

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

LA INSERCIÓN DE LA MUJER EN EL CAMPO LABORAL Y SU DISCRIMINACIÓN.

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

PROFESOR GUIA: RICARDO JURI SABAG.

MEMORISTAS:

MARIO RIVERA ARAYA.

ROMINA ROMÁN ORELLANA.

Introducción .	1
Capítulo I. Realidad del trabajo femenino. . .	3
La consolidación de un proceso (1950 hasta hoy) .	4
Primeros aportes a la protección de los derechos de la mujer trabajadora . .	5
Los sectores económicos ocupados por la mujer .	5
Del campo a la fábrica. .	5
El mundo de los servicios. .	6
Mirando al futuro. .	7
Capítulo 2. La inserción de la mujer en el mercado laboral chileno. .	9
La mujer y el principio de la no discriminación. .	11
Discriminación de la mujer en el trabajo. . .	12
Posibles causas de discriminación de la mujer. .	13
Capítulo 3. Protección laboral de la mujer . .	15
El Derecho al descanso, al subsidio y a la integridad física de la mujer embarazada . .	19
Derecho al fuero maternal. . .	20
Derecho a Salas Cuna .	21
Protección de derechos específicos de la mujer. .	23
Problemas que enfrentan las mujeres respecto de su inserción en el campo laboral . .	24
Capítulo 4. El contrato de trabajador de casa particular. . .	27
Referencias al género. .	27
La discriminación de la mujer trabajadora de casa particular. . .	28
El contrato de trabajador de casa particular como contrato especial . .	29
Evolución histórica del contrato. . .	29
Definición de trabajador de casa particular. . .	31
Requisitos del contrato de trabajador de casa particular. .	32
Período de prueba. .	32

Subsistencia de la relación laboral. . .	33
Jornada de trabajo. . .	34
Descanso semanal. . .	35
Remuneración. . .	36
Feriado. . .	37
Conservación del cargo en caso de enfermedad. . .	37
Término de la relación laboral. . .	38
Indemnizaciones. . .	41
Indemnización sustitutiva del aviso previo. . .	41
Indemnización a todo evento. . .	42
Seguridad Social. . .	43
El fuero maternal de las trabajadoras de casa particular. . .	43
Capítulo 5. Acoso Sexual Laboral. . .	47
Concepto. . .	47
Clasificación del acoso sexual. . .	48
Efectos que produce el acoso sexual. . .	49
Acoso sexual y género. . .	50
Situación actual del acoso sexual en Chile. . .	51
El Proyecto de Acoso Sexual en Chile. . .	52
Enfoque del problema por la Dirección del Trabajo.- . .	54
Legislación Internacional. . .	55
Capítulo 6. La flexibilización en la organización del trabajo. . .	57
Flexibilidad al interior de la empresa. . .	58
Fuentes de la flexibilidad laboral. . .	61
La Legislación. . .	62
La negociación colectiva. . .	63
Los contratos individuales de trabajo. . .	63
Las decisiones unilaterales del empleador . . .	65
La Interpretación administrativa. . .	66

Relaciones laborales y relaciones de género. . .	67
Capítulo 7. El Teletrabajo, una nueva forma de flexibilidad laboral. . .	71
Tipos de teletrabajo . . .	73
Tratamiento legal del teletrabajo, una tarea pendiente. . .	74
Concepto jurídico laboral del teletrabajo y sus clasificaciones. . .	74
Regulación jurídica del teletrabajo. . .	75
Ventajas y desventajas del teletrabajo . . .	77
Ventajas del teletrabajo . . .	77
Desventajas del teletrabajo. . .	77
Relación teletrabajo género. . .	78
Aplicaciones del teletrabajo en Chile. . .	80
Capítulo 8. La Mujer y el Asunto Previsional. . .	83
La Seguridad Social. . .	83
Concepto. . .	83
Fundamento de la Seguridad Social. . .	84
Principios de la Seguridad Social. . .	84
Instituciones que comprende la Seguridad Social. . .	86
El Decreto Ley 3.500 . . .	87
Elementos del Sistema de Pensiones de Capitalización Individual. . .	87
La mujer y las Administradoras de Fondos de Pensión. . .	90
Análisis de la situación de la mujer en los sistemas previsionales. . .	91
Las pensiones de las mujeres en el antiguo Sistema de Reparto. . .	91
Las pensiones de la mujer bajo el DL 3500. . .	92
La salud en Chile. . .	94
Características generales del Sistema Público de Salud. . .	96
Las Instituciones de Salud Previsional. . .	97
La mujer y la salud. . .	98
Las Isapres y el género. . .	98
El costo asociado a la cobertura femenina en las Isapres. . .	100

Conclusiones .	105
Referencia bibliográfica. .	109
Publicaciones y encuestas: . .	111
Sitios web .	112

Introducción

Comenzando el siglo XXI nadie se atrevería a negar el significativo papel de la mujer en el mundo laboral. El proceso de incorporación de la mujer a la esfera productiva, como hoy lo conocemos, se inicia a partir de la época ilustrada, siglo en cual el trabajo se convierte casi en una nueva religión. No sólo interesan las formas, también sus protagonistas y éstos ya no son exclusivamente hombres; las mujeres no tardan en formar parte de ese mundo por la demanda que el industrialismo requiere de su mano de obra. Sin embargo, en las primeras épocas, su presencia en el trabajo resulta problemática, pues la incorporación al mercado laboral, rompe con la identidad de la etapa preindustrial, ya que las mujeres desarrollan ahora su vida entre dos ámbitos: el productivo y el reproductivo. Esto acarrea problemas sustanciales por la necesidad femenina de atender a dos tipos de empleos muy diferentes y a tiempo completo. Aparecen además argumentos de índole ideológica más trascendentes cuando se trata de buscar una adecuación entre lo que se entiende por feminidad y trabajo. Muchos ilustrados del siglo XIX se opusieron férreamente a la idea de la inserción de la mujer en el campo laboral. Argumentaban que el trabajo de ésta se encontraba en el hogar, realizando tareas domésticas, velando por el bienestar de la familia y el cuidado de los hijos.

La presencia de las mujeres en el mundo productivo extradoméstico se vuelve una realidad irreversible a lo largo del siglo XIX y XX, consecuencia no sólo de la consolidación industrial, sino también del crecimiento urbano que tiene lugar paralelamente y del impulso que recibe el desarrollo material y económico.

El objetivo del presente trabajo es dar una visión general y esquemática de la situación de las mujeres en el campo del trabajo; haciendo presente, tanto los derechos y principios que se les reconocen en este ámbito, como las desigualdades de género que sufren producto del trato discriminatorio que muchas veces les afectan respecto de sus pares hombres.

Iniciamos el desarrollo del presente trabajo, analizando en el Capítulo Primero la realidad y evolución histórica del trabajo femenino.

En el Capítulo Segundo veremos la inserción que ha tenido la mujer en el mercado laboral chileno y los principales problemas que ha debido resolver frente al tema de la discriminación. Como contrapartida en el Capítulo Tercero señalaremos la protección que ha otorgado la legislación laboral a la mujer frente a la maternidad y al rol que desempeña en el cuidado de sus hijos y la familia.

En el Capítulo Cuarto, estudiaremos un contrato de trabajo especial, donde el sujeto activo de la relación laboral pasa a ser casi en forma exclusiva la mujer, es el caso del contrato de trabajador de casa particular.

El Capítulo Cinco trata sobre el acoso sexual en el trabajo, situación en la cual la mayoría de las afectadas son mujeres, donde, sin perjuicio de la relevancia que tiene el problema en nuestra sociedad y en el mundo entero, el asunto no ha sido aún regulado por nuestro sistema jurídico.

En el Capítulo Sexto, se desarrolla la flexibilidad laboral de una forma general, analizando sus fuentes, las relaciones laborales de género y cómo interactúa la flexibilidad para facilitar la incorporación de la mujer al mercado laboral.

En el Capítulo Séptimo, veremos el teletrabajo, su tratamiento legal, ventajas y desventajas y cómo influye en la inserción de la mujer en el campo del trabajo.

Finalmente, para concluir nuestro trabajo, en el Capítulo Octavo desarrollamos el asunto previsional de la mujer, donde apreciaremos la discriminación que existe para ésta en su incorporación al Sistema de Salud Privado; las Isapres elevan el costo de los planes de salud cuando se trata de la cobertura requerida por las mujeres, lo que se explicaría fundamentalmente por la maternidad y la mayor esperanza de vida de éstas. Respecto de las Administradoras de Fondos de Pensión, la cuestión radica en la edad mínima necesaria para optar a la jubilación, la cual, es menor en el caso de las mujeres. Contrariamente a lo que pudiera pensarse, veremos que éste no es precisamente un beneficio para la mujer.

Capítulo I. Realidad del trabajo femenino.

El reparto de la mano de obra femenina entre los distintos empleos vendrá determinado por la estructura económica, las ideas sobre funciones propias del sexo y la preparación o calificación de las interesadas.

En su primera etapa, las mujeres campesinas y obreras que realizaban trabajos fundamentalmente agrícolas, comenzaron a desplazarse del campo a la ciudad siguiendo la tendencia generalizada que marcó el industrialismo. Las mujeres comenzaron a desempeñarse laboralmente en fábricas textiles donde desarrollaban todo tipo de actividades propias de la costura, teniendo sin embargo durísimas condiciones de trabajo con interminables jornadas. La férrea disciplina que los capataces imponían para garantizar la máxima producción, a veces llegaba al punto de prohibir a las trabajadoras hablar. La falta de mínimas medidas de higiene, la atmósfera cargada que se respiraba y las posiciones forzadas que se adoptaban, hacían el trabajo más penoso, convirtiéndolo en un foco permanente de enfermedades de todo tipo, las cuales muchas veces trataban de superar en pie, pero que en ocasiones forzaban a una suspensión temporal de actividades o lo que era peor, a la retirada definitiva cuando no había otro remedio.

Con el correr del tiempo, en la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX, las mujeres fueron abarcando otras tareas dentro del campo laboral. Comienzan así a desempeñarse como trabajadoras de casa particular, laborando y viviendo dentro del hogar de sus empleadores. También se inician en el área comercial donde las

vendedoras representan otra de las imágenes típicas de la actividad femenina. La comercialización de los productos que los hombres habían cosechado en el campo, conseguido en el mar o fabricado en el taller, recaía con frecuencia en las esposas. El desarrollo del comercio a partir del siglo XIX, trae consigo la incorporación de la mujer al trabajo, pues los empresarios comienzan a contratarlas, interesados en el bajo salario que ellas reciben.

De las profesiones liberales, la educación primaria era el único campo en el que nunca se había cuestionado la capacidad femenina. En un comienzo, las mujeres enseñaban a leer y a escribir, instruían la religión y preparaban a sus pares en las labores propias de su entorno. Cuando la preocupación por la educación de los gobiernos creció, se procuró una mejor preparación para las maestras y nadie discutió su capacidad para instruir durante las primeras etapas de la niñez. Ello les permitió convertirse en la máxima expresión de cultura femenina, en prototipo de mujer independizada y lograr así ser una parte fundamental en la educación primaria.

La consolidación de un proceso (1950 hasta hoy)

La Segunda Guerra Mundial implicó un gran cambio en la situación laboral de la mujer, ya que fue entonces cuando se comenzó a pensar en ella como un elemento productivo, pues mientras los hombres peleaban en los frentes, la mujer ocupaba su lugar, contribuyendo de forma decisiva al sostenimiento de la sociedad durante los conflictos bélicos. Una vez terminada

la guerra, la mujer no se reincorporó a las labores domésticas, sino que permaneció en el mundo laboral. Este hecho permitió a las familias percibir un ingreso extra, lo que fomentó el consumo y por ende un aumento del empleo, que favoreció el desarrollo económico en los países industrializados y el surgimiento de un estado de bienestar general. Consecuencia de esto, la mujer adquirió un importante papel en el mundo laboral, pues el número de trabajadoras aumentó considerablemente. No obstante, esta creciente importancia no significó un trato igualitario respecto al hombre en el campo laboral, siendo víctima de abismantes discriminaciones.

Además de los factores antes expuestos hay otros importantes aspectos que debemos señalar:

Disminución de la tasa de natalidad.

Desde 1970, además de descender el número de hijos, las mujeres planificaron el nacimiento de éstos de modo de facilitar su reincorporación al mundo laboral después de haberlos criado o bien concibiéndolos luego de terminadas sus carreras.

Crecimiento económico.

En lo referido a la economía, cabe destacar que el fuerte crecimiento del sector terciario favoreció la incorporación de la mujer al mundo laboral. Por otro lado, el deseo de las familias de gozar de una mejor calidad de vida, hizo necesario el aporte de

mayores ingresos salariales. Este suceso se vio acentuado en los países con alto PIB debido a las necesidades subjetivas de sus habitantes.

Avances tecnológicos.

Los avances tecnológicos y la creación de aparatos electrodomésticos que facilitaron las labores caseras, permitieron a la mujer tener más tiempo disponible para incorporarse al mercado del trabajo sin que esto significara un descuido de su hogar.

La inserción de la mujer en el mundo laboral y su creciente protagonismo trajo como beneficio más destacable su admisión en carreras cuyo ingreso era hasta entonces permitido sólo a los hombres, por lo que la mujer se había visto relegada a un papel secundario. Con el término de la discriminación en la educación, la mujer podía aspirar a trabajos con mayor remuneración.

Primeros aportes a la protección de los derechos de la mujer trabajadora

La situación de la mujer en el mundo laboral a partir de 1950 es la suma de elementos heredados y de cambios introducidos poco a poco. Con el paso del tiempo, las normas referidas al trabajo de la mujer han ido evolucionando. La situación social en que vivía la mujer, en la cual sólo estaba dotada para la maternidad, la lactancia y otras tareas similares, concluirá con la firma de nuevos acuerdos, la aprobación de leyes que la protejan y la promoción de acciones que favorezcan la situación de la mujer tales como la Convención N° 100 de la OIT (1951) que se recoge en el Art. 119 del Tratado de Roma (1957) cuyo lema principal era "igual salario a igual trabajo". Sin embargo, las diferencias persistieron hasta los años setenta por lo que se estableció el principio de "salario igual a trabajos de valor comparable".

Esta evolución de la mujer en el mundo laboral se ha visto entorpecida por la ejecución de los deberes familiares y su desigual reparto entre sexos, lo que obliga a la mujer a detener su actividad laboral con mayor frecuencia. Hasta el momento las interrupciones habían sido provocadas por el nacimiento de los hijos y el cuidado de éstos, aunque en la actualidad a este problema se le añade el cuidado de nuestros mayores debido al envejecimiento de la población.

Los sectores económicos ocupados por la mujer

Del campo a la fábrica.

Las mujeres que habitaban las zonas rurales de las sociedades industrializadas han

sufrido las consecuencias de las transformaciones de la producción agrícola. Son las víctimas de la depuración del campo y del éxodo masivo de los suyos. Las mujeres campesinas que se veían obligadas a emigrar a las zonas industriales se sentían indefensas y con gravísimos problemas de adaptación.

En el ámbito rural, la mujer sufría más aisladamente los fuertes perjuicios de la rígida estructura social imperante. En las zonas rurales la mujer sufría una doble condición de marginalidad: por un lado como mujer supeditada a las tradiciones patriarcales y por otra parte, como campesina que habitaba en las zonas más abandonadas y que sufría la explotación de las sociedades agrarias. Si a esto se le suma la falta de servicios como escuelas y hospitales, queda patente el bajo nivel de vida al que estaba sometida la mujer.

A menudo cuando se habla de la lucha feminista, se piensa poco en las mujeres del campo, las cuales eran abandonadas en una suerte de regresión cultural, aisladas y sometidas a una fuerte presión social que dificultaba su libertad. La evolución de la mujer en las zonas rurales estuvo estrechamente relacionada con las reformas agrarias, con la revalorización económica y social del trabajo agrícola y a que se facilitaron las comunicaciones de todo orden con las otras zonas de nuestra sociedad, con el fin de que sus vidas se actualizaran y se dignificaran.

Dentro de las ramas de la industria cabe destacar el alto índice de participación en la industria textil, de alimentación, etc. También hay sectores en los que la demanda ha aumentado en los últimos años, como electricidad y electrónica, pero la mujer ha realizado trabajos de tipo manual y no mecanizados. De ahí que se dé una fuerte segregación. Con la llegada de las nuevas tecnologías, la mujer pudo obtener trabajos más técnicos y con un grado superior de preparación. Aún así, hubo un gran número de mujeres subordinadas a otros cargos inferiores, puesto que los más altos eran ocupados por hombres.

Con todo lo dicho anteriormente se ve favorecida la situación de discriminación salarial, en las fábricas en las que coexisten mujeres y hombres. Aunque hay otros factores que contribuyen a la desigualdad salarial; como puedan ser las barreras puestas a su promoción, el método de evaluación de empleo, las interrupciones que sufre en su trabajo (como puede ser el embarazo), el alejamiento por parte de las mujeres del horario nocturno, la falta de acumulación de horas extras que suponen un incremento notable en el salario. Aún así, desde 1950 el salario de la mujer se ha aproximado paulatinamente al del hombre.

El mundo de los servicios.

El sector terciario experimentó una gran expansión a partir de la Segunda Guerra Mundial, que hasta hoy día se ha convertido en el gran impulsor del empleo femenino. Las mujeres que están trabajando dentro del sector terciario, ya sea en cualquiera de sus ramas representan tres cuartas partes del total de ocupadas.

Si se tiene en cuenta la categoría socio-económica, ocurre algo similar que en los otros sectores, ya que el número de mujeres que ocupan altos cargos es muy escaso. Así

pues, desde este punto de vista se puede explicar la existencia de una clara desventaja para la mujer, ya que éstas se encuentran concentradas en cargos de un nivel inferior.

La mayoría de las mujeres ocupadas en este sector posee estudios primarios, aunque cabe destacar que este nivel ha ido aumentando, creciendo el número de mujeres con estudios medios y universitarios. De este modo, el mejoramiento del nivel cultural de la población femenina ha conducido a un

ligerísimo aumento de mujeres en categorías socio- económicas que no acaparaban en el pasado.

En lo referido al sector público y privado cabe destacar, que en ambos casos la educación y la fuerza individual continúan siendo elementos claves para asignar el puesto de empleo. Desde el punto de vista de las categorías socio- económicas, la situación es peor en el sector privado que en el público, ésto debido a que en las empresas privadas la mujer ocupa cargos no calificados, mientras que en el sector público hay más mujeres en altos cargos.

Las mujeres que ostentan niveles educativos elevados ocupan cargos en sectores como: educación, investigación, cultura y sanidad.

La evolución en el empleo se verá dentro de unos años, cuando la equiparación sea mayor y los actuales estudiantes se conviertan en profesionales. Se podrá observar entonces, el efecto del aumento del nivel de formación en las mujeres, así como el mejoramiento de los cargos que ostentarán en un futuro equiparándose con los hombres.

Mirando al futuro.

La situación actual de la mujer ha sido consecuencia de la industrialización. Su evolución en el mercado laboral también hay que asociarla a una multitud de factores, como: los demográficos, económicos, familiares, sociales, ideológicos y educativos.

La progresiva incorporación de la mujer al campo del trabajo, aumentó notoriamente después de la Segunda Guerra Mundial, en la que tuvo un importante desempeño. A esto debemos sumar la expansión económica en los años sesenta y setenta, cuando las familias requirieron un mayor aporte salarial debido a la incorporación de una denominada "sociedad de bienestar" que comenzó a imperar en la época.

Con el aumento numérico de trabajadoras, la población activa femenina cambió su composición interna. Paralelo a este aumento se produce otro cambio de importancia, ya que aumenta el número de trabajadoras casadas que antes era insignificante.

En cuanto a los sectores económicos, se ha producido un traslado desde la agricultura, industria y servicio doméstico a otros sectores, sobre todo al sector servicios lo que es producido entre otros factores, por la terciarización que sufren los países avanzados.

En cuanto a la educación, cabe destacar el mejoramiento de la formación profesional de la mujer, que ha posibilitado que pueda acceder a puestos de una mayor responsabilidad y de mejor calificación, trayendo como consecuencia un incremento en los salarios y una mayor consideración social.

Aunque en estos últimos años han abundado los cambios en el ámbito laboral de la mujer, también han permanecido ciertas situaciones que la ponen en una posición de desventaja frente al hombre, entre ellas cabe destacar la atención familiar, la segregación existente en algunos sectores y la discriminación salarial; la cual perdura hasta nuestros días, pero de una manera mucho menor al margen existente en décadas anteriores.

