más si se trata del padre.

Por último, constituye una dificultad adicional para el padre, a la hora de ejercer el derecho a alimentar al hijo menor de dos años, el hecho de que tal práctica suele realizarse en las instalaciones que las empresas deben construir para tal efecto: Las salas cuna, y sin embargo, para que exista obligatoriedad respecto de su creación se requiere la existencia de 20 o más trabajadores de género femenino contratadas en la empresa, sin que se considere a los hombres que sean padres en este cálculo, ni aun cuando éstos tengan el cuidado personal de sus hijos, como bien expuse con detalle a la hora de analizar este derecho, en el segundo capítulo de la investigación.

Por todo lo anteriormente expuesto, es que estimo que estos derechos deben reformularse, a fin de que se adecuen al Principio de Corresponsabilidad Parental, y no sólo permitan su aplicación efectiva, sino que incluso la potencien. En ese sentido, pienso que son, al menos, tres las modificaciones que se requieren:

A.- Cambiar la configuración sobre la titularidad de los mismos: Al respecto, pienso que estos derechos, hoy de carácter familiares-alternativos, deben volverse individuales, a fin de que ambos padres puedan hacer uso de

ellos, simultáneamente, si se cumplen los requisitos previstos para su ejercicio (Es decir, a modo de ejemplo, que ante la situación de que un hijo menor de 1 año llega a tener alguna enfermedad grave, ambos padres puedan tomar una licencia para cuidarlo en conjunto). En subsidio, y como medida intermedia entre la individualidad pretendida y la realidad actual, se podría mantener el carácter familiar de estos derechos, pero estableciendo reglas de uso obligatorio para ambos progenitores, como, por ejemplo, un sistema de cuotas tal, que impida que alguno de ellos haga uso de más del 60% de las licencias y permisos a que estos derechos den lugar, de manera que ambos deban repartirse de manera más o menos equitativa dichas labores. De esta manera, no sólo se posibilitaría la aplicación del Principio de Corresponsabilidad Parental, sino que incluso se establecería un mecanismo conductor del comportamiento en su favor.

B.- En segundo lugar, pienso que la obligación de disponer de salas cuna debería extenderse a toda empresa con veinte o más trabajadores, independientemente de su género. De esta manera, se vuelve mucho más fácil que un padre pueda ejercer el derecho a alimentar a un hijo menor de dos años, contemplado en el artículo N° 206 del Código del Trabajo, y de esa manera, hacer efectivo el Principio de Corresponsabilidad Parental,

pues hoy su única posibilidad es que en su empresa ya existan veinte o más trabajadoras mujeres para poder contar con dichas instalaciones.

C.- Por último, mi opinión personal es que el nuevo permiso por accidente grave, enfermedad grave con riesgo de muerte, o enfermedad en fase terminal de un hijo menor de 18 años, contemplado en el artículo N° 199 bis del Código del Trabajo, además de reformularse –como ya se dijo más arriba- para que deje de tener el carácter de familiar, y ahora se otorgue individualmente a ambos padres -acabando así con situaciones tan absurdas, como que ante la fase terminal de la enfermedad de un hijo, los padres deban elegir cuál de ellos podrá acompañarlo en sus últimos días de vida-, también debería dejar de otorgarse con obligación de devolver el tiempo de licencia usado y, en cambio, ante su ejercicio debería otorgarse una adecuada retribución económica, que contemple al menos las mismas prestaciones que otorgan los derechos de pre y post natal. Lo anterior, porque ya vimos la relación de proporcionalidad que existe entre el ejercicio de un derecho y la retribución económica que trae aparejada, más aún en el caso de los hombres, y justamente el Principio de Corresponsabilidad Parental requiere que seamos nosotros quienes nos integremos a las tareas de cuidado de los hijos.



### **3.3.3 Derecho a Permiso Prenatal para el padre**

Según vimos en el capítulo anterior de esta investigación, el derecho a licencia durante el momento inmediatamente anterior al nacimiento de los hijos tiene cabida en Chile, incluso desde antes de la dictación del Código del Trabajo, en 1931. Y realmente no varió significativamente su duración, pues de los 40 días iniciales otorgados en 1925, hoy se entregan 42, por regla general (6 semanas dice el artículo 195 del Código). Lo único que cambió con el pasar del tiempo fue la incorporación de las modalidades de derecho a licencia prenatal prorrogado, el que tiene lugar ante el retardo del alumbramiento, cuando se han cumplido ya las 6 semanas desde el inicio de la licencia, y posteriormente, el derecho a licencia prenatal suplementario, que se otorga ante grave enfermedad durante el embarazo.

Sin embargo, a pesar que en las últimas décadas pareciera existir un consenso generalizado en la sociedad, respecto que las labores de cuidado de los hijos comienzan desde antes de su nacimiento; a pesar de que toda la ciencia médica, y especialmente la psicológica, han manifestado de manera unánime que la época del embarazo es sumamente relevante para efectos de establecer lazos entre el padre y el hijo que está por nacer; y a pesar, por último, que la presencia del padre en dicha etapa también es fundamental

para dar apoyo y estabilidad a la madre, condiciones que finalmente también repercuten en el hijo que ella lleva en su vientre, en toda nuestra historia legislativa nunca se ha aprobado una ley que otorgue al padre la mínima posibilidad de disfrutar de una licencia para ese momento de la vida de sus hijos.

De hecho, hasta ahora el único proyecto de ley que se ha presentado derechamente sobre la materia en nuestro país, es aquel contemplado en el boletín N° 5705-13, recién en el año 2008, y según el cual se pretendía corregir la ausencia de permisos para el padre durante la etapa anterior al nacimiento de los hijos, otorgándosele para estos efectos el derecho a una licencia prenatal de...**tres días de duración**.<sup>93</sup> Desgraciadamente, ni siquiera ese pequeño paso en favor de la Corresponsabilidad Parental logró tener éxito, pues desde el año 2010 que dicho proyecto duerme en el Congreso.

Actualmente, lo que se encuentra en tramitación desde el día 09 de Diciembre del año 2014 es un proyecto de ley presentado por el Senador Ricardo Lagos Weber, en virtud del cual se busca hacer partícipe al padre

---

<sup>93</sup>Boletín N° 5705-13. 2008 [en línea]  
[http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=5705-13](http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=5705-13) [consulta: Viernes 12 Diciembre 2014]

de los controles médicos prenatales que tengan lugar durante el embarazo, otorgándosele permiso para que él y la madre puedan asistir en conjunto a dichas instancias, las que –según el mismo proyecto de ley- no podrán exceder las 9 durante todo el embarazo y deberán ser debidamente avisadas con anticipación al empleador, y certificadas una vez tengan lugar.<sup>94</sup>

En mi opinión, dicho proyecto de ley se encuentra en la dirección correcta, pues los controles médicos prenatales constituyen una excelente oportunidad para que el padre se interiorice de los avances del embarazo, pueda recibir orientación de parte del médico, resolver dudas, y, en general, hacerse más partícipe de la crianza y cuidado de los hijos en esta etapa anterior al nacimiento. Sin embargo, para efectos de la efectividad del Principio de Corresponsabilidad Parental, me parece que dicha reforma resulta del todo insuficiente.

Lo anterior, porque más allá de lo ya dicho respecto de la importancia de generar un lazo entre el padre y el hijo que se encuentra por nacer, lo cierto es que durante las 6 últimas semanas antes del embarazo la mujer se encuentra con capacidades físicas bastante disminuidas, y comúnmente con

---

<sup>94</sup>Boletín N° 9749-13. 2014 [en línea]  
[http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=9749-13](http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9749-13) [consulta: Viernes 12 Diciembre 2014]

sobrecargas emocionales recurrentes, y si bien es cierto que desde ese momento ella puede disfrutar de una licencia respecto de sus obligaciones laborales fuera de casa, dentro de ella el trabajo se mantiene y es allí donde se vuelve fundamental el apoyo que pueda generar el padre, tanto en las tareas domésticas del hogar, como en el cuidado de los otros hijos mayores, si los hubiere, y, por cierto, en la protección y cuidado físico y psicológico de la misma madre, que, como ya dijimos, afecta directamente también al hijo que está por nacer.

En ese sentido, estimo que, adicionalmente al permiso que se encuentra actualmente en tramitación, respecto de la asistencia a los controles médicos prenatales, la única posibilidad de una efectiva aplicación del Principio de Corresponsabilidad Parental en esta etapa de la vida de los hijos pasa necesariamente por el establecimiento de un derecho a licencia de prenatal para el padre, el cual, tal como propuse respecto del permiso postnatal, debería tener el carácter de individual, remunerado, obligatorio, irrenunciable, y con una duración mínima de 15 días, ello siempre bajo el compromiso de que en los próximos años se aumente a 4 semanas, para finalmente alcanzar las mismas 6 que se conceden a la madre a este respecto.

### **3.3.4 Nueva mirada a los Derechos de fuero y no discriminación en el marco del nuevo modelo de permisos laborales derivados de la parentalidad.**

En la parte final del capítulo anterior de esta investigación, señalé que había dejado algunos derechos sobre Conciliación entre Vida Familiar y Laboral, contemplados en el Código del Trabajo, fuera del análisis en particular de los mismos, pues los consideraría posteriormente. Estos derechos eran, específicamente, los de fuero y no discriminación.