El hecho de existir hoy en día ciertas discriminaciones que ponen en una posición de desventaja a la mujer, hacen imprescindible los esfuerzos por hacer más viable la situación de la mujer en el ámbito laboral con: igualdad de oportunidades, igualdad salarial, etc.

Todos estos cambios y esfuerzos no persiguen otro fin que el conseguir una sociedad igualitaria en la que no haya ningún tipo de preferencias ni desigualdades. Donde primen las cualidades o aptitudes de la persona por sobre su condición de hombre o mujer a la hora de contratar a un individuo.

Capítulo 2. La inserción de la mujer en el mercado laboral chileno.

La progresiva inserción de la mujer en el campo laboral chileno, ha transformado positivamente el desarrollo y crecimiento de nuestro país. Sin embargo, este proceso no ha sido fácil considerando los problemas que genera, por un lado, su condición de madre, dueña de casa y trabajadora, y por otro la discriminación a la que suele enfrentarse, ya sea por hechos aislados y/o mitos que se han identificado con el trabajo de la mujer.

Según lo avalan diversas investigaciones y estudios, el aporte femenino no sólo contribuye en las múltiples actividades que desarrolla, sino además su alto grado de preocupación en distintos empleos aporta en forma significativa en sus resultados lo que no debe ser un impedimento frente a elementos discriminatorios hacia la mujer y su empleabilidad.

Las mujeres se incorporan al mundo laboral, progresivamente desde fines del siglo XIX, llegando a conformar un tercio de la población activa en 1907, influido principalmente por factores tales como la migración de la mujer desde el campo a la ciudad, el desarrollo de polos urbanos y administrativos.

La participación femenina se concentró principalmente en la industria (fábricas y domicilio) y se caracterizó por sus salarios extremadamente bajos. Entre 1903 y 1921 las mujeres percibían la mitad que los hombres, y no sólo porque estaban en trabajos peor remunerados, sino que además se les pagaba menos que a los hombres por igual cargo.

Sin embargo durante los años '30 disminuyó considerablemente la participación femenina en trabajos remunerados producto de la crisis económica, llegando a un quinto de la población (1930).

En la década de los '40, la población femenina en el trabajo vuelve a aumentar, pero ahora se orienta al campo de profesiones y oficios con especialización.

En los '50, continúa en aumento la proporción de mujeres en los trabajos remunerados, concentrándose en industrias y servicios (oficinistas, vendedoras).

A partir de 1970 la proporción femenina en el campo laboral tuvo un crecimiento sostenido hasta alcanzar un cuarto de la población trabajadora a mediados de los '80 creciendo inclusive a tasas mayores que las de los hombres.

Asimismo, a mediados de la década de los '80, la participación de la mujer en el campo del trabajo experimentó un notable crecimiento, llegando a representar un 30% de la fuerza laboral de los '90. La siguiente tabla nos permite apreciar el desarrollo de la mujer en el campo laboral.

POBLACION ECONOMICA ACTIVA EN CHILE		
AÑO	MUJERES	HOMBRES
1952	25,0%	75,0%
1960	22,4%	77,6%
1970	22,8%	77,2%
1982	26,0%	74,0%
1992	29,5%	70,5%

FUENTE. "Mundo de mujer: Continuidad y cambio", CEM centro de estudio de la mujer, basados en datos del INE (censo de población y vivienda).

Actualmente, la fuerza de trabajo femenina en nuestro país representa un 33% del total de trabajadores y corresponde a 1.929.150 (encuesta de empleo INE 1999).

Si comparamos esta cifra con la de otros países, como por ejemplo Suecia, Estados Unidos y Francia, donde la tasa femenina alcanza el 47.6, 46.2 y 44.8 respectivamente, vemos que aún queda mucho por hacer en esta materia.

En Latinoamérica nuestra posición tampoco ha mejorado mucho. Nuestro país continúa en los últimos lugares de participación femenina en el trabajo, antecedido por Brasil con 40.67%, México con un 39.3%, Argentina con 39.09%, Colombia con 37.68% y Venezuela con 36.6% ¹ de fuerza laboral femenina.

Asimismo, la fuerza laboral femenina aún se concentra mayormente en el área de los servicios, específicamente en los servicios sociales, comunales y personales. La mayoría de ellas: 56,01% de ubica en el tramo inferior de los salarios (de 120.000 a 181.000 pesos) con sólo 25.2 % ubicado en el tramo mayor considerado (271.500 pesos o más) (ENCLA) dejando en evidencia la desventajosa posición actual de la mujer en nuestro mercado laboral.

¹ Fuente, Informe de competitividad de productividad 2000,IMD

Si bien es cierto la brecha remuneracional ², entre sexo femenino y masculino, no es tan marcado en el tramo inferior de los salarios, en el tramo superior esta brecha se eleva desde 56 a 100, donde queda manifiesta la dificultad de las mujeres para acceder a mayores cargos con el consecuente, mayor salario.

Cabe resaltar que la mayor parte de las mujeres se desarrolla en empresas grandes, ya que del total de trabajadores en este tipo de empresas, un 35% corresponde a mujeres, alto valor comparado con el 25% de las medianas, 29% de las pequeñas y 30% de microempresas. Con respecto a la participación nacional geográfica, la mayor participación femenina se concentra en la X región (representando un 35% del total de trabajadores de la región), seguida de cerca por la región metropolitana con un 34% ³.

Resulta interesante estudiar la participación de la mujer en el campo laboral, según sus niveles de ingreso, lo que revela amplias diferencias entre los mismos, comparando por quintiles de ingresos.

En la tabla de participación laboral por sexo podemos ver, que las mujeres de ingresos más bajos tienen más dificultades para incorporarse al mercado laboral, lo que dificulta aún más su situación considerando que una de las principales motivaciones para incorporarse al trabajo remunerado es proporcionar apoyo económico adicional a la familia.

1998	I	II	III	IV	V	Total
Mujeres	23	32	40	47	53	38
Hombres	70	75	76	77	76	75

La tendencia progresiva de la mujer a incorporarse al mercado laboral, hace indispensable crear mejores condiciones, oportunidades y disposiciones de manera de permitir y fomentar su óptima introducción. Esto debe ir acompañado de cambios de percepciones, actitudes y opiniones en nuestra sociedad respecto del rol de la mujer hoy y no puede ir en desmedro de los legítimos derechos que posee.

La mujer y el principio de la no discriminación.

La Constitución Política del Estado de 1980, en su artículo 19 N° 16, prohíbe en Chile cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

² Según información publicada en El Mercurio (septiembre 1999), basada en un trabajo de Gálvez y Sánchez. Mideplan 1998 (en base encuesta Casen 1996)

³ Encuesta laboral ENCLA 1999 paginas 35-49. Dirección del Trabajo, centro de estudios.

Este concepto se amplía en el Código del Trabajo, que dispone que son contrarios a las leyes del trabajo las discriminaciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de razas, color, sexo, sindicación, preferencia religiosa, opinión política u origen social.

El principio de no discriminación es indispensable en el derecho social, sin embargo, es difícil de cumplir en la práctica, siendo su contravención un problema grave en los distintos países.

Podemos citar, entre otras, dos definiciones del principio de no discriminación. La primera del profesor uruguayo Américo Pla Rodríguez que considera que la no discriminación debe llevar a poner término a todas aquellas diferenciaciones que coloquen al trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto, sin una razón válida o legítima.⁴

Por su parte, y como segunda definición, la Organización Internacional del Trabajo en su Recomendación N° 111 de 1958, señala que el término discriminación laboral comprende cualquier exclusión o preferencia que tenga por objeto alterar la igualdad de oportunidad o de tratos en el empleo u ocupación.

En Chile la discriminación laboral de la mujer se registra principalmente en los años de fertilidad, pues las empresas asocian este período con un aumento de ausencia por licencias médicas y los otros costos vinculados a este período.

En el proyecto de Reforma al Código del Trabajo ingresado el 17 de noviembre de 2000, se pone énfasis en el reforzamiento de las normas de no discriminación laboral. Dicho proyecto agrega un inciso al artículo 3 del Código del Trabajo, del tenor siguiente: "el afectado por un acto de discriminación, podrá recurrir a los Tribunales de Justicia en Juicio Ordinario laboral demandando las indemnizaciones a que tenga derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral.

Discriminación de la mujer en el trabajo.

Cabe señalar que las Naciones Unidas consideran como discriminatorios todos los motivos de distinción, exclusión o restricción adoptados sobre la base del sexo, que tengan por efecto menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio para la mujer de los derechos humanos o libertades fundamentales en cualquier esfera.⁵

La discriminación puede ser directa o indirecta. En el primer caso, el único criterio que sostiene la discriminación es el sexo de la persona, como por ejemplo, la prohibición de ciertos trabajos. El segundo criterio significa la aplicación de exigencias tales como talla, peso y altura sin justificación alguna. Este mismo punto de vista se puede aplicar a las discriminaciones en función del embarazo, la que puede efectuarse de distintos

⁴ Pla Rodríguez, Américo: "Los Principios del Derecho del Trabajo", 3ª edición actualizada, Editorial de Palma, Buenos Aires, Argentina 1998. Pág. 14

⁵ Convenio de Las Naciones Unidas 1979

modos.⁶

Las principales discriminaciones que existen en este ámbito son: dificultar el trabajo de una mujer en edad de maternidad e insinuarle que evite el embarazo; hacer todo lo posible, a pesar de las normas de fuero maternal para despedir a la mujer trabajadora en relación directa o indirecta por el embarazo.

En el caso chileno, este punto es particularmente álgido, pues con la mayor participación de las mujeres en el trabajo y las normas protectoras de la maternidad, puede producirse un conflicto de intereses de empleabilidad de la mujer y aquellas normas destinadas a salvaguardar la vida familiar. En este tema se da la gran dificultad de conciliar en el mundo moderno el trabajo de la mujer y su calidad de madre.

Posibles causas de discriminación de la mujer.

Al analizar la inserción de la mujer en el campo laboral, sus cifras y características, surge casi espontáneamente la idea de discriminación de la misma, así como interrogantes sobre las posibles causas que pueden motivar este fenómeno.

Por un lado, el doble rol de la mujer trabajadora en nuestra sociedad (de madre y trabajadora) la hacen víctima de supuestos discriminatorios por parte de empleadores, como por ejemplo que descuidan el trabajo por tener que preocuparse de la casa, que tendrán mayor número de ausencias por problemas domésticos, menor disponibilidad que sus pares hombres, en términos de viajes, horarios, etc.

Sin embargo, entre las últimas estadísticas recolectadas la evidencia permite ir derribando mitos y supuestos que afectan la incorporación de la mujer al campo laboral. Por ejemplo, en lo que respecta a ausencias en el empleo, el porcentaje de mujeres que se ausentó en forma injustificada alcanza al 4.3% del total de la muestra de mujeres, mientras que esta cifra llegaba al 4.5% de los hombres, lo que demuestra una brecha muy estrecha y poco significativa entre sexos. Y un fenómeno similar se da con respecto a las ausencias con permiso (que incluye las licencias por maternidad en las mujeres), donde el total de las mujeres con justificaciones de esta naturaleza alcanza a 5.0% del total, versus un 4.7% del total de los hombres. A esto se debe agregar que las mayores ausencias por el cuidado de niños enfermos se concentra en las mujeres (representando un 3.2% del total de mujeres), a pesar que hay muchos padres trabajadores, pero sólo un porcentaje muy mínimo de los hombres se ausentan por esta causa: 0.02%⁷

Adicionalmente debe considerarse el efecto que las normas de protección a la maternidad han tenido sobre el empleo de la mujer. Podemos señalar que se producen prácticas discriminatorias al momento de su contratación, como por ejemplo, entrevistas personales de trabajo enfocadas a determinar las expectativas familiares de las

⁶ Ugarte, C. José Luis "Mujer Discriminación y derecho" Revista Laboral chilena, julio 1997, pág. 55

⁷ Fuente. Encuesta Laboral ENCLA1999 págs. 35-49. Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios, agosto 2000.

postulantes, la insinuación directa e indirecta de que la mujer debe evitar tener hijos si quiere hacer carrera en la organización. Incluso algunos empleadores evitan contratar veinte mujeres o más en su empresa, porque ello le exigiría cumplir con la normativa de disponer salas cuna para sus trabajadoras en edad fértil. La encuesta laboral (ENCLA) revela que el 73% de las empresas en el país cuentan con una dotación inferior a las veinte trabajadoras, lo que las excluye de la disposición recién señalada. Es más, de entre las empresas que deben cumplir con este requerimiento, es decir tienen veinte o más mujeres contratadas, sólo un 4.6% de las mujeres que laboran en ellas hacen efectivo su derecho a sala cuna.

Capítulo 3. Protección laboral de la mujer

En Chile existen 7.680.000 mujeres, de las cuales 3.144.000 se encuentran entre los 15 y los 45 años de edad, es decir en edad de ser madres.

La fuerza laboral femenina alcanza hoy en día el 35% de la fuerza laboral, en la década de los 90 esta cifra aumentó en 3.3 puntos porcentuales, es decir en un 10%.

El primer tema que genera una cierta discusión en el ámbito laboral de la mujer, es determinar si son compatibles la maternidad y el trabajo. Durante mucho tiempo se ha presentado como algo incompatible el desarrollo laboral de la mujer con la maternidad. Más aún, una corriente feminista se ha encargado de contraponer el trabajo femenino remunerado y la maternidad, al pretender igualar los sexos femenino y masculino. En esta línea, la opción por la maternidad es mal mirada e incluso se le señala a la mujer que eso no la hará feliz, ya que sólo puede realizarse plenamente con un trabajo remunerado fuera del hogar.

Sin embargo, estas corrientes feministas no lograron su objetivo de “hacer felices y realizadas” a las mujeres que únicamente se dedicaron al trabajo remunerado fuera del hogar. Este mito comúnmente aceptado, ha ido cambiando durante los últimos años, hoy día la mujer prefiere compatibilizar el trabajo remunerado con la maternidad y el cuidado de sus hijos menores. Existe un estudio realizado por la Dra. Catherine Hakim⁸ en

⁸ La doctora Catherine Hakim, es investigadora del departamento de Sociología en London School of Economics.

relación con el trabajo femenino y la maternidad, que demuestra que no existe un grupo homogéneo de mujeres que prefieran o la maternidad o el trabajo. Al respecto, según su "teoría de la preferencia", distingue tres grupos de mujeres según sus aspiraciones y prioridades en la relación familia-trabajo.

En el primer grupo, estarían las mujeres enfocadas en su carrera profesional, que representan el 20% de la población femenina. Otro grupo con un porcentaje casi idéntico, estaría representado por las mujeres que dan prioridad absoluta a sus hijos y optan por no trabajar. Estos dos grupos suelen ser muy estables y poco influenciados por las políticas laborales o familiares a la hora de tomar sus opciones de vida. Pero existe un tercer grupo que es el más numeroso y que representaría un 60% de la población femenina que busca lo mejor de ambos mundos. Este grupo que Hakim bautiza como "*adaptive group*", trata de lograr a lo largo de su vida, el óptimo equilibrio entre la vida familiar y profesional, optando por primar una u otra dependiendo de la etapa y circunstancias en que se encuentre.

Si bien las medidas fiscales o sociales pueden aumentar o disminuir los porcentajes de cada grupo, esta segmentación siempre se mantiene, no pudiendo ser ignorada por una política que favorezca a la mujer.

Otro aspecto interesante de estudiar se refiere a la calidad y cantidad de tiempo que se destina a estar físicamente con los hijos.

Se ha comprobado que los hijos necesitan la atención y preocupación tanto de la madre como del padre, ya que quienes viven con ambos padres pendientes tienen menos riesgos de caer en la delincuencia, drogadicción, tienen mejor rendimiento escolar, etc. Por otro lado, el contacto físico de la madre con sus hijos durante los primeros meses, contribuye al mejor desarrollo de éstos.

Confirmando la importancia de que la madre se encuentre con sus hijos durante los primeros años de vida, en el último censo realizado en los Estados Unidos se ha detectado un aumento importante de madres con hijos menores de 1 año que han dejado el mercado laboral, para dedicarse exclusivamente al cuidado de sus hijos. El año 2000 un 55% de las mujeres que se encontraba en esta situación estaba trabajando, lo que se compara con el 59% que lo hacía dos años atrás (1998), una tendencia que no se daba desde 1976, fecha desde la cual siempre el índice de mujeres incorporadas al mundo del trabajo fue en alza ⁹.

Por otro lado, también existen estudios que demuestran que los hijos de madres que trabajan fuera del hogar tienen mejor rendimiento que aquellos de madres que están cesantes o simplemente todo el día en la casa. Este resultado se obtiene debido al mayor grado de motivación que tienen los hijos por el mejor nivel cultural de sus progenitores. ¹⁰

Otros resultados interesantes, que se han dado a conocer durante el último tiempo en relación con esta materia se desprende de un estudio realizado en Estados Unidos y

⁹ Diario La Tercera 25 Octubre 2001

¹⁰ Estudio del Instituto Nacional de Calidad y Evaluación de España, citado en Revista Ya, El Mercurio 11 de diciembre 2001.

publicado en el libro “Ask the Childrens”, de la fundación Familia y Trabajo. Frente a la pregunta ¿qué desearían para cambiar la forma en que trabajan sus madres? sólo un 10% de los niños contestaron que desean que pasen más tiempo con ellos, y la primera mayoría se inclinó porque sus madres estuvieran menos cansadas y estresadas a la hora de llegar del trabajo. Es decir, en este estudio se estaría validando la tesis más bien de la calidad que de la cantidad de tiempo con los hijos.¹¹

Como se aprecia de lo mencionado en los párrafos anteriores, existen estudios y análisis que avalan las distintas posiciones en relación al cuidado personal de los hijos por sus padres, privilegiando tanto la cantidad como la calidad de tiempo junto a ellos, sin embargo, lo que realmente importa es crear un sistema laboral con jornadas y normas de protección más flexibles, que sean aprovechadas por los padres de acuerdo a sus posibilidades.

La maternidad en sí no debiera ser un obstáculo para que la mujer pueda compatibilizarla con un trabajo fuera del hogar, aun cuando falte mucho camino por recorrer, tanto en las políticas públicas como en la percepción de la propia comunidad, respecto de que ello no impide su realización personal.

En el último tiempo se ha avanzado en torno a este tema, principalmente en cuanto a que existe un grupo mayoritario de mujeres a las que le gustaría compatibilizar el trabajo y el cuidado de los hijos.

En el campo de la política debe avanzarse en la flexibilización laboral, tanto para los hombres como las mujeres, ya que no se puede olvidar la importancia que le corresponde al padre en el cuidado de los hijos. Por otra parte, la sociedad debe valorar el aporte que hace la mujer cuando opta por el cuidado de sus hijos y la familia ya que esto reporta grandes ventajas sociales.

Finalmente, se deben buscar mecanismos que permitan compatibilizar efectivamente la maternidad y el trabajo, pero siempre como un derecho de libre elección para la mujer, no como una imposición legal o estatal. Muchas veces las normas que se establecen en protección de la mujer y la familia, pueden atentar contra ella, discriminándola y constituyendo a la larga un desincentivo a tener hijos, más que una opción real por ellos.

Para nosotros, la protección de la maternidad es uno de los temas primordiales del Derecho Laboral y del Derecho Social general.

La maternidad tiene un carácter de bien jurídico en el más amplio sentido de la palabra, pues en el hecho de darle protección a la madre se tutela la salud e integridad del hijo y de la comunidad en general. Por ello, todas estas normas destinadas a proteger la maternidad tienen un carácter general que va más allá del campo laboral e interesan a la comunidad toda, puesto que derivan del derecho a la vida, siendo éste un derecho humano fundamental.

El gran problema que se suscita en el mundo contemporáneo, es cómo poder conciliar las normas de protección de la maternidad con los constantes cambios que sufre el mercado laboral, donde aumentan constantemente los empleos precarios y surgen

¹¹ Ask the Childrens, Ellen Galinski, President of Work and Family Institute. Julio 2000

grandes dificultades en esta materia, lo que produce una cierta contradicción entre las normas protectoras de la maternidad y la empleabilidad de la mujer.

En el ámbito internacional, cabe destacar que la OIT en 1952, estableció un convenio relativo a la protección de la maternidad, el que entró en vigencia el 7 de septiembre de 1955 y fue ratificado posteriormente por Chile. En la 88ª Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT con fecha 15 de junio del 2000, se aprobó una versión actualizada de dicho convenio, con el voto en contra de Chile. Esta versión modifica en forma flexibilizadora el convenio primitivo.