El primero de ellos, contemplado en el artículo N° 201 de dicho cuerpo legal, establece que “Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental, establecido en el artículo 197 bis, la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174.”<sup>95</sup> Sin embargo, respecto del padre dicho derecho se ejerce de forma diferente, a saber: “En caso de que el padre haga uso del permiso postnatal parental del artículo 197 bis también gozará de fuero laboral, por un período equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al

---

<sup>95</sup> Chile. Código del Trabajo. Óp. Cit.

comienzo del uso del mismo. Con todo, este fuero del padre no podrá exceder de tres meses”.<sup>96</sup>

Esta diferencia en la forma en que se otorga el derecho de fuero actualmente, según se trate de padre o madre quien lo ejerza, tiene pleno sentido en el actual modelo de derechos laborales derivados de la parentalidad, que apenas considera al primero de dichos actores. Sin embargo, en el modelo que estoy proponiendo en el presente capítulo de la investigación, y que se basa en la aplicación del Principio de Corresponsabilidad Parental, el hombre se vuelve un sujeto de derecho mucho más importante, y por esta misma razón, su condición de futuro padre podría ser fácilmente mal vista a ojos de cierta clase de empleadores, quienes deberían respetar ahora -y eventualmente suplir- las ausencias de sus trabajadores ante el ejercicio de los derechos de prenatal, postnatal, permisos por enfermedades de los hijos, etc.

Es por ello que, para dar una correcta protección a los trabajadores a este respecto, la propuesta de reforma que estoy elaborando requiere que necesariamente se extienda a los hombres el derecho de fuero, en las

---

<sup>96</sup> *Ibíd.*

mismas condiciones que hoy rigen para las mujeres, es decir, desde el aviso de embarazo, hasta un año luego de acabado el permiso postnatal. De esta manera, además de evitar que el futuro padre sea despedido con el solo objetivo de burlar sus derechos, se le otorga cierta estabilidad económica, variable sumamente importante en el nacimiento de un hijo, por todos los costos que conlleva.

Siguiendo la misma lógica, es que en este nuevo modelo de derechos también se debe considerar la reformulación del inciso cuarto del artículo N° 194 del Código del Trabajo. Éste señala actualmente que “Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o 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.”<sup>97</sup> Así las cosas, dicho derecho a la no discriminación se debe volver extensivo a mi género, para que en ningún caso se nos pueda coartar la legítima aspiración a la paternidad, que en el modelo propuesto se vería revestida de muchos factores que quizás podrían no ser del agrado del empleador.

---

<sup>97</sup> *Ibídem.*

### **3.2.5 Derechos no contemplados en el Código del Trabajo actualmente.**

No digo nada nuevo si afirmo que la realidad suele superar las posibilidades de cualquier legislador para prever y normar cada materia de manera definitiva. Siempre existirán casos que no se encuentran cubiertos por la Ley y que merecen, al menos, una evaluación para determinar si deben incorporarse o no a ella en una próxima reforma. Y respecto de los Derechos sobre Conciliación entre la Vida Familiar y Laboral, pienso que, habiendo ya abordado todo lo dispuesto en el actual Código del Trabajo, todavía quedan algunas situaciones por considerar.

Un claro ejemplo de ello está constituido por la necesidad que tienen todos los trabajadores que son padres, de asistir a las reuniones de apoderados de sus hijos mientras éstos se encuentran en la etapa de educación formal. Dichas instancias permiten a los padres poder acceder a conocer las problemáticas de su pupilo y su grupo curso; de participar de la toma de decisiones en las que su hijo se pueda ver involucrado; de conocer su rendimiento académico y su conducta disciplinaria; de plantear y resolver dudas tanto con el resto de los apoderados, como con el profesor o profesora jefe; etc. Sin embargo, en muchísimos casos los padres se ven imposibilitados de poder asistir a dichas reuniones, porque su horario de



trabajo se los impide. En ese sentido, pienso que la participación aquí resulta de tal importancia, que bien merece la pena estudiar la posibilidad de incluirla como un derecho laboral propiamente tal.

Para tal efecto, estimo que bien podrían combinarse diversas técnicas legislativas expuestas respecto de los otros derechos ya analizados, y constituir un nuevo derecho a asistir a las reuniones de apoderados, de carácter familiar, pero con normas que hagan obligatorio el ejercicio del mismo por parte de ambos progenitores, dependiendo, por ejemplo, del número de hijos, o de un sistema de cuotas; que además sea remunerado e irrenunciable, y que se pueda ejercer un máximo de 9 veces al año –una reunión por mes-, dando aviso con suficiente antelación al empleador, y certificando posteriormente la asistencia a dicha instancia.

En menor medida, también se debería evaluar algún mecanismo de regulación para los casos de citación al apoderado, graduaciones, y otros actos de carácter escolar de importancia, todo lo anterior, obviamente, bajo el paradigma de la Corresponsabilidad Parental, que ha constituido la problemática principal de este trabajo y el eje conductor de las propuestas de cambio que he formulado.