En Chile, existen normas de protección a la maternidad desde comienzos del siglo XX. En 1917 se legisló sobre salas cuna, en 1924 sobre el contrato de trabajo para los obreros que prohibía el trabajo de la mujer embarazada, desde los 40 días antes y hasta los 20 días después del parto, debiendo el patrón conservar su puesto. Además se estableció el seguro de enfermedades del sector obrero que comprende también las enfermedades derivadas de la maternidad.

Posteriormente fueron apareciendo sucesivas leyes hasta llegar a la actual legislación contenida en el Código del Trabajo en los artículos 194 al 208 que son de aplicación general, tanto para los trabajadores regidos por el Código del Trabajo (sector privado y empresas del Estado), como para aquéllos que se rigen por el estatuto administrativo. Los derechos derivados de estas leyes poseen el carácter de irrenunciables.

Confirma todo lo dicho en el párrafo anterior el artículo 194 del Código del Trabajo, al señalar que los trabajadores dependientes, cualquiera sea su estatuto jurídico, se regirán por las normas contenidas en él.

Señala también que estas disposiciones benefician a todas las trabajadoras que dependan de cualquier empleador, incluyendo aquellas que trabajan en su domicilio, y en general, todas las mujeres que estén acogidas a un régimen previsional. Reitera asimismo el principio de la no discriminación, en el sentido que ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia, renovación del contrato, promoción o movilidad de su empleo a la ausencia o existencia de embarazos, ni exigir para dichos fines certificados o examen alguno para saber si se encuentra o no en estado de gravidez ¹².

Los derechos que establece la legislación chilena son específicamente:

Derecho a descanso pre y postnatal, retribuido a través de un subsidio maternal.

El fuero maternal.

El derecho a salas cuna y el derecho de la madre a dar alimento a sus hijos.

Protección de derechos específicos de la mujer.

¹² Inciso final del artículo 194, agregado por la Ley 19.591, que "Modifica el Código del Trabajo en Materia de Protección a la Maternidad", publicada en el D.O. el 9 de Noviembre de 1998.

El Derecho al descanso, al subsidio y a la integridad física de la mujer embarazada

Las trabajadoras en Chile poseen lo que se denomina derecho a descanso prenatal de seis semanas antes del parto y a doce semanas después de éste. El reposo establecido por nuestra legislación es relativamente alto si lo comparamos con otros países de Latinoamérica.

El descanso de prenatal puede adelantarse siempre que la trabajadora justifique por medio de un certificado médico la enfermedad que padece. Asimismo si el alumbramiento sucede después de las seis semanas de prenatal, este periodo se entiende prorrogado automáticamente y desde la fecha de éste empezará a correr el periodo de postnatal, el que puede prolongarse por causa de enfermedad provocada por el parto.

Según la jurisprudencia administrativa, para que se configure el derecho al descanso postnatal, es requisito indispensable que haya habido parto, pues la ley no lo condiciona a que la criatura sobreviva. En cambio, si la trabajadora ha interrumpido su embarazo por aborto espontáneo o provocado y consecuencia de éste no se produce el parto, deja de ser beneficiaria del derecho al postnatal en razón que no se ha producido el supuesto que le da origen al postnatal.¹³

Algunos autores señalan que si se ha producido un aborto espontáneo durante las seis semanas de prenatal, la mujer igual debería utilizar este beneficio, pues el impacto psicológico que sufre y la afección física y mental es de tal magnitud, que sin duda alguna ella tendría que tomar parte del postnatal.

Algo diferente al descanso de postnatal, pero que va relacionado con el hecho de ser madre, se refiere a los permisos y subsidios que ésta puede solicitar con motivo de enfermedad grave de un hijo menor de un año, circunstancia que deberá ser acreditada por las instituciones correspondientes que tengan a cargo la salud del menor.

Como consecuencia de la reforma legal introducida en 1993, cualquiera de los padres a elección de la madre, podrá solicitar los permisos y subsidio para hacerse cargo de la enfermedad del hijo menor de un año. De todos modos, gozará de dicho permiso el padre cuando la mujer hubiese fallecido o cuando éste tenga la tuición del menor por sentencia judicial.

La norma señalada en el párrafo anterior recoge firmemente el principio de igualdad entre el padre y la madre trabajadora, puesto que asegura a ambos la posibilidad de tener el cuidado de sus hijos menores, evitando que la responsabilidad recaiga exclusivamente en la mujer.

Recientemente, en 1998, se ha incorporado al Código del Trabajo el artículo 199bis, estableciendo un permiso especial para los padres, sin goce de remuneración y si

¹³ Dictamen 3.143 del 17 de marzo de 1985 de la Dirección del Trabajo y vigente actualmente

procede con cargo al feriado, horas extraordinarias o permisos administrativos pagados y pactados, para el caso de verse afectado un hijo menor de 18 años a una enfermedad grave o un accidente de las mismas características.

Como en el caso anterior, la mujer es quien decide quien hará uso del permiso y éste se otorgará por un periodo de diez jornadas ordinarias al año, distribuidas en jornadas completas o parciales.

Los permisos de pre y postnatal que dan lugar a la remuneración de la trabajadora, para los efectos legales son pagados por las instituciones previsionales correspondientes con cargo a fondos fiscales. Se trata de una subvención estatal a favor de la familia y que para las empresas tiene un costo indirecto que muchas veces se refleja en la reticencia para contratar mujeres embarazadas.

Es necesario hacer presente que de acuerdo con la legislación presente, le corresponden los mismos derechos señalados anteriormente al padre como a la madre adoptiva.

En cuanto a la integridad física de la mujer embarazada, la ley no establece ninguna prohibición de trabajos específicos para que ésta pueda desarrollar en tal calidad, sin embargo, se prohíbe durante todo el embarazo la realización de trabajos que sean perjudiciales para la salud e integridad, teniendo el empleador la obligación de trasladar a la mujer embarazada a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado.

Derecho al fuero maternal.

En la legislación chilena y específicamente en lo que se refiere al despido de ciertos trabajadores, existe un régimen de libertad de despido por parte del empleador con indemnización para el trabajador. Como consecuencia de esto, el trabajador puede ser despedido en cualquier momento sin estar obligado a ser reincorporado a sus labores. A modo de excepción, el trabajador posee estabilidad o fuero en su empleo en situaciones específicas. Un ejemplo de esto es el fuero maternal que posee la mujer embarazada.

El fuero maternal significa que durante todo el periodo del embarazo y hasta un año después de terminado el descanso maternal, lo que incluye también el descanso supletorio posterior, la trabajadora no puede ser despedida sin autorización judicial, que se puede dar si la mujer trabajadora ha sido contratada por un trabajo a plazo fijo o por una tarea o servicio determinado. También se puede otorgar autorización por incumplimientos o conductas muy graves por parte de la trabajadora que deban ser debidamente acreditadas. Ejemplo de estas conductas pueden ser, la falta de probidad, incumplimiento de las normas de seguridad al interior de la empresa, sabotaje y todas aquéllas que signifiquen un incumplimiento grave de las obligaciones emanadas del contrato.

Estas causales no operan automáticamente, sino que es necesario siempre solicitar autorización al juez competente. Esto reviste una particular importancia respecto de la mujer que ha sido contratada a plazo fijo, por una obra o servicio determinado, por cuanto

el juez podría negar la solicitud correspondiente al desafuero, lo que significa en la práctica un obstáculo para los contratos de corta duración de trabajadoras.

Por otro lado, se dispone que si por ignorancia del embarazo se hubiese puesto término al contrato de trabajo en contravención a lo establecido en la legislación, la medida quedará sin efecto y la trabajadora embarazada retomarará sus funciones normalmente, todo esto, previa presentación del certificado médico que acredite dicha situación, sin perjuicio del derecho a remuneración por el periodo que la mujer haya permanecido injustificadamente fuera de sus funciones.

Si la mujer embarazada renuncia voluntariamente a su trabajo, dicha renuncia es perfectamente legítima, y la Dirección del Trabajo ha señalado que incluso no procede la reincorporación de una dependiente embarazada que renuncie voluntariamente a la empresa, aun cuando haya ignorado su estado de embarazo¹⁴.

A través del tiempo se han incorporado modificaciones legales en lo referente al fuero maternal, tales como el fuero maternal de la madre adoptiva y el fuero maternal de la trabajadora de casa particular.

El tema del fuero maternal que se ha tratado en este capítulo, es actualmente motivo de una controversia, pues están en juego dos valores aparentemente contrapuestos cuales son la protección de la madre y del niño y, por ende de la familia por un lado y el de la empleabilidad de la mujer por otro. Parte de la doctrina señala que el fuero maternal, tal como está tratado en nuestra normativa jurídica, rigidiza enormemente las relaciones laborales y perjudica la incorporación de la mujer al mercado laboral.

Cabe señalar, que en esta materia la normativa nacional está dentro de las más protectoras en lo que se refiere a la estabilidad del empleo de la mujer embarazada.

Derecho a Salas Cuna

El Código del Trabajo chileno establece que *“las empresas que ocupan 20 o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, deberán tener salas anexas e independientes del local de trabajo, donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo”*.

Desde 1998, se amplía el beneficio de salas cuna a las trabajadoras de cadenas de empresas. De este modo, el mínimo de trabajadoras para acceder a este derecho no se exige en cada establecimiento o filial, sino en la empresa en general. Así por ejemplo, las mujeres que trabajan en una tienda que es parte de un centro comercial, tendrán derecho a sala cuna si al sumar el total de mujeres que trabajan en el centro comercial éste es superior a 20 trabajadoras. Este supuesto parte de la base que será la mujer trabajadora, y no el padre, quien concurrirá con sus hijos al trabajo. Por otra parte, al focalizar el número mínimo de mujeres empleadas para cumplir con esta norma (y no con el número total de empleados, independientemente de su sexo), admite la posibilidad que las

¹⁴ Dictamen 2027/132 de 1998, Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo N° 13, junio 1998.

empresas contraten hasta un tope de 19 trabajadoras para evitar la responsabilidad de tener que cumplir con la normativa señalada, ello en la medida que el Código del Trabajo señala que la existencia y mantenimiento de las salas o “casa cuna” será una responsabilidad de los empleadores. (Art. 205).

El Estado interviene en este tema en relación al “control edilicio” de los establecimientos dedicados a los niños. En consecuencia, el Código establece que tanto la construcción como la modificación de dichas salas, deberá ser aprobada por el organismo responsable del Ministerio de Educación Pública (Código del Trabajo, artículos 204 y 205). Sólo en períodos vacacionales pueden utilizarse los jardines infantiles con los que cuenta el sistema de educación pública para “ejercer funciones de salas cuna” (Art. 203).

Por otro lado, también es responsabilidad del empleador contar con una persona competente a cargo de la atención y cuidado de los niños, quien puede ser un auxiliar de enfermería (Art. 205). El Código, sin embargo, no alude al número de personas a cargo de las casa cuna en relación a la cantidad de niños que deben ser atendidos.

Tal como se señaló en párrafos anteriores, las empresas que tengan más de veinte trabajadoras, deben contar al interior de sus instalaciones con un recinto para este objeto, o bien pagar los gastos de una sala cuna en un recinto ajeno a la empresa.

El pago de la sala cuna es un gasto que se puede descontar tributariamente y para la trabajadora no constituye remuneración. Sin embargo, si se otorga un bono a la mujer con el objeto de pagar a alguien para que se encargue del cuidado de sus hijos mientras ésta trabaja, éste es considerado remuneración para todos los efectos legales y por lo tanto, tributa. Además, con ello la empresa no cumple con su obligación legal, la cual esta ligada exclusivamente con la sala cuna.

Otro tema relacionado con la maternidad, es el derecho que tiene la madre para disponer de dos porciones de tiempo que no exceda de una hora al día, con el objeto de alimentar a sus hijos menores, las que se considerarán como efectivamente trabajadas para todos los efectos del pago de la remuneración.

El tiempo anterior debe ampliarse en el necesario para el viaje de ida y de regreso para dar alimento a su hijo; cabe señalar que el sentido del vocablo “dar alimento” no se limita al amamantamiento y leche materna ya que se ha estimado que, aun cuando no exista lactancia, la norma tiene por objeto mantener el contacto de la madre con su hijo.¹⁵

Un tema muy discutido, se refiere al alcance de este permiso. La Dirección del Trabajo es partidaria de la tesis que la empresa en que labora la trabajadora está obligada a mantener sala cuna, por lo tanto no se aplica a las empresas de menos de 20 trabajadoras.¹⁶

Este punto de vista es bastante discutible, pues el derecho que tienen las trabajadoras a salas cuna es diferente al que tiene una madre para alimentar a sus hijos.

¹⁵ Dictamen 7486 del 19 de octubre de 1990, Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, noviembre 1990.

¹⁶ Dictamen 4401 del 19 de Julio de 1994 , Boletín oficial de la Dirección del Trabajo, agosto.

Se debe considerar, que actualmente la medicina del trabajo ha puesto un énfasis relevante en la importancia que tiene para el lactante que sea alimentado con leche materna o bien con sus sustitutos, vigilado por la madre, dado a que estas precauciones influyen en el desarrollo sicomotor y en el aumento de las defensas del niño.

La Dirección del Trabajo, tomando en cuenta la importancia que reviste el contrato a tiempo parcial especialmente en el trabajo de las mujeres, ha dictaminado que el empleador que reúne los requisitos correspondientes, se encuentra en la obligación de otorgar el beneficio de salas cuna a las mujeres dependientes que permanezcan efectivamente laborando para éste y también están obligados a dar el tiempo correspondiente para alimentar a sus hijos según lo dispone el artículo 206 del Código del Trabajo en forma completa durante éste periodo.¹⁷

Protección de derechos específicos de la mujer.

Además de los puntos anteriormente analizados, es deseable que la legislación se dé cuenta de los diferentes aspectos culturales que atraviesan las relaciones sociales de género y su puesta en práctica en el campo laboral. Es necesario que contengan normas que permitan alertar sobre las posibles discriminaciones y proteger los derechos de las mujeres trabajadoras.

Uno de los aspectos significativos en este punto es la posibilidad de ofrecer mecanismos para la denuncia y correspondiente sanción de casos de acoso sexual. La legislación chilena no cuenta con disposiciones aprobadas sobre ésta materia, aún cuando se ha presentado un Proyecto legislativo en el marco del Plan de Igualdad de Oportunidades 1994-1999 (SERNAM 2000). No obstante el artículo 5 del Código del Trabajo, tal como ha sido reformulado a partir de la Ley 19759 de 2001, puede interpretarse como protector del derecho a la intimidad del o de la trabajadora. Señala que: “el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respeto de las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”.

Asimismo el Código se anticipa a posibles discriminaciones referidas al estado civil de trabajadoras más jóvenes señalando que, aunque se consideran aptas para contratar sus servicios las personas mayores de 18 años, en el caso de las mujeres casadas, este aspecto regirá de acuerdo a lo establecido en el artículo 150 del Código Civil. Dicho artículo habilita a la mujer casada de cualquier edad al ejercicio de un empleo o profesión.

Una norma que llama la atención por proteger los derechos de las mujeres no como trabajadoras, sino que como cónyuges de un trabajador, es la referida a las excepciones que el Código del Trabajo establece respecto de la inembargabilidad de las remuneraciones del trabajador. En dicha disposición se explicita que las remuneraciones

¹⁷ Dictámenes 2797 del 5 de mayo de 1990, Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, junio 1995, Boletín Oficial julio 1996.

pueden embargarse en caso de “pensiones alimenticias” consignadas por el juez (Art. 57). Asimismo también se señala que: “En el contrato podrá establecerse la cantidad que el trabajador asigne para la mantención de su familia. La mujer casada puede percibir hasta el cincuenta por ciento de la remuneración de su marido, declarado vicioso por el respectivo Juez de Letras del Trabajo.” (Art.59)

Problemas que enfrentan las mujeres respecto de su inserción en el campo laboral

Dentro de estas diferencias de género que se suscitan, es interesante destacar que, la regulación laboral contiene una serie de disposiciones que, con el afán de proteger los derechos de la mujer, terminan perjudicándola severamente en sus posibilidades de inserción laboral. Los costos de contratar a mujeres se ven abultados por disposiciones como los fueros maternales, la longitud de los períodos pre y post natal, la obligatoriedad de contar con salas cunas en aquellas empresas con 20 o más trabajadoras paradójicamente, en forma independiente de su edad, etc. A este nivel no se entra a discutir la lógica misma de proteger a la mujer trabajadora cuando es madre, pues es obvio que ella debe contar con una protección básica, pero lo que sí es discutible es el nivel de protección que se da y el hecho mismo de que esta protección deba en algunos casos ser asumida exclusivamente por la empresa o por el empleador. Son precisamente estos últimos aspectos, los que terminan entorpeciendo o inhibiendo la contratación de mujeres y dificultando, por tanto, su inserción laboral.

Bajo esta línea argumental, pareciera demasiado exagerada la regulación sobre el fuero maternal, en virtud de la cual el empleador no puede poner término al contrato durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad. Asimismo, surgen dudas acerca de la regulación que extiende los períodos pre y post natales por 6 y 12 semanas, respectivamente, al margen de la naturaleza del trabajo que se desempeña. Es altamente cuestionable también que sea la empresa la que deba financiar y proveer el servicio de salas cuna, y más aún el que esto se circunscriba al número mágico de 20 o más trabajadoras; este tipo de regulación complica seriamente a un conjunto importante de empresas, pues las obliga a incurrir en altos costos para organizar sus propias salas cuna, lo que las incentiva a mantenerse con un número inferior de 20 de mujeres contratadas.

De lo anterior surgen varias propuestas. En primer lugar, habría que acortar el período de fuero post natal, pues su excesiva extensión lo único que logra es inhibir la contratación de mujeres en edad fértil.

En segundo lugar, para trabajos que por su naturaleza sean menos exigentes, sería importante acortar los períodos pre y post natal. Específicamente, se podrían acortar significativamente estos períodos para los trabajos que las mujeres desarrollen en su domicilio, pues ellos son menos exigentes, no sólo en cuanto a la actividad misma que se desarrolla, sino también en cuanto a horarios, ausencia de traslados, etc. Al margen del

efecto positivo que podría tener en la participación laboral femenina una regulación menos estricta de los contratos en el domicilio, cabe tener presente que esta modalidad de contratos se espera sea de creciente importancia en el contexto de la “nueva economía”, lo que obliga a adecuar su regulación en orden a hacerla lo más funcional y flexible que sea posible.

En tercer lugar, en cuanto a la obligatoriedad de las empresas con 20 o más trabajadoras de prestar directamente el servicio de sala cuna, cabría señalar que si la sociedad valora especialmente el que las mujeres trabajadoras puedan acceder a este servicio, lo más sensato sería que el gobierno diera un bono –financiado con fondos generales para que todas las mujeres en esta situación –no sólo las que trabajan en empresas con 20 o más trabajadoras y que tuvieran además salarios relativamente bajos, pudieran financiar un servicio de sala cuna o de guardería, o bien pagarle a alguien para que cuide a su hijo en la casa, opción esta última que puede ser altamente valorada, por los menores riesgos de contagio de enfermedades, menores complicaciones de traslado, etc. En su defecto, de no ser factible esta propuesta en los términos que se plantea, queda la opción de facultar a la empresa afectada con la regulación, a sustituir su obligación de tener una sala cuna por la del pago de una suma de dinero para que la madre con niños menores de dos años pueda directamente contratar un servicio de sala cuna o financiar el cuidado de su hijo en la casa.

La implementación de propuestas de este tipo, junto con proteger adecuadamente a la trabajadora que se convierte en madre, abre un claro espacio para mejorar la inserción de las mujeres al mercado del trabajo.

Capítulo 4. El contrato de trabajador de casa particular.

Referencias al género.

Para iniciar el análisis de este ítem debemos hacer en primer lugar una breve mención al significado de la palabra género en términos generales. El género, contrariamente a lo que podría pensarse, no designa la sexualidad de cada persona sino los roles culturales de cada sexo. En Chile existe una definición homogénea respecto del término, donde la sexualidad de cada uno determina un lugar o sitio que le corresponde en el ámbito de las relaciones sociales, teniendo absoluta prescindencia la capacidad de cada persona. Además el concepto se asocia a lo público y lo privado, esto último representado por la familia, seno íntimo del hogar donde el derecho no interviene puesto que entra en el campo de la afectividad. El campo de lo público está representado por el trabajo, en donde existen relaciones de fuerza y competitividad, y aquí sí entra de lleno el derecho regulando cada uno de sus actos.

Culturalmente se ha asociado a la mujer con los afectos y, por lo tanto, se ha prescindido de una regulación legal de su desempeño dentro de lo público, entendiendo que su espacio propio es el hogar, donde el legislador no interviene puesto que es un

campo vedado para el Derecho. Sin embargo, con la evolución del tiempo y la inserción de la mujer en el campo laboral, se ha producido una mayor conciencia respecto a los distintos roles que los seres humanos podemos ejecutar, atendiendo a la capacidad de uno y otro perdiendo toda significación, la distinción entre lo público y privado.

A pesar de todo esto, existe hoy en día un tipo de trabajo en el cual se produce una manifiesta discriminación de género, éste es el de trabajador de casa particular, desempeñado fundamentalmente por mujeres..

La discriminación de la mujer trabajadora de casa particular.

Las diferencias étnicas, religiosas, de edad, de pensamiento, de género, identidad sexual, procedencia social, nacionalidad, entre otras, junto a las características propias de cada individuo, configuran las características particulares y colectivas que nos distinguen como seres humanos libres, únicos e irrepetibles. La negación arbitraria de las oportunidades que les corresponden a todos los individuos, igualmente capacitados para la realización de las funciones a que están llamados a realizar, constituye discriminación.

Es así como podríamos definir discriminación como la negación arbitraria de unas personas sobre otras, de las oportunidades que les corresponden a todos(as) como personas, especialmente en el contexto de los derechos humanos, sociales y económicos, de los cuales todos y todas son sujetos titulares.

La práctica discriminatoria frente a la mujer, es un hecho que se arrastra a lo largo de la historia de la humanidad; la causa o motivo de esta discriminación podemos encontrarla en nuestra historia occidental y también en el fuerte predominio de lo masculino sobre lo femenino en el ámbito de la religión. A pesar de la evolución que el mundo ha experimentado en la materia, otorgándole derechos que tienden a igualar su situación frente al hombre, la mujer hoy día sigue siendo discriminada, no sólo en el trabajo, sino además en la familia y en otras instancias de la vida social, política y religiosa.

Con la crisis económica de los años 80, las altas tasas de desempleo y las fuertes bajas en los salarios, el sector secundario de trabajo, mujeres y jóvenes, arremetió con fuerza en el ámbito laboral, recibiendo bajos ingresos en trabajos de poca productividad, especialmente en el sector informal (servicios de casa particular, temporeras, etc).

Además de la deficiente situación en que se encuentran las mujeres trabajadoras respecto de las funciones que desempeñan, se agrega el hecho de que reciben por su trabajo sueldos muy inferiores en comparación con sus pares hombres, sin perjuicio de realizar el mismo tipo de trabajo. La mayoría de las mujeres trabajadoras se desempeña en el sector servicios, en donde la discriminación es importante, y paradójicamente también es donde se encuentran las mayores trabas para la incorporación de la mujer a las organizaciones sindicales.

La realidad de la mujer trabajadora de casa particular es compleja, puesto que su servicio consiste en vender a los empleadores la disponibilidad casi total de su tiempo; viven en el mismo lugar en donde trabajan (en su mayoría trabajan puertas adentro), conviven con una familia que no es la propia, donde se pone de manifiesto el diferente

status social. Además, no existe una distinción clara respecto a los horarios de trabajo y de descanso. En cuanto a las trabajadoras puertas afuera, y sobre todo las que trabajan en varios hogares y dependen de varios empleadores, habitualmente no firman un contrato de trabajo y, por lo tanto, no tienen previsión ni derecho a seguridad social.

En Chile se estima que las trabajadoras de casa particular son cerca de 400.000 a nivel nacional, pero la Dirección del Trabajo estima que son alrededor de 300.000; determinar con exactitud su número es complejo, puesto que este tipo de trabajo es individual y de servicio a particulares.

“La discriminación que viven las trabajadoras de casa particular está asociada al desarrollo de una identidad laboral vinculada a procesos de exclusión y que para las dirigentas está asociada a una discriminación racial, laboral, económica y de género. Esta discriminación es realizada por la sociedad en su conjunto, en la medida que incluso muchas personas que aparentemente se preocupan de los problemas de los trabajadores, también la hacen.”¹⁸

Los principales casos de maltrato dicen relación con insultos, degradantes condiciones en que se encuentran sus dormitorios, acoso sexual y problemas laborales. Entre enero y octubre de 2000 se recibieron 88 denuncias de las cuales 75 correspondían a cotizaciones no declaradas y 13 a no haberseles otorgado el descanso correspondiente, obligaciones del empleador, horario de jornada y remuneraciones.¹⁹

Por último, debemos señalar que un Estudio sobre “La Discriminación de la Mujer Trabajadora de Casa Particular” realizada en Noviembre de 2001, con la colaboración de la Secretaría General de Gobierno, ANECAP y la CAT arrojó que el 41% de las trabajadoras se siente discriminada por trabajar como empleada doméstica y el 40% por su falta de estudios. El 26% de las mujeres trabajadoras encuestadas señaló haber sufrido violencia psicológica, el 9% violencia física y el 14% acoso o violencia sexual.

Ciertamente estos porcentajes no son irrelevantes, sino, por el contrario, dignos de tener en cuenta para la proposición de soluciones en la materia.

El contrato de trabajador de casa particular como contrato especial

Evolución histórica del contrato.

En un principio este contrato se encontraba regulado por las normas del “Arrendamiento

¹⁸ Alejandra Valdés. Diagnóstico Participativo. Situación de las trabajadoras de casa particular. Informe Final (Santiago, Chile), pág. 3. 2 Asociación Nacional de Trabajadoras de Casa Particular (ANECAP) y Central Autónoma de Trabajadores de Chile (CAT).

¹⁹ Diario La Tercera, 27 de Noviembre de 2000.

de criados domésticos” que se encontraba en el párrafo VII, título XXVI, libro IV del Código Civil, donde existía una abierta discriminación frente a estos empleados, puesto que la Constitución de 1833 establecía en su

Art. 8 N° 2 que estos trabajadores estaban suspendidos de sus derechos ciudadanos; no tenían derecho a sufragio por el hecho de realizar servicios domésticos.

Así, el Art.1987 establecía: “En el arrendamiento de criados domésticos una de las partes promete prestar a la otra, mediante un salario, cierto servicio, determinado por el contrato o la costumbre del país”. Según lo señalado, estas normas carecían claramente del carácter protector del derecho del trabajo que hoy día tiene y aún más, ponían al trabajador de casa particular (criado doméstico) en una situación de inferioridad respecto del empleador. Es así como el Art. 1989 disponía que cualquiera de las partes podía poner fin al contrato de trabajo con su sola voluntad, sin obligación de desahuciarlo, ni al pago de una indemnización. Pero esta norma no era igual para ambos contratantes, ya que si el criado producía con su retiro incomodidad o perjuicio para su amo, estaba obligado a permanecer en su cargo por el tiempo necesario que el empleador necesite para reemplazarlo y si el criado contravenía esta norma debía pagar a su amo una cantidad equivalente al salario de dos semanas. Además el Art.1995 establecía una presunción simplemente legal de pago, a favor del amo, en cuanto al monto del salario, al hecho del pago y en cuanto a los anticipos, produciéndose así una inversión de la carga de la prueba.

El Art.1993 por su parte, daba la facultad al empleador para despedir al criado que se inhabilitara para realizar el trabajo por más de una semana, sin derecho a indemnización alguna; norma claramente lesiva para el trabajador puesto que ni siquiera se considera si la inhabilitación es o no imputable al trabajador.

Con la entrada en vigencia del Código del Trabajo de 1931 comienzan a vislumbrarse normas que tienden a la protección del trabajador en el desempeño de sus funciones, haciendo una marcada distinción entre el contrato civil y el contrato laboral; se les otorga a estos trabajadores un nuevo estatuto jurídico regulado en el Libro I, Título II, Párrafo VII, denominado “Empleados Domésticos”, sin embargo, a pesar de su denominación, los trabajadores de casa particular continuaban siendo considerados como obreros.

Luego, el 16 de Noviembre de 1972, el Art.2 de la ley 17.795 cambia esta denominación por la “De los Empleados de Casa Particular”.

El Art.61 del Código del Trabajo señalaba “son empleados de casas particulares las personas que se dediquen en forma continua y para un sólo patrón a trabajos propios del servicio de un hogar, tales como los de choferes, llaveros, sirvientes de mano, cocineros, niñeras, etc”. La norma fue complementada por la ley 17.423 de 1971 que estableció en el inciso 2° “Las personas que presten sus servicios al Estado, Municipalidades, empresas fiscales, municipales, semifiscales o de administración autónoma, y a personas jurídicas de derecho público o privado, en labores iguales o similares a las indicadas en el inciso 1° de este Art. tendrán la calidad jurídica de obreros o empleados para todos los efectos legales”.

Con esto se establecía que es el lugar donde se realizan las funciones y no sólo

éstas, las que determinan la calidad de empleado de casa particular, por tanto, si las funciones propias del hogar se realizan fuera de éste, no se está frente a un trabajador de casa particular.

En 1977, el DL N° 1647 agregó un tercer inciso que señalaba “No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderá que son empleados de casa particular las personas que realizan labores iguales o similares a las señaladas en el inciso 1°, en instituciones de beneficencia que tengan por finalidad atender a personas con necesidades especiales de protección o asistencia, proporcionándoles los beneficios propios de un hogar”.

En el inciso final del Art.61 señalaba “El trabajo de los empleados de casas particulares no estará sujeto a horario, sino que será determinado por la naturaleza de la labor, debiendo tener normalmente un descanso absoluto mínimo de 9 horas”. Esto resultaba abiertamente discriminatorio puesto que podía resultar que la jornada de trabajo se prolongara hasta por 15 horas diarias.

El Art. 333 disponía “Los empleados domésticos tendrán derecho a un día de descanso cada mes”, privándoles así del descanso semanal de los días domingo y festivos propios de todo trabajador.

Además, a estos trabajadores no les eran aplicables las normas generales respecto al derecho al sueldo mínimo.

El Art.66 se refería al período de prueba y señalaba: “Las dos primeras semanas de trabajo se estimarán como período de prueba y durante ese espacio de tiempo podrá resolverse el contrato a voluntad de cualquiera de las partes siempre que se dé un aviso con tres días de anticipación, a lo menos, y que se pague el tiempo servido”.

Con la ley 16.455 se terminó con la distinción entre empleados y obreros, pasando a denominarse en forma unitaria como “trabajadores”.

El DL 2200 de 1978 pasó a denominarlos “trabajadores de casa particular” y con él se ordenan sistemáticamente las normas que rigen este contrato, las cuales han servido de base a las normas que hoy día existen en la materia.

Definición de trabajador de casa particular.

La ley no ha definido este contrato, pero el Art. 146 señala quienes se consideran trabajadores en este contrato, al disponer: “Son trabajadores de casa particular las personas naturales que se dediquen en forma continua, a jornada completa o parcial, al servicio de una o más personas naturales o de una familia, en trabajos de aseo y asistencia propios o inherentes al hogar. Con todo, son trabajadores sujetos a las normas especiales de este capítulo, las personas que realizan labores iguales o similares a las señaladas en el inciso anterior en instituciones de beneficencia cuya finalidad sea atender a personas con necesidades especiales de protección o asistencia, proporcionándoles los beneficios propios de un hogar. En caso de duda, la calificación se hará por el inspector del trabajo respectivo, de cuya resolución podrá reclamarse al Director del Trabajo, sin ulterior recurso.

Se aplicarán también las disposiciones de este capítulo a los choferes de casa particular.”

De éste artículo. podemos entonces dar una definición del contrato de trabajador de casa particular como “aquel en que una persona natural se obliga, en forma continua, a prestar servicios de aseo y asistencia propios e inherentes a un hogar; a favor de una o más personas naturales de una familia, o excepcionalmente de instituciones de beneficencia, quienes deberán pagar una remuneración equivalente a los servicios prestados”²⁰.

Requisitos del contrato de trabajador de casa particular.

Este contrato debe cumplir con los siguientes requisitos:

1.- Existencia de un contrato de trabajo

2.- Los contratantes deben ser personas naturales. La excepción se encuentra frente a las instituciones de beneficencia señaladas en el inc. 2 del Art. 146, en donde las personas jurídicas pasan a tener el carácter de empleadores.

3.- Continuidad en la prestación de los servicios en cuanto a que el trabajador debe encontrarse a disposición permanente frente a su empleador.

4.- Los servicios prestados deben ser propios o inherentes al hogar.

Según la Dirección del Trabajo, las labores que se realizan en una casa particular son un empleo asalariado y dependiente, por los cuales la empleadora paga una remuneración.

En relación con las formalidades que se deben cumplir, se atiende a la regla general del Art. 9 del Código del Trabajo, no habiendo disposiciones especiales en la materia. Por lo tanto, este contrato es consensual, estando obligado el empleador a escriturarlo, y de no ser así, se sujetará a una multa a beneficio fiscal. También es aplicable el Art. 10 de Código del Trabajo.

Período de prueba.

El Art. 147 dispone “Las dos primeras semanas de trabajo se estimarán como período de prueba y durante ese lapso podrá resolverse el contrato a voluntad de cualquiera de las partes siempre que se dé un aviso con 3 días de anticipación, a lo menos, y se pague el tiempo servido”. Esta norma es de carácter excepcional y procede sólo en este tipo de contrato. Su fundamento de existencia podría estar en el tipo de lugar en el que el trabajador desarrolla sus funciones, esto es el interior del hogar familiar, destinado naturalmente a la protección y acogida de la familia. Siendo un lugar esencialmente privado, el contrato se vuelve *intuitu personae* debido a la gran confianza que debe

²⁰ Pizarro Vergara, Jenny “ Término de Contrato de Trabajadores de Casa Particular”, pág10

inspirar el trabajador a la familia, la que es independiente a la forma de desempeñar el trabajo.

Un sector de la doctrina ha señalado que frente al período de prueba estamos ante dos contratos: un contrato preparatorio- contrato por el término de prueba- y un contrato definitivo,- contrato de trabajo propiamente tal. Sin embargo, se presenta el problema de determinar las obligaciones que conlleva el contrato para los contratantes. Es así como el contrato preparatorio estaría representado por una obligación de hacer, y el contrato definitivo por una obligación que puede ser de dar, hacer o no hacer, y es aquí donde está el problema, puesto que el contrato preparatorio también obliga al trabajador a las estipulaciones propias de un contrato de trabajo definitivo.

Para otro sector de la doctrina, en el período de prueba estamos frente a una condición que dependerá de la mera voluntad de cualquiera de los contratantes. Habrá que determinar entonces si la condición es suspensiva o resolutoria. Claramente se puede deducir que no es suspensiva puesto que los derechos y obligaciones surgen entre las partes desde un primer momento.

Por otro lado, si sostenemos entonces que la condición será resolutoria, nos veremos enfrentados al problema de los efectos de la condición resolutoria, puesto que como sabemos ésta no opera *ipso iure* o de pleno derecho, sino que más bien debe ser declarada judicialmente, y en este caso -el período de prueba- el contrato queda sin efecto con la sola manifestación de voluntad en el lapso de tiempo establecido.

Por estas razones y además por el Art. 1478 del Código Civil que señala que son nulas las obligaciones condicionales potestativas que consistan en la mera voluntad del que se obliga, que no resultaría tampoco aplicable a la figura de la condición para explicar la institución del período de prueba.

Un tercer sector de la doctrina señala que el período de prueba es la época dentro de la cual podrá ejercerse un derecho, que en este caso consiste en poner término a la relación laboral sin necesidad de dar aviso previo.

Finalmente, una cuarta opinión señala que esta figura constituiría una institución *sui generis* o un desahucio especial.

Un último punto que cabe analizar, es el problema que podría suscitarse al vincular el período de prueba con el plazo que tiene el empleador para escriturar el contrato de trabajo, el cual es de 15 días. La pregunta es, si esos 15 días se cuentan desde que ha terminado el período de prueba, o desde la incorporación definitiva del trabajador. Frente a esto la Dirección del Trabajo en Dictamen Ordinario N° 7495/352 de 30 de Diciembre de 1992, resolvió que el contrato de trabajo de trabajadores de casa particular es uno solo, y no dos como señalaba la doctrina, y por lo tanto, la obligación de escriturar el contrato debe cumplirse por el empleador dentro de los 15 días de iniciada la relación laboral, incluyéndose el período de prueba en éste.

Subsistencia de la relación laboral.

El Art. 148 del Código del Trabajo señala: “Al fallecimiento del jefe de hogar, el contrato subsistirá con los parientes que hallan vivido en la casa de aquél y continúen viviendo en ella después de su muerte, los que serán solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato”.

Este Art. es aplicación del principio de continuidad de la relación laboral, en virtud del cual, el contrato de trabajo sólo termina con la muerte del trabajador y no ocurre lo mismo con la muerte del empleador. Se establece así una especie de solidaridad legal pasiva en donde los parientes del empleador que hayan vivido en la casa del jefe de hogar son solidariamente responsables frente al trabajador.

Jornada de trabajo.

El Art. 149 del Código del Trabajo dispone: “La jornada de los trabajadores de casa particular que no vivan en la casa del empleador, no podrá exceder en ningún caso de 12 horas diarias y tendrán, dentro de esta jornada, un descanso no inferior a una hora imputable a ella. Cuando vivan en la casa del empleador no estarán sujetos a horario, sino que éste será determinado por la naturaleza de su labor, debiendo tener normalmente un descanso absoluto mínimo de 12 horas diarias. Entre el término de la jornada diaria y el inicio de la siguiente, el descanso será ininterrumpido y, normalmente, de un mínimo de 9 horas. El exceso podrá fraccionarse durante la jornada y en él se entenderá incluido el lapso destinado a las comidas del trabajador”.

Este Art. distingue 2 situaciones: la de los trabajadores que viven en casa de su empleador y los que no. A los primeros se les denomina trabajadores puertas adentro y a los segundos trabajadores puertas afuera.

La jornada de los trabajadores puertas afuera no podrá exceder de 12 horas diarias y dentro de ésta tendrán un descanso no inferior a una hora. La situación de los trabajadores puertas adentro es distinta ya que su extensión se fijará de común acuerdo con el empleador, pero deberán tener a lo menos 12 horas diarias de descanso. Esta disposición no es absoluta ya que el legislador emplea la palabra “normalmente”, por lo que se podría sobrepasar el límite de horas de trabajo en situaciones de excepción. Por otro lado, entre el término de la jornada diaria y la siguiente, el descanso será ininterrumpido y normalmente por un mínimo de 9 horas, pudiendo fraccionarse el exceso, donde se entenderá incluido el tiempo destinado a las comidas del trabajador.

La extensión de la jornada de trabajo a 12 horas parece tener su explicación en que al realizarse estas labores en la casa, el trabajador tendrá más pausas para realizar su trabajo, postura con la que está en absoluto desacuerdo Elena Bravo Rojas, Presidenta de la Asociación Nacional de Empleadas de Casa Particular (ANECAP), quien ha señalado que “el creer que porque el trabajo se realiza en la casa es más relajado es un error puesto que nosotras estamos todo el día en movimiento, de un lado para otro, tenemos que hacer el aseo, cocinar, lavar, planchar; muchas veces levantarnos de la mesa para atender algún pedido de la patrona, cuidar a los niños...” A la luz de lo

señalado parece manifiestamente arbitrario y discriminatorio suponer que el trabajador de casa particular al realizar sus funciones en el hogar, tiende a realizar una labor menos continua que el resto de los trabajadores, lo cual se hace prontamente necesario analizar debido a que se estaría vulnerando el principio constitucional de igualdad y no discriminación.

Descanso semanal.

El Art. 150 del Código del Trabajo señala: “El descanso semanal de los trabajadores de casa particular que no vivan en la casa del empleador, se regirá por las normas generales del párrafo 4, Capítulo IV, Título I, de este libro. Los trabajadores que vivan en la casa del empleador tendrán derecho a un día completo de descanso a la semana, el cual podrá ser fraccionado en dos medios, a petición del trabajador. Los días de descanso facultan a los trabajadores a no reiniciar sus labores hasta el comienzo de la jornada diaria siguiente.”