## CONCLUSIONES

1.- En el año 1998, en virtud de la Ley N° 19.585, el Estado de Chile declaró que, desde ese momento, todos los hijos serían considerados iguales entre sí, sin considerar su origen. De esta manera –se expresó- se pondría fin a la antigua normativa, que distinguía entre hijos legítimos, ilegítimos, y naturales, y que regía desde de la dictación de nuestro Código Civil. Sin duda alguna, fue un paso gigante para nuestro país, que causó gran revuelo en la prensa y hasta generó el famoso slogan “¡Bienvenida, Igualdad!”.

Sin embargo, para que dicha igualdad entre los hijos fuera efectiva, y no se limitara al slogan, o a una mera declaración de voluntad, nuestros legisladores y gobernantes debieron realizar diversas reformas legales y administrativas en todos los ámbitos que decían relación con los hijos, como por ejemplo, el derecho sucesorio, el derecho de alimentos, la patria potestad, los juicios de filiación, etc. Incluso el Registro Civil debió modificar las partidas de nacimiento, para que éstas fueran las mismas para todos, sin importar el origen del hijo recién nacido.

Lo anterior tiene pleno sentido, pues un ordenamiento jurídico es un verdadero sistema, complejo, de normas entrelazadas entre sí, dependientes unas de otras, y que deben mantener un orden y una armonía apropiadas para efectos de que éstas cumplan efectivamente con los fines para los cuales fueron dictadas por el legislador.

Ahora bien, la Ley N° 20.680, que en el año 2013 vino a declarar, ya no la igualdad entre los hijos, sino ahora entre los padres, respecto de las tareas relacionadas con la crianza y educación de los primeros, a través del Principio de Corresponsabilidad Parental, también implicó un avance significativo para nuestra sociedad. Sin embargo, respecto de ella no se realizó apropiadamente la tarea de revisar qué grado de armonía presenta en relación al resto de nuestra legislación nacional, que desde diferentes sedes e instituciones regula aspectos de la parentalidad, como es el caso de aquellas normas contempladas en el título ii del libro ii del Código del Trabajo.

2.- En ese sentido, esta investigación tuvo por objeto primordial analizar cómo las normas de derecho laboral chileno, que dicen relación con la protección de la maternidad y paternidad, afectan la aplicación efectiva

del Principio de Corresponsabilidad Parental. Para tal propósito, me pareció del todo necesario empezar realizando un breve repaso por la evolución de la noción de la paternidad a través de la historia, con la intención de que el lector pudiera dimensionar apropiadamente el largo camino que tomó al mundo occidental llegar a la consagración de la igualdad entre padres y madres respecto de la responsabilidad para con las tareas de crianza y educación de los hijos, y así, pudiera comprender la importancia de esta reforma.

De esta manera, vimos cómo fue que en el inicio de la humanidad ni siquiera se tenía la noción de que un padre era tal; luego, que durante la época clásica y edad media la paternidad estaba más centrada en los intereses y potestades del padre, que en el bien superior de los hijos; que a partir de la época contemporánea por fin se empezó a considerar la afectividad como parte integrante de la paternidad; y que, finalmente, durante el siglo pasado el hombre comenzó a interesarse de mutuo propio y a integrarse, ya de manera definitiva, a las tareas de la crianza de los hijos, a la vez que la mujer dejaba la casa para incorporarse también al trabajo remunerado y la vida pública. Todo este gran proceso que terminó declarando la igualdad entre padres y madres, fue coronado con la

consagración expresa del Principio de Corresponsabilidad Parental, y he ahí su importancia, que determina, también, la necesidad de que su aplicación sea efectiva.

En segundo lugar, para determinar –justamente- qué es lo que se entiende por este Principio, y por una “aplicación efectiva” del mismo, realicé una conceptualización de él, utilizando diversas opiniones doctrinarias al respecto, sumadas a todo lo expuesto en la historia de la ley que dio lugar a su consagración expresa en nuestra legislación (La Ley 20.680). Para este mismo efecto, detallé cuáles son los elementos que forman el Principio de Corresponsabilidad Parental, y cuáles son los fundamentos que lo sustentan, entre ellos, el interés superior del niño y la igualdad de género, pero esta última no sólo entendida en favor de las mujeres –que es la forma en que se ha entendido generalmente- sino en el sentido pleno de su expresión, considerando también las cada vez mayores aspiraciones de mi propio género sobre el particular

3.- Una vez resuelto lo anterior, fue que me aboqué derechamente a la tarea de determinar cómo el Principio de Corresponsabilidad Parental se veía afectado por nuestra legislación laboral. Lo anterior, considerando que

la hipótesis que dio lugar a esta investigación era la siguiente: “Que el Principio de Corresponsabilidad Parental, recientemente consagrado en nuestra legislación civil en virtud de la Ley N°20.680, y que busca equiparar entre los progenitores las tareas relacionadas con la crianza y educación de los hijos, constituye un gran avance para nuestra sociedad, mas no podrá tener el alcance y la efectividad que se pretende y requiere, puesto que las normas del derecho laboral chileno -que rigen a casi la totalidad de los padres en el país- se encuentran en conflicto con él, al mantenerse bajo el paradigma familiar antiguo, según el cual es la madre quien debe realizar preferentemente estas labores, y no el padre, para quien sólo existe un pequeño y subsidiario margen de posibilidades, más allá de su voluntad”