Nuevamente debemos distinguir:

-Trabajadores puertas afuera: se rigen por las normas generales. La jornada de trabajo puede distribuirse en forma de incluir labores en días domingo y festivos y si esto ocurre el trabajador tendrá derecho a 1 día de descanso en la semana, y además a otro día por cada festivo que preste servicios. Si se acumula más de un día de descanso en la semana, se puede acordar entre las partes otra forma de distribución diversa a la señalada, o el pago de remuneración por los días de descanso que excedan de uno semanal, en cuyo caso la remuneración no podrá ser inferior al valor de las horas extraordinarias.

Si las partes pactan que la jornada de trabajo se desarrollará de lunes a viernes o de lunes a sábado, el trabajador mantendrá su derecho a descanso los días domingo y festivos. Cuando se ha pactado una jornada parcial de trabajo el empleador no estará obligado a otorgarle descanso semanal al trabajador.

Trabajadores puertas adentro: tienen derecho a un día de descanso a la semana, pudiendo fraccionar tal día en dos medios días, si así se desea. En la práctica suele ocurrir que estos trabajadores soliciten al empleador su descanso semanal obligatorio en forma fraccionada, como dos medias tardes o mañanas.

Lo anteriormente dicho es muestra de la evolución legal que se ha producido en la materia. En efecto, en el Código del Trabajo de 1931 se establecía que estos trabajadores disponían de un solo día de descanso al mes, sin embargo el DL 2200 de 1978 estableció un día completo de descanso a la semana, el cual podría ser fraccionado en dos medios días, a petición del trabajador.

Remuneración.

El Art. 41 inc. 1º del Código del Trabajo da un concepto de remuneración y señala: “Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo” y el Art. 151 del mismo Código, por su parte dispone: “La remuneración de los trabajadores de casa particular se fijará de común acuerdo entre las partes, comprendiéndose además del pago en dinero efectivo, los alimentos y la habitación cuando los servicios requeridos exijan que el trabajador viva en la casa del empleador. Con todo, la remuneración mínima en dinero de los trabajadores de casa particular será equivalente al 75% del ingreso mínimo mensual. Los trabajadores que no vivan en la casa del empleador y se desempeñen a jornadas parciales o presten servicios sólo algunos días de la semana, tendrán derecho a una remuneración mínima no inferior a la referida en el inciso anterior, proporcionalmente calculada en relación con la jornada o con los días de trabajo. Las prestaciones de casa habitación y alimentación de los trabajadores de casa particular no serán impositivas para efectos previsionales”.

A lo largo de nuestra historia legislativa laboral, estos trabajadores se han visto notoriamente discriminados con respecto a la generalidad de los trabajadores que efectúan otras labores. Es así como estos empleados no contaban antes con una remuneración mínima, sino que la ley sólo se limitaba a disponer que la remuneración se estipulará de común acuerdo por las partes.

Hoy en día, sin perjuicio de que el trabajador de casa particular cuenta con la garantía de una remuneración mínima, ésta sigue siendo discriminatoria puesto que es reducida a un 75% del ingreso mínimo mensual. Respecto a esta materia, debemos nuevamente hacer una distinción:

-Trabajadores puertas adentro: el ingreso mínimo no puede ser inferior a un 75% del ingreso mínimo mensual, remuneración que no incluye lo recibido por el trabajador por concepto de alimentación y habitación, sumas que tampoco son impositivas para efectos previsionales.

El fundamento de esta remuneración mínima inferior a la legal radica en que estos trabajadores al recibir alimento y habitación por cuenta del empleador se ahorran cierta suma de dinero para estos gastos, la cual se representa en el 25% restante. A pesar de esto, el fundamento ha sido duramente criticado puesto que el recibir alojamiento y comida no es más que una forma de compensación frente a lo que significa para estas mujeres dedicarse a tiempo completo a sus labores, postergando incluso su vida privada en pos de su trabajo. Debe considerarse además el hecho, que muchos de estos trabajadores emigran desde zonas rurales a polos urbanos, donde se ven desprovistos de un apoyo distinto al de la casa donde trabajan.

La inclusión de la alimentación y la habitación como parte de la remuneración de estos trabajadores, estaría dada por la naturaleza del trabajo que se realiza, ya que el

trabajo y la vida cotidiana del empleado se confunden cuando éste trabaja dentro del hogar; estas prestaciones están inmersas dentro de la relación laboral, pero no deberían constituir remuneración debido a que el trabajo y la vida privada del trabajador se confunden como un todo siendo difícil separar ambos campos.

- Trabajadores puertas afuera: para ellos también existe la remuneración mínima reducida a un 75% del ingreso mínimo y si el trabajo se realiza en jornadas parciales, o sólo por algunos días dentro de la semana, esta remuneración deberá calcularse proporcionalmente en relación con los días trabajados. Si este trabajador trabaja igual cantidad de horas y días que el trabajador puertas adentro, la ley señala que se le remunerará de igual forma que la de aquel aunque no goza de los beneficios señalados anteriormente.

Encontrar el fundamento de la remuneración legal mínima reducida en el caso de los trabajadores puertas afuera resulta más complejo aún, puesto que no es el empleador el que solventa los gastos de alimentación y habitación, siendo exclusivamente el trabajador el que debe soportarlos y, por lo tanto, mantener el mismo criterio que para los trabajadores puertas adentro resulta discriminatorio.

Feriado.

Se aplican las reglas generales respecto a los demás trabajadores, regulado en el Capítulo VII del Libro I, Arts. 66 y siguientes del Código del Trabajo. Es así como el trabajador de casa particular tiene derecho al feriado anual al cumplir 1 año de trabajo para el mismo empleador, el que será de 15 días hábiles con derecho a remuneración. También tiene derecho al feriado progresivo al cumplir 10 años de trabajo, sea para el mismo empleador o para uno distinto, ya sea trabajando en forma continua o discontinua, en virtud del cual se aumenta 1 día adicional de vacaciones por cada 3 años trabajados.

También le es aplicable el feriado proporcional que se produce al término de la relación laboral no superior a 1 año, donde el empleador deberá pagar en forma proporcional una remuneración equivalente a los meses servidos.

Conservación del cargo en caso de enfermedad.

El Art. 152 del Código del Trabajo señala: “En los casos de enfermedad del trabajador, el empleador deberá dar de inmediato aviso al organismo de seguridad social respectivo y estará además, obligado a conservarle el cargo, sin derecho a remuneración, por ocho días, si tuviera menos de seis meses de servicio; durante quince días, si hubiera servido más de un semestre y menos de un año, y por un período de hasta treinta días, si hubiere trabajado más de doce meses. Toda enfermedad contagiosa, clínicamente calificada, de una de las partes o de las personas que habiten la casa, da derecho a la otra parte para

poner término al contrato.”

El legislador aquí delega en el empleador la obligación de hacerse cargo de la enfermedad del trabajador. Así el empleador deberá, en primer término, dar aviso al organismo de seguridad social respectivo para que éste curse el subsidio por enfermedad. En segundo término, el empleador está obligado a conservarle en el cargo sin derecho a remuneración, basándose en la antigüedad de éste. Sin perjuicio de ello, el legislador le da la facultad para poner término a la relación laboral una vez transcurridos los plazos prescritos debido a la naturaleza misma del trabajo, ya que en un hogar no existe posibilidad de prescindir del trabajador puesto que, el no desempeño de sus funciones podría alterar gravemente el funcionamiento de éste, como tampoco se contempla la posibilidad de reemplazarlo de una manera temporánea.

Término de la relación laboral.

En nuestro sistema existe un régimen de estabilidad relativa morigerado, lo que significa que el trabajador tiene derecho a permanecer en su cargo, sin que se le pueda despedir, a menos que exista una justa causa de terminación de contrato, las cuales son enumeradas por el legislador. Sin perjuicio de ello, si el empleador no invoca causal alguna o no puede probarla, no es obligado a reincorporar al trabajador sino que se le impone el pago de una indemnización.

La causal de necesidades de la empresa del Art. 161 del Código del Trabajo y el desahucio son otra forma de manifestación de la estabilidad laboral relativa, siendo la antítesis de ésta la institución del fuero laboral en donde se exige una autorización judicial para poder despedir al empleado aforado.

No corresponde a este estudio el analizar las causales de terminación de contrato de trabajo, sólo nos referiremos a las causales aplicables al contrato en análisis.

Aquí distinguimos entre causales objetivas y subjetivas. Dentro de las causales objetivas tenemos:

- -Mutuo acuerdo de las partes. Es aplicable según la regla general, es decir, debe constar por escrito y ser firmado por las partes o ratificado por el trabajador ante el inspector del trabajo u otro ministro de fe.
- -Muerte del trabajador. Debido al carácter *intuito personae* del contrato de trabajo éste termina por la muerte del empleado. Debemos recordar que la muerte del empleador no provoca la terminación del contrato de trabajo.
- -Renuncia del trabajador. Este contrato se puede dejar sin efecto por la voluntad unilateral de cualquiera de las partes a través del desahucio dado por el empleador o por la renuncia del trabajador. El trabajador que renuncia debe dar aviso a su empleador con a lo menos 30 días de anticipación.
- -Vencimiento del plazo convenido Este contrato por regla general es de plazo

indefinido, estando el empleador facultado para desahuciar el mismo en cualquier tiempo. Sin perjuicio de ello, el contrato puede estipularse a plazo fijo, asumiendo el empleador la obligación de mantener a su trabajador en el empleo por el tiempo estipulado y si le pone término de manera anticipada incurre en incumplimiento contractual debiendo indemnizar al trabajador por los perjuicios ocasionados, lo que se traduce en el pago de la remuneración por el tiempo faltante para concluir el plazo estipulado y las correspondientes cotizaciones previsionales.

- -Conclusión del trabajo. En este caso, el empleador deberá comunicar al trabajador por escrito dentro de los 3 días hábiles siguientes a la separación, la causal invocada y los hechos en que se funda.
- -Caso fortuito o fuerza mayor. Está definida en el Art. 45 del Código Civil como el imprevisto que no es posible resistir. Se aplica el Art. 162 del Código del Trabajo en cuanto a la comunicación que se debe dar por escrito al trabajador.

Dentro de las causales subjetivas del Art. 160, éstas no son comúnmente invocadas por el empleador en el contrato de trabajadores de casa particular puesto que a éste le resulta más conveniente desahuciar al trabajador sin expresión de causa.

Además de estas causales objetivas y subjetivas existen otras causales especiales de este tipo de contrato y aplicables exclusivamente a esta clase de trabajadores, con excepción del desahucio que se aplica también a los trabajadores señalados en el inciso 2º del Art. 162 del Código Laboral. Estas causales son:

- 1.- Resolución del contrato durante el período de prueba.
- 2.- Desahucio.
- 3.- Término del contrato por enfermedad contagiosa.

Resolución durante el período de prueba y el desahucio:

Al ser este tipo de contrato esencialmente *intuitio personae*, en que la confianza juega un rol preponderante, éste podrá ser resuelto por causales netamente subjetivas como el no entendimiento entre trabajador y empleador, por no aceptar el primero los requerimientos del segundo, por no empatizar las partes, etc. Es así como el legislador laboral ha dispuesto que si cualquiera de las partes o ambas, de común acuerdo no quisieren perseverar en el contrato, éste podrá dejarse sin efecto dentro de las dos primeras semanas de iniciada la relación laboral. Para ello, la parte deberá dar aviso a la otra con a lo menos 3 días de anticipación y se debe pagar al trabajador el tiempo servido en forma proporcional a la remuneración mensual convenida. Cumplidos estos requisitos no hay necesidad de pagar remuneración alguna; lo que implicaría un desahucio especial que requiere tan sólo la voluntad unilateral de una de las partes, sin necesidad de expresar causa alguna, siendo necesario, eso sí, dar un aviso previo de 3 días y no de 30 días como establece el Art. 161.

Respecto de este punto debemos tener en cuenta lo siguiente:

Desahucio.

El Código del Trabajo de 1931 establecía en su Art. 67 que tanto el patrón como el trabajador en el contrato de trabajo de casa particular podían poner término al contrato de

trabajo dando un aviso con 15 días de anticipación o abonando 15 días de sueldo. Además si era el patrón el que desahuciaba al trabajador, debía permitirle salir 2 horas a la semana durante los 15 días para que pudiera buscar otro empleo.

La ley 16.455 eliminó el sistema de libre despido, estableciendo una estabilidad relativa en el empleo, pero excluyendo expresamente a los trabajadores de casa particular, los que siguieron manteniendo la situación que tenían bajo el imperio de Código del Trabajo de 1931, pero aumentando los 15 días a 30 días de anticipación del aviso previo al término de la relación laboral.

El DL 2200 de 1978 volvió a establecer la libertad de despido, pero con la limitante para el empleador de dar aviso previo con 30 días de anticipación o pagar una indemnización equivalente a la última remuneración devengada.

La ley 19.010 de 1990 volvió a establecer la estabilidad relativa en el empleo, exigiendo una causal específica y justificada para el despido, pero manteniendo el desahucio como causal excepcional para ciertos trabajadores, entre ellos los de casa particular.

Hoy, el inciso 2° del Art. 161 señala: “En el caso de los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración, y en el caso de los trabajadores de casa particular, el contrato de trabajo podrá, además terminar por desahucio escrito del empleador, el que deberá darse con 30 días de anticipación, a lo menos, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva. Sin embargo, no se requerirá de esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador, al momento de la terminación, una indemnización en dinero efectivo equivalente a la última remuneración mensual devengada. Regirá también esta norma tratándose de cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos”.

En virtud de este Art. se mantiene la figura del desahucio para el trabajador de casa particular debido a la naturaleza propia del contrato y al rol determinante que juega la confianza en este vínculo jurídico, puesto que el trabajador tiene acceso a la intimidad del empleador, a sus bienes más preciados. Una vez que se pierde la confianza en este contrato, las partes podrán ponerle término a través del desahucio.

La facultad del empleador de poner término al contrato no es absoluta y encuentra su limitante en el inciso 3° del Art. 161, puesto que el empleador no podrá poner término a la relación de trabajo cuando el trabajador tenga licencia por enfermedad común, accidente de trabajo o enfermedad profesional, lo cual no quiere decir que estos trabajadores gocen de fuero laboral. La norma deberá aplicarse en sentido restringido y no se hace extensible al caso de enfermedad contagiosa del Art. 152 del Código del Trabajo.

El desahucio tampoco es aplicable en los contratos a plazo fijo, puesto que de otra forma se estaría vulnerando el principio general en materia contractual del Art. 1545 del Código Civil, cual es el llamado *pacta sunt servanda* que señala “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

También se presenta el problema sobre si es posible aplicar el desahucio respecto de las personas señaladas en los incisos 2º y 4º del Art. 142; tema que no es objeto de análisis en el presente trabajo.

Término por enfermedad contagiosa de una de las partes o de las personas que habiten la casa:

Esta causal se señala en el Art. 152 inc. 2º: “Toda enfermedad contagiosa, clínicamente calificada, de una de las partes o de las personas que habiten la casa, da derecho a la otra parte para poner término al contrato”.

Esta causal propia de terminación del contrato de trabajador de casa particular se justifica en función del lugar donde se realizan las labores domésticas. En efecto, al desempeñarse las funciones dentro de la casa del empleador, serán los propios miembros de ese hogar los que se verán directamente afectados por la enfermedad contagiosa del empleado. Sin embargo, para que opere esta causal, el legislador ha exigido una previa calificación clínica de la enfermedad, es decir, debe ser diagnosticada y confirmada por el organismo de salud que corresponda.

Hoy, con el avance de la ciencia, esta disposición resulta criticable puesto que la mayoría de las enfermedades contagiosas pueden sanarse (salvo notables excepciones), y tampoco se contagian por el simple hecho de habitar el mismo lugar físico, sino que necesitan vías más directas de contagio. Y más que criticable, es inconstitucional, puesto que vulnera el Art. 19 N° 1 y N° 2 de la Carta Fundamental que protege la integridad física y psíquica de las personas y la igualdad ante la ley. Más aún, aunque sostuviésemos que el precepto está acorde con los principios generales del ordenamiento jurídico, si la causal fuera procedente debido al riesgo de habitar el enfermo en el mismo lugar físico, también debería contemplarse esta causal para el resto de los trabajadores que prestan sus servicios en una empresa, puesto que aquí también entran en contacto con otras personas.

Frente a la sospecha por parte del empleador de que el trabajador es portador de una enfermedad contagiosa, puede presentarse otro problema que surgirá si el trabajador se niega a hacerse los exámenes médicos correspondientes; frente a esta hipótesis, nada ha dicho el legislador.

Otro conflicto se presenta en relación con la licencia médica, que impide que el trabajador sea despedido durante el tiempo en que dura ésta, ya que esta disposición no sería aplicable debido a la especialidad que tiene la norma del Art. 152.

Indemnizaciones.

Indemnización sustitutiva del aviso previo.

Es aquella que procede cuando el empleador no ha dado oportuno aviso del término de la relación laboral a su empleado, esto es, cuando lo desahucia. Se aplican las reglas

generales.

Se discutió en doctrina si esta clase de trabajadores tenían derecho a esta indemnización. En un primer término se determinó que ésta no era procedente puesto que la ley no exigía el aviso previo para terminar el contrato (Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago del 13 de Julio de 1992).

Hoy nuestra jurisprudencia no llega a la misma conclusión, puesto que en virtud de lo establecido en el Art. 161 inc. 2º del Código del Trabajo se establece expresamente la procedencia de esta indemnización para esta clase de trabajadores.

En lo relacionado con el monto de ésta indemnización, ella equivaldrá a la última remuneración mensual devengada y será pagada en efectivo, sin importar que se haya dado el aviso con un tiempo inferior a los 30 días; la indemnización que deberá pagarse será de todas maneras la señalada, es decir, no se cuenta aquí en forma proporcional.

Indemnización a todo evento.

En el Art. 163 se establece la indemnización por años de servicio que es aquella que deberá pagar el empleador por cada año de servicio y fracción superior a seis meses que haya trabajado el empleado bajo subordinación y dependencia, la que equivale a 30 días de la última remuneración mensual y que se podría definir como aquella que debe pagar el empleador cuando ha puesto término al contrato en forma injustificada, o invocando necesidades de la empresa, o por desahucio habiendo estado vigente el contrato a lo menos por 1 año, y equivale a 30 días de la última remuneración mensual devengada por el trabajador, multiplicada por los años de servicio y fracción superior a 6 meses, con tope de 330 días de remuneración.

El inc. 4º del Art. 163 del Código del Trabajo excluye expresamente a los trabajadores de casa particular del derecho a este tipo de indemnización. Sin perjuicio de ello, estos trabajadores tendrán derecho a un 4,11% de la remuneración mensual imponible, cualquiera sea la causa de término de contrato. Este derecho surge con la ley 19.010 de 29 de noviembre de 1990 el cual se encuentra consagrado en el Art. 5 de la respectiva ley.

La indemnización por años de servicio y la del 4,11% podrían asimilarse, pero tienen además notables diferencias:

- La indemnización por años de servicio es condicional, en cambio la indemnización a que tiene derecho el trabajador de casa particular es a todo evento. La indemnización por años de servicio requiere que el contrato de trabajo haya estado vigente a lo menos por 1 año, en cambio la indemnización del trabajador de casa particular no exige este requisito. La indemnización por años de servicio se financia por el empleador al término de la relación de trabajo y corresponde a 30 días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a 6 meses con tope de 11 meses. La indemnización a todo evento del trabajador de casa particular se financia con el aporte mensual que hace el empleador a una AFP equivalente al 4,11% de la remuneración mensual imponible.

En este punto debemos hacer notar que mientras la generalidad de los trabajadores tiene derecho a su indemnización equivalente a 30 días de remuneración por año de servicio, los trabajadores de casa particular tienen, por así decirlo, la mitad del derecho, esto es, una indemnización que asciende a 15 días de su remuneración por años de servicio.

Sin perjuicio de ello, no debería haber problema para que las partes puedan disponer otra forma de indemnización que la señalada por la ley, en virtud de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual.

Respecto de los aportes del 4,11% existen 2 interpretaciones. Para algunos, estos aportes constituyen cotizaciones previsionales, y para otros no. Dependiendo de la postura que se adopte, será la sanción que se establezca para la infracción de la obligación de realizar el aporte.

Si se piensa que son cotizaciones previsionales, su infracción acarreará la nulidad del despido; si se piensa que no lo son, la única acción que corresponderá al trabajador es la de pedir el cobro de los aportes impagos a través de un juicio declarativo.

En cuanto a la indemnización a todo evento propia del trabajador de casa particular, sabemos que se le ha asignado al riesgo del pago de la indemnización un valor de un 50% de ella, esto es, se ha descontado la mitad del valor total de la indemnización por año de servicio, a cambio de la certeza del pago de la obligación. Esto podría compensarse con el hecho de que este trabajador se verá recompensado por la prontitud del pago y por el hecho que no necesitará recurrir a los tribunales de justicia para obtener el cobro de éstos. Pero si el empleador no cumple con su obligación de consignar esta cantidad en la correspondiente AFP estos beneficios no se producen y resulta del todo inoficioso la reducción del porcentaje.

Seguridad Social.

Respecto de este tema los trabajadores de casa particular se rigen por las normas generales. La excepción se da en el seguro de cesantía, el cual no se aplica a estos trabajadores por expresa disposición de la ley 19.728 de 14 de Mayo de 2001.

El fuero maternal de las trabajadoras de casa particular.

El fuero maternal se incorpora como derecho para las trabajadoras de casa particular a partir de 1998 a través de la ley 19.591.

El fuero, como sabemos, es un derecho que se establece para determinados trabajadores que en razón de encontrarse en una situación de vulnerabilidad o en razón

de la autonomía de su cargo, requieren de una protección especial por parte del legislador. Esta protección se traduce en gozar de cierta estabilidad laboral mientras se mantengan las circunstancias que se han tenido en vista para otorgar este beneficio.

Antes de la reforma de la ley 19.591, la mujer trabajadora de casa particular carecía del derecho a fuero maternal. Es así como se producía una abierta discriminación frente a este tipo de contrato ya que como resulta evidente, este trabajo se desarrolla mayoritariamente por mujeres debido a que históricamente el rol de la mujer en la sociedad ha sido la mantención de la

casa frente al hombre padre de familia y proveedor, por tanto, son las mujeres las que siempre han desarrollado las tareas propias de aseo, cocina, lavado, etc.

Si bien en el Código del Trabajo de 1931 se discutía si estas trabajadoras tenían o debían tener derecho a fuero maternal, la discusión se zanjó con la ley 18.018 de 1981 en que se les privó expresamente de este derecho, situación que se mantuvo hasta la dictación de la ley 19.591 de 1998, la que suprimió el inciso final del Art. 201 del Código del Trabajo, pasando la trabajadora de casa particular a gozar de todas las garantías establecidas para el fuero maternal en general. Con la dictación de esta ley, esta trabajadora también adquiere otros derechos como el descaso maternal, derecho a modificar la naturaleza de las funciones por encontrarse en estado de gravidez, derecho a subsidio maternal, derecho a alimentar a su hijo y a sala cuna. Además esta ley les otorga fuero sindical a estas trabajadoras.

La figura del fuero maternal, sin embargo, puede traer ciertos problemas de aplicación.

El primer problema que se presenta es si el derecho a fuero maternal es renunciable por la trabajadora al renunciar ésta a su trabajo. Hay quienes se oponen a esta renunciabilidad fundándose en el Art. 5 del Código del Trabajo que lo establece como una garantía general irrenunciable, y además sosteniendo que este derecho no sólo compete a la mujer sino que a la sociedad toda y al niño que está por nacer o recién nacido, cuya protección es deber del Estado. Se señala además que se está contraviniendo el Art. 12 del Código Civil que señala "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia".

Un sector intermedio sostiene que este derecho es irrenunciable sólo frente a la ignorancia de la mujer de su estado de gravidez.

El otro extremo de la doctrina señala que la renuncia a este derecho es válida, aún cuando la mujer desconozca que está embarazada. Se fundamentan en que la ley no establece una disposición en contrario y en que si se aceptara la posición contraria se estaría vulnerando el principio constitucional del Art. 19 N° 16 que asegura a todas las personas el derecho a la libertad de trabajo. Se apoyan también en el inc. 4° del Art. 201 al establecer el legislador que si no se ejerce el derecho a reincorporación en el trabajo durante los 60 días siguientes se producirá la caducidad de este derecho, por lo tanto se produciría una renuncia tácita.

Si aceptamos que la mujer puede renunciar al fuero maternal poniendo término a la

relación laboral surge la pregunta sobre si este derecho subsiste respecto a su nuevo empleador. Las opiniones son diversas.

La Dirección del Trabajo sostiene que el derecho a fuero maternal no se supedita a la relación laboral existente entre la mujer y su empleador sino que a su maternidad, por lo mismo, el fuero sería oponible a cualquier empleador.

Los tribunales, por su parte, mantienen una postura distinta señalando que el fuero maternal no traspasa sus efectos a otro empleador que no sea continuador del anterior. Además ha señalado que la trabajadora que ha renunciado a su fuero y celebra un nuevo contrato con posterioridad al nacimiento de su hijo no tiene derecho a exigir a su nuevo empleador el derecho a fuero. Sería conveniente en razón de una mayor uniformidad en la aplicación de la ley que la jurisprudencia administrativa se uniformara con la judicial.

Respecto a la situación que se produce con la interrupción del embarazo y muerte del recién nacido la Dirección del Trabajo ha señalado que no subsistiría el fuero maternal puesto que desaparecería el fundamento legal que hace a la mujer acreedora de ésta especial protección, puesto que no existe ningún hijo que cuidar. Sin perjuicio de lo anterior, ha señalado que la trabajadora mantendrá igualmente su derecho a su descanso postnatal.

El Art. 195 inc2º del Código el ramo fue modificado por la ley 19.670, señalando “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, quién gozará del fuero establecido en el Art. 201 de este Código y tendrá derecho al subsidio a que se refiere el Art. 198”. Se reconocen expresamente al padre todos los beneficios jurídicos que tendría la madre si estuviera viva, los que se hacen extensivos por el sólo ministerio de la ley al padre. El padre perderá este derecho a fuero cuando fuere privado por sentencia judicial del cuidado personal del menor.

Se produce además otra situación que cabe mencionar y que consiste en determinar el lugar en que habitará el recién nacido en caso de que su madre sea trabajadora puertas adentro. La Dirección del Trabajo ha señalado que no es obligación del empleador el tener al recién nacido en su casa, debiendo ser la madre la que realice los desembolsos de alojamiento, alimentación y mantención de su hijo.

Por último, debemos determinar qué ocurrirá cuando la mujer quede embarazada durante el período de prueba. Se produce un conflicto de normas entre los Arts. 147 y 201 del Código del Trabajo ya que ambos se consideran especiales. Para algunos debiera prevalecer el Art. 147 puesto que se encuentra dentro de la reglamentación del Contrato de Trabajadoras de Casa Particular y, por lo tanto, el empleador podrá siempre despedir a la mujer, aún estando ella en estado de gravidez. Sin embargo, la Dirección del Trabajo se ha pronunciado por la protección al fuero maternal, el que sólo se puede eliminar por autorización judicial previa, puesto que estas normas son imperativas y de orden público.

Capítulo 5. Acoso Sexual Laboral.

Concepto.

Difícil resulta la tarea de conceptualizar el acoso sexual debido a lo complejo que es tratar de delimitar las conductas sexuales lícitas de aquellas que son ilícitas, además de la escasez de información que existe sobre el tema en nuestro país.

La OIT ²¹ define el acoso sexual como “un comportamiento de carácter sexual, no deseado por la persona afectada, que incide negativamente en su situación laboral, provocándole un perjuicio” ²² . Este concepto suele ser muy utilizado por la doctrina e incluso es el recogido en nuestro proyecto de ley para definir el acoso sexual, debido a lo preciso del concepto.

Sin embargo, se han dado otras definiciones en la materia. Así, la catedrática de la Universidad de La Serena, Sonia Salas ha dicho: “el acoso sexual es una amenaza repetida e indeseada que puede incluir gestos, comentarios o contactos físicos de naturaleza sexual.”

²¹ Organización Internacional del Trabajo.

²² Se utilizarán indistintamente los términos asedio, acoso u hostigamiento sexual.

Otra definición es la conocida como acoso sexual *quid pro quo*, dada por Lieve Daaren, experta asociada de la OIT en el tema género, en que se señala que acoso sexual es la exigencia por parte de un supervisor (que habitualmente

es un hombre), dirigida a un subordinado (que habitualmente es una mujer), para que le conceda favores sexuales con el fin de conseguir o conservar un trabajo o ciertos beneficios relacionados con éste, como un aumento salarial, un ascenso, o un traslado. Este tipo de acoso importa un abuso de autoridad.

Según lo expuesto, podemos señalar como elementos diferenciadores de esta conducta y que son aceptados por la doctrina nacional, los siguientes:

comportamiento de connotación sexual,

no deseado por la persona a la cual va dirigida,

que tiene una incidencia negativa en su situación laboral, ya sea presente o futura.

Todo esto sin dejar de considerar que estamos frente a un comportamiento que puede manifestarse de distintas formas, el que podrá ser por ejemplo verbal o físico, ejercido por el empleador o por uno de sus subalternos, etc.

Clasificación del acoso sexual.

Según investigaciones realizadas en Estados Unidos (Till, 1980), existen cinco niveles de acoso que se aceptan en doctrina:

1.-Acoso sexual: son conductas y/o comentarios generalizados de carácter sexual.

2.-Conducta seductora: son las insinuaciones sexuales de carácter inapropiado y ofensivo.

3.-Chantaje sexual: es la solicitud de actividad sexual u otra conducta ligada al sexo, con promesa de recompensa.

4.-Coacción sexual: es la imposición de actividad sexual bajo amenaza de castigo.

5.-Ataque o asalto sexual: es la imposición o ataque sexual intenso.

Otra clasificación es la que hace el abogado Sebastián Hamel (1995), y que es reconocida por nuestra doctrina nacional, quien reconoce 2 tipos de acoso: el acoso por chantaje y el acoso por intimidación.

Acoso por chantaje, llamado también "*quid pro quo*" o vertical es aquel que implica una exigencia formulada por un superior a un subordinado para que se preste a una actividad sexual si quiere conservar o conseguir ciertos beneficios laborales; implica necesariamente abuso de poder. A su vez puede clasificarse en explícito e implícito.

Será explícito cuando el superior jerárquico exija expresamente a su subordinado(a) la realización de una actividad sexual si quiere conseguir o conservar determinados beneficios laborales. Será implícito cuando el trabajador no haya sido requerido para la actividad sexual, pero sus compañeros de trabajo que sí lo han sido y han aceptado,

obtingan determinados beneficios a los que él (ella) no pueda acceder.

Por acoso sexual por intimidación (llamado también acoso ambiental) se entienden conductas que pueden consistir en invitaciones sexuales inoportunas, solicitudes indebidas u otras manifestaciones verbales y físicas de carácter sexual, con el fin de coartar sin razón la actuación laboral de una persona, o crear un entorno de trabajo hostil, de intimidación o de abuso. Este tipo de acoso por lo general no implica efectos negativos en cuanto a la permanencia en el trabajo o en las condiciones del mismo, pero sí conlleva otros efectos como el ausentismo laboral o una disminución del rendimiento.

Otra clasificación distingue cuatro tipos de acoso sexual, a saber:

1.- Acoso sexual vertical (chantaje): es la que se produce de un superior jerárquico a un subalterno; es una forma de coacción a través de amenazas si no se accede, o también se presenta mediante la promesa de determinados beneficios laborales en caso que se acceda.

2.- Acoso sexual horizontal: se da cuando la mujer es acosada insistentemente por un compañero de trabajo de la misma jerarquía que ella, o por un cliente de la empresa.

3.- Hostigamiento sexual: es la conducta ofensiva que sufre una o varias mujeres, de connotación sexual, y que crea un ambiente hostil dentro del trabajo.

4.- Favoritismo sexual: son los perjuicios que sufren los demás empleados al verse perjudicados frente a una empleada que concede favores de índole sexual al superior jerárquico, y que con ello accede a beneficios que los demás empleados no tienen.

Efectos que produce el acoso sexual.

El problema del acoso sexual ha dejado de considerarse como un problema propio de la persona que lo sufre y ha pasado a tener consecuencias de carácter social, afectando a la sociedad en su conjunto. Así, un problema que en principio afectaba a dos personas determinadas y que tenía generalmente un carácter reservado, pasa a transformarse en un problema social y laboral relevante, que involucra tanto a los empresarios como al Estado, los cuales no pueden permanecer ajenos a él.

Los efectos dañinos de esta conducta se manifiestan en distintos aspectos de la relación laboral. La víctima sufre un daño psicológico, físico o personal en el ámbito laboral, y también se ve afectada en el ámbito social puesto que se cae en estereotipos que limitan las opciones de empleo. Es frecuente que la víctima presente síntomas de tensión, inseguridad o estrés, lo que se traduce en una disminución del rendimiento y productividad.

En la empresa se produce una baja en la productividad, baja la moral puesto que los trabajadores no se sienten valorados, y también se pierde dinero ya que al existir grados de tensión se pierde concentración, situación que en muchos casos llevan a las empresas a verse privadas de personas calificadas las que bajan su rendimiento y terminan siendo despedidas o simplemente renuncian a su trabajo. Además en muchos

casos la empresa se verá obligada a pagar indemnizaciones a las víctimas y las costas del juicio en que se le haga responsable.

A los acosadores puede costarles el empleo. Si la persona acosadora resulta ser un delegado del empleador, éste, además de responder ante la víctima en la instancia pertinente, deberá responder ante su empleador, a quien ha comprometido de cierta manera, incorporándolo en su responsabilidad, y aunque no se pudiese comprobar el hecho, perderá credibilidad con consecuencias que lo afectarán directamente. Si es el empleador el que resulta sancionado, se verá obligado al pago de multas y a las indemnizaciones que correspondan. Todo esto sin considerar el daño que se produce en su entorno familiar, su reputación y su imagen.

Acoso sexual y género.

El tema central del acoso sexual dice relación con el abuso de poder, la subordinación y las relaciones de dependencia.

Parte de la doctrina define el género como los atributos esperados para cada sexo de acuerdo al orden social de una cultura determinada. Así, es distinto a hablar de diferencias en torno al sexo, lo que se refiere a las diferencias biológicas que existen entre machos y hembras en la mayoría de las especies vivientes, en términos de la participación en la reproducción. Así podemos entender el género como la red de rasgos de la personalidad, actitudes, sentimientos, valores, conductas y actividades que a través de un proceso de construcción social, establecen diferencias entre hombres y mujeres.

Esta construcción es histórica, por lo que se nutre de elementos que son mutables en el tiempo y en el espacio y que además admiten modificaciones a través de intervenciones.

Además es ubicua en el sentido que perneala la micro y macroesfera de la sociedad a través del mercado de trabajo, del sistema educativo, los medios de comunicación, la religión, el aparato político, la recreación, la familia, las relaciones interpersonales, la salud y la misma personalidad.

También es jerárquica porque la diferenciación implica valoraciones que atribuyen mayor importancia a las características y actividades con que se asocia al hombre.

A partir de esta definición vemos al acoso sexual como una expresión emblemática en la discriminación laboral, realidad que explica la caracterización del hostigamiento sexual. El acoso supone una situación de discriminación que afecta a la mujer, por el sólo hecho de ser tal.

El acoso sexual es una forma de violencia contra la mujer; un delito que ataca el bien jurídico de la libertad sexual y la dignidad de todo ser humano, constituye una discriminación por género en el ámbito laboral. La mayoría de las mujeres desconocen lo que es el acoso u hostigamiento sexual; aunque pueden verse expuestas a él, no logran identificarlo con claridad, y muchas, aunque lo identifican, no lo denuncian, ya sea por

temor a las represalias, o simplemente porque no conocen sus derechos.

Este comportamiento también se puede producir de una mujer hacia un hombre, entre homosexuales, o de homosexual a heterosexual, sin embargo, en el 95% las víctimas son mujeres.

Entre el 80 y 90% de los hombres y mujeres consideran conductas de acoso los roces y manoseos no deseados en el trabajo, el apremio a mantener relaciones sexuales a cambio de beneficios o sanciones en el trabajo y la propuesta sexual usando la posición jerárquica que se tiene en el trabajo²³.

En lo relacionado a la caracterización de las mujeres que son víctimas de acoso sexual en su trabajo, la bibliografía existente indica que este comportamiento afecta con mayor frecuencia a mujeres jóvenes, con bajos ingresos, educación incompleta y que trabajan en tareas auxiliares de profesiones masculinas (secretarias, enfermeras, obreras, etc.).

No obstante, también hay casos de mujeres profesionales, pero son los menos conocidos ya que las consecuencias laborales y sociales de la denuncia son mayores cuando se trata de personas que ocupan cargos de responsabilidad.

Resulta por lo menos “curioso” el saber que diversas investigaciones sociológicas han revelado un condicionamiento cultural en relación con la visión que se tiene de las mujeres acosadas, las que incluso tienden a avalar la existencia del acoso sexual; existe una percepción generalizada sobre la sexualidad masculina que se entiende como “irracional e irrefrenable” y, por lo tanto, cualquier manifestación de una mujer se entiende como una invitación a un acercamiento de carácter sexual, lo que se infiere de la vestimenta, maquillaje, o personalidad de la mujer.

Situación actual del acoso sexual en Chile.

Hoy nuestro país no cuenta con una ley específica que sancione la conducta del asedio sexual por lo que la persona que sea víctima de él deberá recurrir a la legislación existente, así podrá recurrir a normas constitucionales como el Art. 1º (derecho a la dignidad), Art. 19 N° 1 (derecho a la vida y a la integridad física y psíquica), Art. 19 N° 4 (derecho a la intimidad).

También podrá recurrir al Código del ramo y fundar su defensa a través de los Arts. 2, 171, 184 y 153 y siguientes que se refieren a la función social del trabajo, al despido indirecto, al deber de cuidado que tiene todo empleador respecto a sus trabajadores y a la conformación del reglamento interno de la empresa, respectivamente.

En cuanto a las normas civiles, podrán ejercer las acciones pertinentes para hacer efectivo el pago de la correspondiente indemnización de perjuicios.

²³ Sename, Unidad de Encuestas Facultad de Economía Universidad de Chile y Centro de Estudios de la Mujer (CEM), Documento de Trabajo N° 77, Santiago, Octubre 2002.

La función de la normativa actual, con la ayuda de distintos principios como el de la inexcusabilidad de los tribunales, permitiría a éstos pronunciarse sobre demandas o denuncias sobre acoso sexual, sin embargo consideramos que esta normativa es del todo insuficiente. Corrobora nuestra postura la escasa jurisprudencia existente, y más aún la escasa resolución de los conflictos que llegan a ser sancionados, es por esto que se hace urgentemente necesaria la dictación de una ley que tipifique y sancione el acoso sexual para así dar una verdadera protección a las víctimas de estas conductas en su lugar de trabajo.

El Proyecto de Acoso Sexual en Chile.

El acoso sexual como delito penal.

El delito de acoso sexual aparece como una creación reciente del Derecho Penal moderno. Así en España, se ha tipificado la figura del acoso sexual a través de su Art. 184 en los siguientes términos: “El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual...”

De esta forma, dados los términos excesivamente generales en que se construye la figura, se generan numerosas dudas sobre los principios de subsidiariedad, fragmentariedad, taxatividad y legalidad propios del Derecho Penal.

Para algunos comentaristas, esta tipificación de la conducta por el Derecho Penal era necesaria desde el punto de vista preventivo general puesto que se trataba de conductas de frecuente ocurrencia y que atentaban contra la libertad e indemnidad sexual.

Otros autores, sin embargo, consideran innecesaria e improcedente la correspondiente tipificación, argumentando que bastaba el tipo penal de amenazas para conseguir el amparo del bien jurídico que se pretende proteger.

En Chile, el Proyecto de Reforma de Delitos Sexuales del Código Penal, de 1999, incluyó la figura del acoso sexual, limitándose a la figura del “acoso de intercambio”, tipificado como “El que abusando de la autoridad que le confiere su función o empleo, pretenda, mediante amenazas o presiones indebidas, obtener prestaciones sexuales de otra persona, sufrirá la pena de...”

Al discutirse el mencionado Proyecto de Ley, el Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile sostuvo que el consistir la acción típica en “pretender”, se produce una notoria alteración de las reglas generales sobre el *iter criminis*, ya que al consagrarse como un delito autónomo, podría representar un acto preparatorio de una posterior agresión sexual, lo que resulta altamente inconveniente, puesto que no se puede desconocer el principio de *Última Ratio* propio del Derecho Penal en el cual se establece que sólo debe intervenir frente a conflictos sociales que lesionen o pongan en peligro de manera grave bienes jurídicos esenciales para la convivencia social.

Es por esto que resulta absolutamente necesaria la intervención del Derecho del Trabajo y del Derecho Administrativo con antelación al Derecho Penal.