En este mismo orden de ideas, comencé el segundo capítulo de mi investigación realizando el mismo recorrido que había realizado antes en sede civil, respecto de la evolución de la legislación internacional en materia de Corresponsabilidad Parental, pero ahora en materia laboral, usando para ello las Convenciones y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. De esta manera, pudimos apreciar el notorio desfase existente al respecto entre ambas ramas del derecho, pues si en el

derecho civil ya se estaba considerando al padre en tareas de crianza y educación de los hijos desde mediados del siglo pasado, no fue hasta finales del mismo que se hizo lo propio en sede laboral. Como ejemplo de lo anterior, según ya expuse, no fue sino hasta unos meses atrás que las materias relacionadas a la parentalidad, reguladas en nuestro Código del Trabajo, dejaron de agruparse bajo el título “De la Protección de la maternidad”, y éste pasó a llamarse ahora “De la protección de la maternidad, la paternidad y la vida familiar”. Sólo meses atrás.

Teniendo sumamente presente lo anterior, fue que comencé el análisis individual de cada derecho regulado en dicho título del Código del Trabajo, a saber: Derecho a descanso pre y postnatal; derecho a Sala Cuna; derecho a dar alimento a los hijos menores de dos años; derecho a permiso por grave enfermedad del hijo, ya sea en el caso del menor de un año, o del hijo menor de dieciocho años de edad, entre otros. En todos ellos realicé el mismo ejercicio, de ir revisando su evolución en nuestra legislación nacional, considerando siempre los momentos y grados de incorporación del padre como sujeto de dichos derechos, para terminar analizando su contenido actual y la manera en que cada uno de ellos se encontraba –o no– en armonía con el Principio de Corresponsabilidad Parental.

Y los resultados de dicho análisis fueron categóricos: En nuestra legislación laboral actual, cada uno de los derechos relacionados con la conciliación entre la vida familiar y la actividad laboral impide, o al menos entorpece gravemente, la aplicación efectiva del Principio de Corresponsabilidad Parental, que, tal como estableció el legislador expresamente, implica que ambos padres deben participar de las tareas de crianza y educación de los hijos de manera activa, permanente, y equitativa.

La hipótesis de esta investigación, por consiguiente, quedó totalmente corroborada, pues, en general, todos los derechos contemplados en el Código del Trabajo sólo consideran al padre como sujeto de los mismos de manera subsidiaria a la madre, es decir, cuando ésta ha fallecido o se encuentra impedida de ejercerlos, o, en el mejor de los casos, de manera alternativa a ésta, siendo necesario –para tal efecto- que la madre así lo decida, renunciando a su propio derecho. La única excepción a esta regla está constituida por el derecho a descanso posnatal, que considera individualmente al padre, pero entregándole sólo 5 días para tal efecto, lo que constituye una diferencia de 20 y hasta 40 veces, respecto del tiempo que el mismo legislador otorga a la madre por el mismo concepto. Y si bien es cierto que el nuevo descanso postnatal parental permite que la madre



traspase cierto período de tiempo al padre, en la realidad dicha situación ha ocurrido apenas en el 0,2% de los casos, según estadísticas del INE, lo que demuestra su nula aplicación.

4.- Finalmente, atendido todo lo anterior, y una vez comprobada la hipótesis, en la parte final de mi investigación decidí pasar del diagnóstico a la propuesta, y esboqué los lineamientos de una posible futura reforma para los derechos contemplados en nuestro Código del Trabajo, incluyendo ahora también el derecho a no discriminación por estado de gravidez y el derecho a fuero por maternidad y paternidad. Para tal efecto, me basé fundamentalmente en el estudio que realizó Irene Lapuerta sobre los diferentes modelos de derechos sobre conciliación de la vida familiar y la actividad laboral en los países de Europa, que ponía especial hincapié en el padre como sujeto de dichos derechos.

Además de lo anterior, y aunque de manera muy somera, planteé la necesidad de considerar a futuro nuevos derechos laborales relacionados con la parentalidad, tales como el derecho a asistir a reuniones a de apoderados, o citaciones a los mismos por parte de alguna autoridad de

establecimientos educacionales. En este punto, considero, se abre una nueva línea de investigación que bien podría ser abordada en particular a futuro.

Ahora bien, respecto de las otras propuestas de reforma esbozadas, que dicen relación con los derechos ya contemplados en nuestro Código del Trabajo, alguien podría considerarlas de ingenuas y/o antojadizas. Es decir, ¿Por qué proponer cuatro semanas de derecho a descanso pre y post natal para el padre? ¿Por qué no doce, o quince, o veinte incluso? El lector podría preguntarse por qué no propuse derechamente un año entero, pues nadie podría discutir la relevancia del rol del padre en esa etapa de la vida de los hijos. Sin embargo, lo cierto es que mi propuesta se ha apegado a los criterios que se han estado estableciendo recientemente en otras legislaciones, como la española, ya vista, y, a la vez, con ella he pretendido homologar, de cierta forma, la misma evolución que estos mismos derechos han tenido en los últimos cien años, pero respecto de las mujeres, tanto en la legislación internacional, como en nuestro país, según también expuse en el segundo capítulo de esta investigación.

En ese sentido, estoy plenamente consciente de que el camino de mi género hacia la igualdad plena de derechos laborales relacionados a la

conciliación de la vida familiar y la actividad laboral debe ser paulatino, progresivo, y paralelo a cambios de nuestra forma de pensar como Sociedad, respecto de los roles de género, materia que escapa a una reforma legal, y que pasa fundamentalmente por políticas de educación y comunicación.

Con todo, respecto de la factibilidad económica de realizar las reformas propuestas en el tercer capítulo de mi investigación, considero que si la gran mayoría de los derechos que abordé -para tal efecto- han regido desde hace varias décadas, y los legisladores y empleadores de la época de su dictación consideraron que se podían otorgar subsidios monetarios, por ejemplo, con ocasión del ejercicio de los permisos por descanso pre y post natal, en circunstancias de que en dicho tiempo las mujeres tenían un promedio de 5 a 6 hijos cada una, durante su vida fértil, entonces no existiría gran dificultad para que ahora se pudieran extender estos mismos derechos al padre, pues en la actualidad las mujeres chilenas ni siquiera alcanzan a tener 2 hijos cada una, es decir, tres veces menos.

Para ser precisos, según los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadísticas en 2012, a inicios de la década de los sesenta, Chile

mostraba un promedio levemente superior a 5 hijas e hijos nacidos por mujer durante su vida fértil, y para el año 2012, dicho promedio bajó a 1,8 hijos por mujer chilena, en circunstancias que el mínimo de hijos que debiera tener cada mujer en su vida, dentro de una nación, para que ésta sólo se mantenga en el tiempo, es de 2,1 hijos por mujer.

Esta señal es clara, y es grave, y da cuenta ya no de las meras posibilidades económicas de realizar estas reformas, sino que, derechamente, de la real necesidad social de implementarlas, pues mientras en nuestro país la decisión de tener un hijo sea en realidad la decisión de una mujer, que debe elegir entre realizarse profesionalmente, o renunciar a ello y ser madre, sabiendo que dicha tarea recaerá sólo en ella, pues el padre de su hijo –aunque quiera- no podrá participar de la crianza y educación del mismo ni activa, ni permanente, ni equitativamente en relación a ella, pues cada vez más seguirá optando por no tenerlos, o tener sólo uno o dos, lo que más temprano que tarde implicará una crisis demográfica y previsional de la que difícilmente podremos hacernos cargo.

Nos transformaremos en un país sin niños, lo que en el fondo, será lo mismo que transformarnos en un país sin futuro.

## BIBLIOGRAFÍA

### I.- Fuentes Bibliográficas

1.- CABERO Morán Enrique. 2007, "Relaciones laborales e igualdad efectiva de mujeres y hombres". En publicación Igualdad ¿para qué?: A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres / coord. por Ángela Figueruelo Burrieza, María Luisa Ibáñez Martínez, Rosa María Merino Hernández. Granada, España.

2.- LATHROP, Fabiola. 2007 "Custodia compartida de los hijos e igualdad material entre progenitores" En publicación Igualdad ¿para qué?: A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres / coord. por Ángela Figueruelo Burrieza, María Luisa Ibáñez Martínez, Rosa María Merino Hernández. Granada, España.

3.- MARTÍN CASARES, Aurelia. 2006. "Antropología del género. Culturas, mitos y estereotipos sexuales". Universidad de Valencia.

### II.- Legislación Nacional

- Impresa:

4.- Chile. Código Civil. 2010. Santiago, Editorial Jurídica de Chile

- Online:

5.- Chile. Código Civil. [en línea]  
<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>> [Última modificación:  
09 Enero 2014 Ley 20.720] [consulta: 28 Noviembre 2014]

6.- Chile. Código del Trabajo [en línea]  
<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207436>> [última modificación  
27 Octubre 2014 Ley 20.786] [consulta: 14 Enero 2015]

7.- Chile. Código del Trabajo 1931 [en línea] <  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=4941>> [consulta: 14 Enero 2015]

8.- Chile. Código del Trabajo 1987 [en línea] <  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30011>> [consulta: 14 Enero 2015]

9.- Chile. Constitución Política de la República. [En línea]  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302> [Última modificación 03 de Mayo 2014] [consulta: Viernes 12 Diciembre 2014]

10.- Decreto Ley N°442 del año 1925 [en línea]  
<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6085>> [consulta: 14 Enero 2015]