La inclusión de esta conducta dentro de la mencionada reforma realizada al Código Penal fue suprimida por el Senado de la República, por 6 votos contra 2, donde se sostuvo que era razonable el propósito de eliminar del ámbito laboral las insistencias molestas que se efectuaban ante una persona a fin de obtener su asentimiento para la realización de acciones sexuales, por el menoscabo que importaba para su tranquilidad y dignidad, pero los reparos anteriores, y la consideración de que el uso de la ley penal debe ser el último mecanismo de solución de los conflictos, lleva a concluir que la vía idónea es la normativa laboral.

El acoso sexual como Proyecto de Ley en materia laboral.

A pesar de que hoy existen argumentos sociales, jurídicos, éticos, culturales y laborales más que suficientes para reconocer la existencia de la necesidad de tener una legislación que aborde el problema del acoso sexual en materia laboral, en Chile aún no existe la normativa que cumpla con este objetivo. Se han presentado distintos proyectos y mociones parlamentarias, las que finalmente fueron recogidas en una indicación substitutiva del Ejecutivo enviada a trámite legislativo con la firma del Presidente de la República y los Ministros del Trabajo y del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM).

La iniciativa legislativa establece la necesidad de dignificar la situación de los trabajadores entre sí y con el empleador durante el vínculo laboral, planteando que tal dignificación sólo se producirá en la medida que exista conciencia del deber de respeto al principio de igualdad entre los trabajadores y trabajadoras, principio que se vulnera en la medida que existe discriminación basada en elementos ajenos al desempeño laboral como es el sexo de la persona. Se agrega que una de las manifestaciones más graves de esta discriminación es el acoso sexual, el que afecta más frecuentemente a las mujeres, lo que denota la existencia de una visión de inferioridad de un sexo respecto a otro.

El proyecto de ley en discusión se apoya en ciertas disposiciones legales y constitucionales que resguardan los derechos de las personas en el trabajo como el Art. 1 de la Constitución que señala que las personas nacen iguales en dignidad y derechos. Así, la persona que acose sexualmente a otra puede verse sancionada por el Art.160 del Código del Trabajo, pudiendo ser despedida sin derecho a indemnización. Por otra parte, también podría demandarse por todo daño al acosador, según el Art. 2329 de Código Civil.

También se apoya en los Arts. 19 N° 1 que asegura a todas las personas sus derechos a la integridad física y psíquica; el N°2 que prescribe que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias, y en el inciso 3° del N° 16 que prohíbe cualquier discriminación en materia laboral que no se base en la capacidad o idoneidad personal del trabajador. La argumentación se complementa con la Resolución de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de Junio de 1995, sobre igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores en el empleo. La Resolución señala que: “los hostigamientos de índole sexual en el trabajo perjudican las relaciones de trabajo y las perspectivas de ascenso de los trabajadores”, por lo que se hace necesario que “las políticas que promuevan la igualdad deben traer consigo la

adopción de medidas destinadas a luchar contra tales hostigamientos y a impedirlos."

En este proyecto de ley se define el acoso sexual como "un comportamiento de carácter sexual no deseado por la persona afectada, que incide negativamente en su situación laboral, provocándole un perjuicio". Tal comportamiento puede consistir en una o varias acciones reiteradas en el tiempo, lo que decidirá el juez tomando en consideración la gravedad de los hechos.

La iniciativa propone modificar diversas disposiciones del Código del Trabajo, a saber:

- - Modifica el Art. 2 inciso 3º para establecer que el acoso sexual constituye una forma especial de discriminación contraria a los principios de las leyes laborales.
- - Cambia el Art. 160, para definir el acoso sexual e incluirlo como causal de terminación de contrato de trabajo. Cuando afecta al trabajador y el responsable es el empleador, la indemnización que debe pagar se eleva hasta en un 100% de acuerdo a lo establecido en el Art. 171 sobre despido indirecto, que permite al trabajador desahuciar el contrato cuando el empleador no cumple las condiciones que éste estipula.
- - Transforma el Art. 168, sancionando con un aumento de hasta un 100% en la indemnización que corresponda al empleador cuando se ha invocado en forma injustificada, indebida o improcedente la causal de acoso sexual para poner término al contrato de trabajo. Establece que cuando las denuncias de acoso sexual sean declaradas carentes de motivos plausibles, se sancionará al trabajador con una multa a beneficio fiscal.
- - Modifica el Art. 184, agregando la obligación del empleador de adoptar todas las medidas necesarias para proteger la dignidad de los trabajadores.

En forma paralela, el proyecto de ley pretende modificar el Estatuto Administrativo, como así mismo la normativa legal que rige para los trabajadores municipales.

La aprobación, discusión y mejoramiento de este proyecto son fundamentales para avanzar en el tema de la protección de los derechos de los trabajadores y en la erradicación de los distintos tipos de discriminación que afectan a las mujeres.

Enfoque del problema por la Dirección del Trabajo.-

En Chile se ha producido una experiencia pionera en que un servicio dedicado a la fiscalización e interpretación de las normas laborales como es la Dirección del Trabajo, ha abordado el tema. Hoy no existe en nuestra legislación una normativa que regule el acoso sexual en el trabajo, sin embargo, la Dirección resolvió actuar en la materia recogiendo la experiencia que ha obtenido de su personal en el conocimiento de casos de acoso sexual, estableciendo distintos procedimientos a través de los cuales en virtud de su facultad fiscalizadora y mediadora, pudieran investigarse las denuncias, para así

poner fin a este comportamiento. Sin perjuicio de ello, en nuestro país existen escasos estudios e investigaciones en la materia.

Así, la Dirección del Trabajo el 3 de Julio de 1997, dictó la Orden de Servicio N° 8 que establece los procedimientos y criterios de fiscalización ante este tipo de denuncias, además de determinar a los funcionarios responsables de su implementación.

Esta instrucción tiene como principal característica regular los procedimientos a seguir en caso de acoso sexual y fijar los criterios de actuación en las diferentes unidades operativas que participan en la fiscalización, tanto en la recepción e investigación de las demandas como en el informe final. En esta Orden de Servicio se define el acoso sexual como “un comportamiento de carácter sexual no deseado por la persona afectada, que incide negativamente en su situación laboral, provocándole un perjuicio”, señalándose que esta conducta puede ser ejercida por sus superiores jerárquicos o por compañeros de trabajo. La instrucción indica que las denuncias deberán ser abordadas con reserva, su tratamiento debe enfocarse a la prevención, educación y el señalamiento de que el hostigamiento sexual no es una conducta aceptada, además de enfatizar las responsabilidades de la empresa, las que emanan de su deber de dar protección al trabajador.

En términos generales, cada Inspección del Trabajo debe contar con un funcionario que debe registrar todos los detalles de la denuncia en el respectivo formulario, especificando la clase de denuncia de que se trata. El conocimiento del caso se deriva al funcionario competente, especialmente designado al efecto, quien realizará una entrevista y encuestará a la denunciante a través de una declaración jurada.

Posteriormente el funcionario se apersonará en el lugar de trabajo para entrevistar al presunto acosador, empleador, jefe directo y compañeros de trabajo. Hará presente al empleador la responsabilidad que le cabe en el caso. El procedimiento termina con un informe de fiscalización. Se informará también a la denunciante sobre el desarrollo de la gestión, orientándole sobre sus derechos y de las eventuales acciones que puede seguir. Habrá sanciones administrativas sólo si se constata objetivamente una conducta ilícita, previa consulta al Departamento de Fiscalización, la que autorizará la aplicación de multas.

Legislación Internacional.

El problema del acoso sexual se produce a nivel mundial, por lo que está presente en la agenda de los distintos foros mundiales y regionales que se realizan en materia de trabajo. Muchos países ya cuentan con la normativa pertinente para prevenir y sancionar esta conducta. Las fórmulas adoptadas son variadas puesto que se amoldan a la realidad social de cada nación. A continuación veremos someramente algunos ejemplos:

- Argentina: En 1993 se promulgó un Decreto del Presidente de la República que tiene carácter administrativo y que sólo es aplicable a los empleados públicos. Éste

declara: “Se sancionará el accionar de un funcionario que, con motivo o en ejercicio de sus funciones, se aproveche de una situación jerárquica induciendo a otro a acceder a sus requerimientos sexuales, haya o no acceso carnal”.

- - Costa Rica: Desde 1995 existe una “Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia” que establece como delito toda conducta sexual reiterada e indeseada y que provoca perjuicios en las condiciones materiales de empleo o docencia, en el desempeño y cumplimiento laboral o educativo y en el estado general de bienestar personal. La Defensoría de los Habitantes y la Inspección General del Ministerio del Trabajo deberán ser informadas de las denuncias que se presenten, quedando radicada la competencia para conocer de estas materias en los tribunales del trabajo.
- - Venezuela: En Enero de 1999 se promulgó la ley que tipifica el acoso sexual.
- - Bélgica: Este país tiene un Decreto Real de Septiembre de 1992 sobre protección de los trabajadores contra el acoso sexual en el trabajo; con él se obliga a los empleadores a agregar en el Reglamento Interno de sus empresas los siguientes puntos:
 - i) Se deben referir a la política que adoptará la empresa al enfrentar un problema de acoso sexual.
 - ii) Deben elegir un consejero que apoye y oriente a las trabajadoras que denuncien acoso sexual.
 - iii) Debe establecer procedimientos para recibir y dar curso a quejas y reclamos sobre acoso sexual.
 - iv) Se deben establecer sanciones para los acosadores
- - Comunidad Europea: el Informe Rubenstein concibe el acoso sexual como “toda conducta verbal o física de connotación sexual, cuyo autor sabe o debería saber que es ofensiva para la víctima. Será considerado ilegal cuando:
 - a) el rechazo o la aceptación de tal conducta se utilice o invoque como amenaza para fundar una decisión que afecta a su empleo o condiciones de trabajo;
 - b) la víctima cuenta con un fundamento válido para quejarse de que tal conducta ha perjudicado su ambiente de trabajo.”²⁴

²⁴ Lousada Arochena, Fernando “El derecho de los Trabajadores a la protección sobre el acoso sexual laboral”, Granada, España. 1996. Pág 35

Capítulo 6. La flexibilización en la organización del trabajo.

En Chile, como en tantos otros países, el mundo laboral está sometido a transformaciones profundas. La revolución científico-tecnológica, las nuevas dimensiones de la internacionalización de la producción, la globalización de los mercados, etc, asientan en las últimas décadas del siglo XX una acumulación del capital, organizada con flexibilidad, dando lugar a la emergencia de nuevas formas de empleo, relaciones laborales y sociales.

En los últimos años el surgimiento de formas flexibles de empleo ha ido ganando crecientemente la atención de gobiernos, empresas y organizaciones de trabajadores. La flexibilización del mercado laboral ha ocurrido paralelamente a los cambios provocados a la organización de la producción, la liberación del comercio, los procesos de reestructuración económica y las reformas a las legislaciones nacionales. No obstante, en muchos países en vías de desarrollo el distanciamiento entre la norma laboral y su cumplimiento ha provocado una suerte de “flexibilización de facto” en algunos casos incluso con la tolerancia de los gobiernos.

Actualmente la globalización de la economía y los entornos cada vez más competitivos han creado una demanda creciente por una mayor flexibilidad en la regulación de las relaciones de trabajo, pues la capacidad de respuesta de las empresas a los actuales escenarios de cambio y competencia, dependen en buena medida de su velocidad de reacción en materia de organización de su mano de obra. Al mismo tiempo,

la nueva forma de vida que se ha venido imponiendo en la sociedad moderna, también ha creado una demanda natural por mayor flexibilidad de parte de los propios trabajadores, por lo que hoy día es altamente plausible encontrar nuevas formas de flexibilización que se traduzcan en claros beneficios para cada una de las partes de la relación laboral.

Flexibilidad al interior de la empresa.

Como señalamos anteriormente, los cambios que últimamente ha sufrido el mercado del trabajo han llevado a que las empresas deban realizar una serie de ajustes para hacer frente a este entorno y a una demanda cada vez menos previsible. Este lleva a la supresión de los comportamientos rígidos al interior de la empresa, obteniendo estructuras productivas lo más adaptable posibles a cada situación concreta que deban enfrentar.

Por tanto, la flexibilidad empresarial pasa a ser la capacidad de adaptación de la empresa, la que le permite enfrentar los cambios necesarios en orden a mantener o mejorar su posición competitiva. Dentro de esta flexibilidad general empresarial, por decirlo de alguna manera, encontramos tres aspectos técnicamente diferentes, pero sumamente interrelacionados, como son:

La flexibilidad económica.

Está referida al hecho que una empresa adquiere su máxima expresión cuando consigue satisfacer una necesidad existente en la sociedad a través del producto o servicio que ofrece. El logro de esta máxima, está relacionado con la capacidad de adaptación de una empresa a sus mercados fluctuantes. Esta adaptación la consigue gracias a la flexibilidad económica, materializada en la aplicación de directrices derivadas de la dirección estratégica. De este modo, la empresa realizará un meticuloso estudio de la evolución de cada uno de los elementos que operan en el mercado, contrastando su propia posición en torno a cada uno de ellos y definiendo los previsible escenarios de actuación.

La flexibilidad productiva.

Se vincula a la capacidad de cambio o adaptación en la producción sin la necesidad de incurrir en costos elevados para la empresa, ya sean de tiempo, calidad, de rendimiento y otros. Por lo tanto, la producción es flexible si ante determinados cambios en la estructura de la demanda, resulta relativamente sencillo para la empresa producir la cantidad deseada. La producción flexible engloba tres elementos: la flexibilidad del producto o capacidad para producir una mayor variedad de productos, incrementar o reducir la gama de productos y adaptarlos a las necesidades específicas de los clientes; flexibilidad de volumen, que es la capacidad de la empresa de introducir variaciones en el nivel de producción, aumentando o disminuyendo la velocidad de la línea de producción; flexibilidad de líneas de producción, derivada de la división adecuada del trabajo para maximizar la producción.

La flexibilidad productiva se puede obtener, básicamente, a través de la combinación

de dos factores, como son por un lado, la utilización de máquinas polivalentes adaptadas para un cambio rápido de herramientas y por otro, la creación de varias líneas de fabricación de bajo costo donde se elaboren productos diferentes en función del volumen demandado de éstos, en lugar de instalar un sólo proceso. En este segundo caso, la flexibilidad se sitúa principalmente a nivel del personal, el cual debe ser bastante polivalente como para poder pasar de un proceso a otro. Para ello, resultará fundamental innovar tanto en la gestión del trabajo como en los mecanismos de control interno de la empresa.

La flexibilidad laboral.

La flexibilidad en el campo del trabajo trae asociado componentes de distinta naturaleza, por lo que su definición no resulta unívoca. Ella se puede definir según los objetivos que se persigan y está sujeta a diferentes acepciones y valoraciones que conviene distinguir.

A continuación revisaremos diversas posturas al respecto, algunas de las cuales pueden parecer un tanto extremas, no obstante estar expuestas de esa forma para graficar de mejor modo los eventuales matices.

Desde la perspectiva de la psicología social, puede ser definida como aquella capacidad que tienen las personas para adaptarse o acomodarse a nuevas necesidades, ya sea por iniciativa propia, o por requerimientos externos sobrepasando y venciendo rigideces que de mantenerse ocasionarán situaciones traumáticas o de ruptura.

Desde la perspectiva sindical, la flexibilidad se puede ver como una manera de reducir o afectar derechos y conquistas sociales, así como las obligaciones legales que tienen las empresas en relación con una serie de situaciones laborales que están normativamente reguladas, como son la jornada laboral, las remuneraciones, etc. Desde esta visión, la flexibilidad laboral se tiende a vincular con la desregulación y con la precarización del empleo.

Desde un punto de vista empresarial, la flexibilidad laboral puede estar ligada con la necesidad de eliminar o reducir obstáculos legales al empleo de mano de obra, mediante la extensión de prerrogativas de la dirección de la empresa, con la finalidad de adaptarse de forma más rápida a los cambios de las condiciones del mercado. Bajo esta mirada, la flexibilidad puede abarcar también la descentralización de los mecanismos reguladores.

Desde la perspectiva de las políticas públicas, la flexibilidad laboral se tiende a vincular al problema del desempleo, haciendo necesaria una intervención para poder moderar el ciclo económico de una manera equilibrada y estable. Se suele considerar a la flexibilidad del mercado de trabajo como un método de creación de empleo o de modificación de las condiciones de trabajo que actualmente se les ofrece a determinados sectores como por ejemplo, mujeres y jóvenes, quienes pueden requerir, por diversas razones, trabajos con horarios flexibles, ciclos cortos, etc.

Desde el punto de vista de la gestión de recursos humanos, la flexibilidad laboral es el modo de adecuar eficientemente los recursos humanos disponibles y la organización de trabajo a las variaciones de la demanda de productos y servicios en cantidad y calidad, así como la diversificación de productos.

En cuanto a la doctrina, el tratadista Muneto Ozaki ha definido flexibilidad en el mercado laboral como “la capacidad de una empresa de:

Ajustar el nivel y el calendario de los insumos de trabajo a los cambios de la demanda.

Modificar el nivel de productividad y la capacidad de pago

Emplear a los trabajadores en las tareas que atiendan las variaciones de la demanda.

La capacidad de una empresa de alcanzar esos objetivos, complementa el autor, aumenta normalmente cuando se introducen cambios en contratos posteriores de trabajo, el tiempo de trabajo, los sistemas de remuneración o la organización laboral. Este concepto nos parece uno de los más útiles y completos a nivel doctrinario.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, hemos preferido definir la flexibilidad laboral como la posibilidad legal que tienen los sujetos de una relación laboral, de adecuar el recurso humano de la empresa a las variaciones que experimente el mercado, en lo concerniente a su número, organización, ordenación del tiempo de trabajo y remuneraciones, en un periodo determinado. A partir de este concepto a nuestro juicio se pueden extraer los siguientes elementos:

“posibilidad legal...”.

Está referido a que la capacidad de actuación que tenga la empresa en esta materia esté reconocida o contemplada en la legislación. De esta forma, hemos optado por dejar fuera del concepto de flexibilidad laboral todas aquellas medidas o decisiones que adopte la empresa y que se encuentren al margen de la ley, que conducen a lo que hemos denominado “flexibilidad de facto”.

“que tienen los sujetos de una relación laboral...”

Este concepto está vinculado a que siendo la empresa la unidad a la que corresponderá en concreto decidir la adopción de una o más medidas de flexibilidad laboral previamente reconocidas por la legislación, se tiende a asimilar habitualmente empresa a empresario. Por ello, y para que no se crea que estamos hablando de unilateralidad, hemos preferido explicitar que esta facultad corresponde a ambas partes o sujetos de la relación laboral al interior de la empresa: empresario y trabajadores.

“de adecuar el recurso humano de la empresa a las variaciones que experimente el mercado...”.

Como hemos visto, la empresa esta expuesta a una serie de cambios que puede experimentar el mercado, en cuanto a la preferencia de los consumidores, cantidades de demanda, entrada y salida de competidores, etc. Estos cambios hacen que la demanda se vuelva cada vez más imprevisible, lo que lleva a su vez a que la empresa deba estar en condiciones de ajustarse rápidamente a estos cambios en distintos ámbitos, incluido el laboral.

“en lo concerniente a su número...”.

Las posibilidades de adecuación del recurso humano de la empresa son múltiples, la primera de ellas está referida a lo que es conocido como flexibilidad laboral externa, la

que involucra tanto al ingreso como a la salida de trabajadores. De esta forma, la empresa estará en condiciones de poder ajustar el número de sus trabajadores a la nueva realidad.

“organización...”

La empresa podrá también introducir alguna modificación a la forma como se organiza y dentro de ella, a cómo estructura su recurso humano. Puede decidir, por ejemplo, que es mejor externalizar una serie de labores que antes eran asumidas por ella misma.

“ordenación del tiempo de trabajo...”

También las adecuaciones pueden estar referidas al ámbito interno de la empresa, siendo uno de los más relevantes el relativo a la jornada de trabajo y los descansos, ya que puede que existan periodos en que para la empresa sea necesaria una cantidad de horas de trabajo superior respecto de otros periodos, en atención al aumento de demanda que se tiene, y que ello además sea conveniente para sus trabajadores.

“...y remuneraciones...”

Conocida comúnmente como flexibilidad salarial es un aspecto importante de la flexibilidad laboral, ya que a través de ella la empresa puede vincular los salarios con la productividad y desempeño.