11.- Decreto N° 44 del año 1978. Fija normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado [en línea] [http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=4252\\_](http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=4252_) [consulta: 14 Enero 2015]

12.- Ley N°3.186. 1917 Establece el servicio de cunas en las fábricas, talleres o establecimientos industriales en que se ocupen 50 o más mujeres mayores de 18 años. [en línea] <  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=23792>> [consulta: 14 Enero 2015]

13.- Ley N° 5.680. 1935 Modifica los artículos N° 223 y 224 del Código Civil [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=185966>> [consulta: 15 Enero 2015]

14.- Ley N° 10.271. 1952. Introduce diversas modificaciones en el Código Civil [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=26332>> [consulta: 15 Enero 2015]

15.- Ley N° 18.802. 1989. Modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley N° 16.618 [en línea]<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30179>> [consulta: 15 Enero 2015]

16.- Ley N° 19.250. 1993. Modifica Libros I, II y V del Código Del Trabajo, artículo 2472 del Código Civil y otros textos legales [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=19250>> [consulta: 14 Enero 2015]

17.- Ley N°19.505. 1997. Concede permiso especial a trabajadores en caso de enfermedad grave de sus hijos [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=74459>> [consulta: 14 Enero 2015]

18.-Ley N°19.585. 1998. Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación [en línea]<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=126366>> [consulta: 15 Enero 2015]

19.- Ley N°20.047. 2005. Establece un permiso paternal en el Código del Trabajo [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=241556>> [consulta: 14 Enero 2015]

20.- Ley N°20.166. 2007. Extiende el derecho de las madres trabajadoras a amamantar a sus hijos aun cuando no exista sala cuna [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=258270>> [consulta: 14 Enero 2015]

21.- Ley N°20.399. 2009. Otorga derecho a sala cuna al trabajador [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008293>> [consulta: 14 Enero 2015]

22.- Ley N°20.535. 2011. Concede permiso a los padres de hijos con discapacidad, para ausentarse del trabajo [en línea] <  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1030318>> [consulta: 14 Enero 2015]

23.- Ley N°20.545. 2011. Modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental [en línea] <  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1030936>> [consulta: 14 Enero 2015]

24.- Ley N°20.761. 2014. Extiende a los padres trabajadores el derecho de alimentar a sus hijos y perfecciona normas sobre protección de la maternidad [en línea] <  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1064664>> [consulta: 14 Enero 2015]

### **III.- Legislación Internacional**

-Online:

25.- Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969 [en línea]  
[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm) [consulta: Viernes 12 Diciembre 2014]

26.- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. 1994. Artículo 8, letra b. [en línea]  
<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html> [consulta: Viernes 12 Diciembre 2014]

27.- Convención Internacional sobre Derechos del Niño de 1989. [en línea]  
<<http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Texto-Oficial-de-la-Convencion> >  
[consulta: 07 de Noviembre de 2014]



28- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. 1979 [en línea] <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm> > [consulta: 07 de Noviembre de 2014]

29.- Convenio N° 3 OIT Sobre Protección de la Maternidad. Año 1919 [en línea] <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312148](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312148)> [consulta: 14 Enero 2015]

30.- Convenio N° 103 OIT Sobre Protección de la Maternidad (Revisado). Año 1952 [en línea] <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312248:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312248:NO)> [consulta: 14 Enero 2015]

31.- Convenio N° 156 OIT Sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares. Año 1981 [en línea] <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C156](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156)> [consulta: 14 Enero 2015]

32.- Convenio N° 183 OIT Sobre Protección de la Maternidad (Revisado). Año 2000 [en línea] <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312328:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312328:NO)> [consulta: 14 Enero 2015]

33.- Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948 [en línea] <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>> [consulta: Viernes 12 Diciembre 2014]

34.- España. Ley 9/2009. [En línea] <<http://www.boe.es/boe/dias/2009/10/07/pdfs/BOE-A-2009-15958.pdf>> [consulta: 02 Febrero 2015]

35.- España. Ley Orgánica 3/2007. [En línea] <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-6115>> [consulta: 02 Febrero 2015]

36.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15551>> [consulta: Viernes 12 Diciembre 2014]

37.- Recomendación N° 123 OIT Sobre el Empleo de Mujeres con Responsabilidades Familiares. Año 1965 [en línea] <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312461:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312461:NO)> [consulta: 14 Enero 2015]

#### **IV.- Artículos de Revistas**

38.- LATHROP, Fabiola 2008. “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”. En Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri. N° 10, junio 2008

#### **V.- Memorias de Grado**

39.- CISTERNAS GASSET, Manuela Ximena. 2010. Discursos de Género en la Agrupación “Amor de Papá”. Tesis para optar al título de Antropóloga Social. Universidad de Chile. Santiago de Chile [en línea] <[http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2010/cs-cisternas\\_m/pdfAmont/cs-cisternas\\_m.pdf](http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2010/cs-cisternas_m/pdfAmont/cs-cisternas_m.pdf)> [Consulta: 17 de Diciembre de 2014]

40.- FORRAY C. María 2007 Tesis para optar al grado de Magister en Psicología Clínica, mención Estudios de la Pareja y la Familia “Creencias acerca de la Paternidad en padres que disponen de un permiso postnatal para los cuidados de su hijo recién nacido” [en línea] <[https://docs.google.com/file/d/0B\\_r2HsC2Cv0VQVIFb0lmSzM0bGs/edit?pli=1](https://docs.google.com/file/d/0B_r2HsC2Cv0VQVIFb0lmSzM0bGs/edit?pli=1)> [consulta: 14 Enero 2015]

## VI.- Otras fuentes virtuales/en línea

41.- ACUÑA, Marcela. 2013 “El principio de Corresponsabilidad Parental” [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071897532013000200002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071897532013000200002&script=sci_arttext)> [consulta: 07 de Noviembre de 2014]

42.- Afiche Campana UNICEF sobre Paternidad Activa. 2014 [en línea] <<http://www.eme.cl/wp-content/uploads/2014-afiche-paternidad-activa-para-padres-ChCC-UNICEF-CulturaSalud.pdf>> [consulta: 14 Enero 2015]

43.- BANCHS, María. 1999. “Género masculino. Buscando al padre en la literatura”. En Segundas Jornadas Ucevistas de Investigación en Género. 26 al 28 de mayo de 1999. Sala E. Universidad Central de Venezuela [en línea] <[http://webs.uvigo.es/pmayobre/textos/maria\\_banchs/genero\\_masculino\\_buscando\\_al\\_padre.pdf](http://webs.uvigo.es/pmayobre/textos/maria_banchs/genero_masculino_buscando_al_padre.pdf)> [consulta: 09 de Diciembre de 2014]

44.- Boletín N° 5705-13. 2008 [en línea] <[http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=5705-13](http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=5705-13)> [consulta: Viernes 12 Diciembre 2014]

Boletín N° 9749-13. 2014 [en línea] <[http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=9749-13](http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9749-13)> [consulta: Viernes 12 Diciembre 2014]

45.- CEPAL. 2002 “Propuesta de indicadores de paternidad responsable” [en línea] <[http://www.cepresi.org.ni/files/doc/1211300393\\_Propuesta%20Indicadores%20Paternidad%20Responsable..pdf](http://www.cepresi.org.ni/files/doc/1211300393_Propuesta%20Indicadores%20Paternidad%20Responsable..pdf)> [consulta: Viernes 12 Diciembre de 2014]

46.- DEMBOWSKI, Natalia. “¿Derecho a la maternidad en Chile? Sólo para algunas [en línea] <<http://ciperchile.cl/2014/09/03/%C2%BFderecho-a-la-maternidad-en-chile-solo-para-algunas/>> [consulta: 02 Febrero 2015]

Dirección del Trabajo. Centro de consultas laborales. [En línea] <http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-article-60117.html> [consulta: 06 Marzo 2015]

47.- Historia de la Ley N° 20.680. 2013 Biblioteca Congreso Nacional [en línea]

<<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/44153/7/H L20680.pdf>> [consulta: Viernes 12 Diciembre 2014] p. 12

48.- LA BIBLIA. Libro Efesios. Edición Reina Valera 1960. [En línea] <<http://www.bibliaenlinea.org/efesios-5>> [consulta: Viernes 12 Diciembre 2014]

49.- LA BIBLIA. Libro Génesis. Edición Reina Valera 1960. [En línea] <<http://www.bibliaenlinea.org/genesis-3>> [consulta: Viernes 12 Diciembre 2014]

50.- LAPUERTA, Irene. “¿Influyen las políticas autonómicas en la utilización de la excedencia por cuidado de hijos?” [En línea] <[http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS\\_141\\_021358268915241.pdf](http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_141_021358268915241.pdf)> [consulta: 02 Febrero 2015]

51.- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 2012 “Derechos de las Mujeres e Igualdad de Género” [en línea] <<http://www.onu.cl/onu/derechos-de-las-mujeres-y-equidad-de-genero/>> [consulta: 17 Diciembre de 2014]

52.- Página Oficial Servicio de Impuestos Internos. Valor UTM y cálculo IPC. [En línea] <<http://www.sii.cl/pagina/valores/utm/utm2014.htm>> [consulta: 02 Febrero 2015]

53.- Programa Chile Crece Contigo. 2011 [en línea] <<http://www.crececontigo.gob.cl/2011/desarrollo-infantil/gestacion/paternidad-activa/>> [consulta: 14 Enero 2015]

54.- SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL. 2014 “Subsidio por Permiso Postnatal Parental a dos años de su creación” [en línea] <http://www.suseso.gob.cl/Repositorio/20381%5CEstudio%20PPP%202013.pdf> p.18 [consulta: 02 Febrero 2015]