“...en un periodo determinado...”

Para que la adopción de una medida de flexibilidad tenga el efecto buscado, es necesario que ésta pueda implementarse en un periodo de tiempo relativamente acotado, ya que de lo contrario, si demora su aplicación, la realidad del mercado habrá variado y probablemente ya sea tarde o no se justifique la adopción de esa medida.

Fuentes de la flexibilidad laboral.

Las diversas medidas que se pueden adoptar en lo que dice relación con la flexibilidad laboral, atienden básicamente a ciertas fuentes que están constituidas principalmente por la legislación, la negociación colectiva, los contratos individuales de trabajo y las decisiones unilaterales de los empleadores.

Aunque algunos autores hablan de “medios para introducir la flexibilidad laboral”, nosotros hemos preferido expresar que se trata de “fuentes de flexibilidad laboral”, básicamente por dos razones. En primer lugar, porque la ley, la negociación colectiva, el contrato individual y las decisiones unilaterales del empleador son, en definitiva, los medios a través de los cuales se manifiesta o hace patente un mandato lo cual constituye la definición clásica o tradicional de fuente formal o jurídica positiva del Derecho del trabajo. Por otro lado, y como segunda razón, al hablar de fuentes podemos distinguir de mejor forma las medidas concretas de flexibilidad laboral.

Junto con lo anterior, queremos incorporar también como fuente de flexibilidad

laboral la interpretación administrativa, en atención a la importancia que esta tiene en algunos sistemas normativos como particularmente en el chileno.

A continuación pasaremos a ver cada una de las fuentes de la flexibilidad laboral.

La Legislación.

La ley es el instrumento básico y fundamental para regular las relaciones laborales tanto individuales como colectivas, sin embargo, desde el punto de vista de la flexibilidad laboral, la legislación constituye un método menos satisfactorio que los acuerdos que puedan plantear las partes de una relación laboral.

La legislación laboral es indispensable para introducir normas mínimas en el mundo del trabajo, que en países donde no tiene lugar la negociación colectiva va a ser la principal fuente de incorporación de normas en el campo laboral

La jerarquía de las normas jurídicas de un sistema determinado es fundamental para entender como se ajustan las diferentes reglas. Las fuentes puramente jurídicas suelen empezar por la Constitución nacional, seguida por los distintos tipos de leyes aprobadas por la autoridad legislativa y a continuación por los diferentes reglamentos u ordenes de autoridad administrativa. La propia Constitución puede establecer la posibilidad de utilizar la negociación colectiva como medio para que los empleadores y trabajadores acuerden condiciones comunes de trabajo y, dentro de éstas introducir algunas medidas de flexibilidad laboral.

Hablar de legislación como fuente de medidas de flexibilidad laboral puede parecernos engañoso, ya que la ley tiene por finalidad establecer reglas que suelen presentarse en un sentido de rigidez. Sin perjuicio de ello, las normas pueden ser de distinta naturaleza, estableciendo reglas absolutas o solo un marco legal. Esto variará dependiendo de la materia que se trate y de las tradiciones jurídicas de cada país. Las garantías básicas, por ejemplo, la protección del trabajo forzado, requieren de normas jurídicas estrictas, ya que la flexibilidad no se puede aplicar en este campo, pues se trata de derechos fundamentales de los trabajadores. En cambio en materias como las relacionadas a la jornada de trabajo, se permite una gran variedad de enfoques legislativos, aunque también en estos casos es necesario una protección mínima, en atención a los límites físicos de las personas, su tiempo libre y, los valores y preocupaciones de la sociedad del trabajo, los que también se reflejan en la legislación. La legislación marco puede fijar determinados parámetros de lo que deba autorizarse y, a la vez, establecer disposiciones institucionales para la adopción de decisiones, por ejemplo, la negociación colectiva o a través de otro tipo de acuerdo entre empleadores y trabajadores.

En Chile la legislación laboral esta contenida principalmente por el Código del Trabajo, el cual se encarga de resolver los asunto originados de una relación laboral, ya sea de carácter individual o colectivo. Importante es señalar que la Constitución Política del Estado contiene garantías constitucionales tales como la libertad de trabajo y su protección, el derecho de sindicación, el derecho a la negociación colectiva y el derecho de la seguridad social.

La negociación colectiva.

La negociación colectiva es sin duda una de las principales fuentes de la flexibilización laboral. Ella es especialmente adecuada cuando la legislación laboral no puede ser, respecto de un tema determinado, lo suficientemente pormenorizada o exhaustiva.

Los acuerdos colectivos, mirados desde un punto de vista amplio, pueden ser una forma de ampliar o profundizar la aplicación de los derechos ya garantizados por la ley y, por otra parte, la fuente directa de la regulación de temas que no han sido tratados por la legislación. En ambos casos se fijan determinados parámetros para el desarrollo de las relaciones laborales, establecidos por las propias partes. Cuando la ley no ha establecido restricciones, las propias partes en sus acuerdos configuran el contenido de esos parámetros y, muchas veces, los medios para poder resolver las disputas que surjan.

La negociación colectiva, con sus diversas manifestaciones y realidades, es un mecanismo necesario para compensar la capacidad insuficiente que muestran las personas, individualmente consideradas, en lo que se refiere a la adopción de medidas de flexibilidad. Las normas establecidas en los acuerdos colectivos, cuando están concebidos de modo adecuado, deberían colocar al trabajador en condiciones de expresar y defender sus intereses en una situación de mayor equilibrio relativo. La negociación colectiva, en calidad de instrumento que las propias partes pueden configurar para atender sus necesidades, proporciona una gran oportunidad para establecer parámetros en el campo de la flexibilidad laboral.

Como se señaló en el numerando anterior, en nuestro país el derecho a la negociación colectiva está tratado y reconocido constitucionalmente y su regulación se contempla en el Código del Trabajo.

Los contratos individuales de trabajo.

En puntos anteriores se ha examinado la legislación y la negociación colectiva como fuentes de medidas de flexibilidad laboral. Sin embargo la experiencia diaria de los trabajadores y empresarios vendrá también determinada significativamente por las condiciones de trabajo concertado por el trabajador y el empleador. La relación entre el trabajador y el empleador sigue siendo el pilar sobre el cual se construye el edificio de las normas e instituciones laborales.

En esta materia, la primera cuestión y la más fundamental radica en determinar si existe una “relación laboral” entre un trabajador y un empresario, que tenga que concretarse en un contrato de trabajo. Si no existe una relación típicamente laboral, se puede alcanzar un máximo de flexibilidad con el mínimo de protección, ya que es de toda lógica que los contratos de trabajo sólo puedan ser fuente de derecho para aquéllos a quienes se les reconozca que los tienen. De esta forma se establecen nuevos tipos de relaciones, a menudo triangulares o en cadena, que eluden una mayor reglamentación.

Como han señalado varios autores “el contrato de trabajo desempeña un papel fundamental en lo que respecta a cambiar las relaciones de trabajo, ya que se considera

un instrumento para proteger a parte de la población trabajadora frente a un trato injusto en términos generales.

Hoy día, la mayor parte de las relaciones individuales de empleo todavía se materializan a través de contratos de trabajo, los cuales pueden ser a su vez, fuentes de flexibilidad. De todas maneras, el contrato individual de trabajo no puede considerarse como una fuente de medidas de flexibilidad en el mismo plano que la legislación y la negociación colectiva. El contrato de trabajo, aunque esté determinado en gran parte por la ley y por los acuerdos colectivos, es un compromiso entre una persona y su empleador, el cual da origen a derechos y obligaciones exigibles jurídicamente. Para que el contrato de trabajo tenga efecto no solo tienen que cumplirlo las partes, sino que además el sistema jurídico del país debe contemplar las normas generales y los medios para forzar su cumplimiento. En consecuencia, el contrato individual de trabajo no cuenta por si solo con el apoyo de la voluntad soberana que expresa la legislación o por las posibilidades de actuación masiva que permiten los acuerdos negociados colectivamente. En efecto, la influencia del trabajador sobre el contenido del contrato de trabajo es muy pequeña en la generalidad de los casos.

Es de toda evidencia que la vulnerabilidad de los trabajadores individualmente considerados se incrementa con el aumento de índices de desempleo, con la profundización de las crisis económicas y con otros factores ajenos a su control. Por ello, si bien las personas consienten libremente las condiciones de trabajo, estos están sometidos a regulaciones legales. En general, un contrato de trabajo solo puede apartarse de la legislación o del acuerdo colectivo en cuanto establezca una condición más favorable para el trabajador.

Las consecuencias de factores tales como la fluctuante realidad del mercado de trabajo, algunas técnicas de gestión de recursos humanos y el aumento de pequeñas unidades productivas, menos propicias que las grandes a establecer relaciones laborales colectivas, sugieren un aumento de la importancia de la función del contrato individual de trabajo. A ello debe sumarse el crecimiento de los acuerdos contractuales alternativos, situados al margen del modelo típico de empleo a tiempo completo respecto de un solo empleador. El ejercicio de la autonomía de la voluntad es un derecho fundamental, sin embargo la legislación y la negociación colectiva tienen importantes funciones que desempeñar en cuanto a garantizar que los trabajadores no acepten todas y cada una de las condiciones del empleo, y que los empleadores no se vean obligados a dedicar gran parte de su tiempo a establecer tratos individuales con cada uno de los trabajadores. En este sentido, la relación individual de trabajo como fuente para introducir medidas de flexibilidad va a implicar, en la generalidad de los casos, una vulnerabilidad intrínseca por parte del trabajador.

En Chile el contrato individual de trabajo está reglamentado detalladamente en el Código del Trabajo, el cual establece su carácter consensual pero dispone, a la vez, la obligación de escriturarlo dentro de determinados plazos para efectos de su prueba. Se reglamentan detalladamente materias tales como jornada de trabajo, descansos, remuneraciones, termino de la relación laboral, etc.

Las decisiones unilaterales del empleador

La expresión “decisión unilateral del empleador” debe analizarse con relación al nivel de la empresa en la cual se definen las medidas a adoptar. Al nivel más alto de la empresa, la decisión sobre la estrategia que debe seguirse para producir determinados bienes o suministrar ciertos servicios, cómo hacerlo y dónde hacerlo corresponde claramente al ámbito de acción unilateral del empresario en las economías de mercado. Algunas empresas hacen participar a sus trabajadores en consejos de administración, lo cual no modifica el hecho que la responsabilidad final de las decisiones importantes les corresponda a los propietarios de la empresa. Entre las facultades propias del poder de dirección del empresario están las relativas a la organización propia de la empresa y las políticas de distribución de los recursos humanos. No obstante ello, en cuanto a esta última, también puede registrarse una participación de los trabajadores de la empresa, especialmente si ellos se encuentran organizados.

La decisión unilateral del empleador, es probablemente la fuente más importante sobre la adopción de medidas de flexibilidad en el campo laboral, ejercida tanto en forma directa como indirecta. El ejercicio se concreta a través de la organización del trabajo, el establecimiento de la normativa interna y la comunicación de órdenes e instrucciones. La acción unilateral indirecta supone realizar actos para obtener el consentimiento de los trabajadores, por ejemplo mediante un sistema de participación de los trabajadores, o mediante la discusión y negociación para celebrar un acuerdo colectivo.

Los que ejercen el poder de decisión de la empresa, los empleadores, pueden escoger entre una amplia variedad de estrategias para adoptar medidas de flexibilidad. Ellos pueden elegir entre ejercer sus prerrogativas de dirección de manera jerárquica o fomentando la participación y cooperación de los trabajadores. Cuando se trata de introducir medidas de flexibilidad cuyo éxito depende de la colaboración de los trabajadores, es evidente que debe preferirse a este último.

Es preciso indicar que para que un empleador introduzca alguna medida de flexibilidad a través de una decisión unilateral, ello debe estar expresamente establecido en la legislación o debe entenderse incluido dentro de las facultades que conforman el poder de dirección del empleador.

En Chile el empleador que cuente con 10 o más trabajadores tiene la obligación de dictar un Reglamento interno de Orden Higiene y Seguridad. Asimismo, está dentro de las facultades del empleador la posibilidad de alterar la naturaleza de los servicios prestados por el trabajador, o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, o que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, y sin que ello signifique menoscabo para el trabajador.

Por otro lado cabe señalar, que en determinados casos, y siempre que la ley lo contemple expresamente, es posible hablar también, de decisiones unilaterales del trabajador como fuente directa o inmediata de flexibilidad. Así por ejemplo, esta el caso de trabajo a puesto compartido, específicamente el conocido job-sharing, donde son dos trabajadores quienes se dividen las horas, responsabilidades y remuneraciones de un

puesto de trabajo.

La Interpretación administrativa.

Al hablar de interpretación administrativa, nos estamos refiriendo a la existencia de un organismo de administración del Estado que esta dotado de la facultad de interpretar leyes, en este caso de interpretar la legislación laboral, de fijar o determinar el sentido o alcance de un determinado precepto legal.

Se trata de un acto de autoridad privativo de ciertos servicios públicos especialmente facultados por el sistema público para interpretar la ley. Ahora bien, cabe precisar que no se trata de un acto de cualquier servicio público, sino que de ciertas entidades fiscalizadoras cuya obligación es velar por la correcta aplicación de las leyes y cuya competencia administrativa se les ha conferido para que, en el ejercicio de sus facultades fiscalizadora, el personal de su dependencia aplique en forma coherente y uniforme la norma interpretada. La ley faculta a estos órganos para interpretar la legislación que les corresponde fiscalizar, con el fin que el ejercicio de sus facultades inspectivas sea realizado satisfaciendo el derecho fundamental de igualdad ante la ley para todos los sujetos fiscalizados.

En consecuencia, la interpretación administrativa puede ser definida como “aquella que realizan ciertos servicios públicos que cumplen funciones

fiscalizadoras con el objeto de dar coherencia y uniformidad a la supervigilancia de la aplicación correcta de las normas interpretadas”.

Ahora bien, no todos los países cuentan con un servicio público especialmente facultado para interpretar la legislación laboral, ya que en la mayoría de ellos esta labor esta entregada exclusivamente a los tribunales de justicia. No obstante ello, para los países que cuentan con un órgano administrativo encargado de fijar el alcance y sentido de la legislación laboral, la interpretación que de estas normas haga la autoridad es un factor relevante para la adopción de medidas de flexibilidad al interior de las empresas.

En esta materia, en Chile existe un servicio público, la Dirección del Trabajo, que tiene entre sus principales funciones la fiscalización de la legislación laboral y “fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes laborales”. En cumplimiento de esta última función, el Director del Trabajo uniforma los criterios interpretativos en materia laboral generando una determinada “doctrina”, con el objeto de hacer posible la fiscalización homogénea de la aplicación de la ley por parte de los funcionarios bajo su dependencia, los cuales deben obedecer las órdenes emanadas de su superior jerárquico.

Respecto de la facultad interpretativa de la legislación laboral, el Director del Trabajo debe realizarla con una determinada limitante: que el caso particular esté sometido a los Tribunales de Justicia y que dicha situación esté en su conocimiento. De lo expresado se concluye que en nuestro país las facultades interpretativas de la Dirección del Trabajo deben ser compatibles con el ejercicio de la jurisdicción laboral.

De esta forma, en la adopción de medidas de flexibilidad laboral va a cumplir un

importante papel la interpretación administrativa en los países donde la autoridad administrativa tenga esta facultad, ya que a partir de ella los particulares condicionarán en general sus conductas a esta interpretación o buscarán revertirlas en el órgano jurisdiccional. La interpretación administrativa deberá ir en una línea más o menos flexibilizadora, de acuerdo a los efectos que ella provoque en concreto sobre el accionar de los actores laborales.

Después de analizar la flexibilidad laboral y sus fuentes, pasaremos a analizar las relaciones laborales y de género, como interactúan entre sí, y como debe actuar la flexibilidad laboral para reducir la brecha entre el trabajo masculino y femenino y así permitir un mayor acceso a la mujer al mercado laboral.

Relaciones laborales y relaciones de género.

El diseño del mundo laboral es de fundamental trascendencia para la calidad de vida de una sociedad y las relaciones sociales. La modernización o re-regulación del mundo laboral, problemática que ha sido retomada con fuerza en los debates sobre la flexibilidad, tendrá que orientarse, por lo tanto, no tan sólo en los imperativos que plantean las re-estructuraciones productivas, sino también en las exigencias del cambio sociocultural; y conceptos que apuntan a una re-regulación de las relaciones laborales tendrían que tener, en todo caso, un enfoque interdisciplinario.

De gran relevancia para una re-regulación de las relaciones laborales es la incorporación de una política de género que tenga probabilidades de perforar los tradicionales esquemas de roles genéricos dentro y fuera del hogar y disminuir, de este modo, las discriminaciones existentes, a mediano plazo no tan sólo para mujeres sino también para hombres. Pese a avances en la implementación de una política de igualdad de oportunidades, la discriminación de las mujeres dentro y fuera del mundo laboral evidentemente no ha sido superada, por lo cual la búsqueda de nuevos mecanismos está lejos de terminar. Los diversos estudios realizados sobre el tema del empleo muestran que las mujeres que en los últimos años han aumentado notablemente su presencia en el mundo laboral, siguen siendo fuertemente discriminadas. La segregación sexual del trabajo que implica un acceso diferencial entre hombres y mujeres a ocupaciones y puestos de trabajo, ramas y categorías ocupacionales, no ha sido alterada sustancialmente y constituye un factor determinante de la calidad del empleo femenino y de su evolución. (Todaro, Mauro, Yáñez 1997)

Uno de los temas por abordar en este contexto es que la relación laboral tradicional "normal", en la cual se orienta la actual normativa legal de protección de los trabajadores, presupone para su funcionar la uniformidad de las situaciones de vida y laborales de las personas. De este modo, la relación laboral normal sanciona situaciones vitales, proyectos laborales y formas de trabajo fuera de esta normalidad, los que están siendo marginados de la protección.

Hoy en día, este tipo de relaciones laborales está cuestionado no tan sólo por los

cambios paradigmáticos en la producción, sino crecientemente también por procesos socioculturales de individualización y cambios en las relaciones de género vinculados a una creciente inserción de las mujeres al trabajo remunerado, tendencias que se encaminan a reemplazar la uniformidad de las condiciones de los trabajadores por una creciente diferenciación de las mismas. Si bien es cierto, que la relación laboral normal ha tenido desde siempre ciertos rasgos ficticios, en el sentido que empíricamente nunca ha tenido validez en términos generales o universales, existiendo siempre formas de empleo que "escapaban" del estándar de una relación laboral "típica" y porque en primera línea un gran contingente de mujeres que trabajan remuneradamente nunca participaron de una supuesta normalidad, la expansión del empleo atípico durante los últimos años ha aumentado esta brecha entre ficción y realidad; disminuyendo o eliminando, a la vez, la protección laboral de los grupos importantes de trabajadores.

La explicación para la persistencia de las diferencias genéricas en el mundo laboral, sin embargo, no puede restringirse al mundo del empleo; las razones para la discriminación laboral sexual estaban radicados en ambos sistemas: el de la producción de bienes y servicios y el de la reproducción de la fuerza de trabajo. Las estructuras del modelo social actual determinan una relación laboral "normal" basada en la normalidad de un trabajador de sexo masculino, con biología masculina normal (centrada en un trabajo remunerado) y trayectoria laboral normal masculina; para el cual se determina una jornada laboral formal y condiciones de trabajo normales. Este paradigma funciona sobre la base de la "normalidad" basada en una actividad productiva realizada solamente por el hombre (de por vida y a tiempo completo) y la inactividad y/o parcial actividad laboral de la mujer, que es complementada como fuerza de trabajo "secundaria" y que esta a cargo de la mayor parte del trabajo reproductivo. De este modo, las mujeres al entrar al sistema laboral, están confrontadas con una estructura orientada a normalidades masculinas que dificultan compatibilizar el trabajo remunerado con la vida personal y comunitaria; mientras los hombres, a la vez están sumergidos en un aún rígido sistema de relaciones laborales que les impide vivir una vida integrada no solamente en lo laboral. La actual regulación laboral orientada al empleo tradicional masculino se evidencia de este modo como demasiado rígida para compatibilizar el trabajo reproductivo (o de cuidado) en condiciones aceptables tanto para mujeres como para hombres.

Desde esta perspectiva, el paradigma contemporáneo de las relaciones laborales no es extensible a ambos sexos. El empleo típico y las trayectorias laborales de hombres por un lado, y la inactividad económica de las mujeres, la discontinuidad de sus trayectorias laborales, así como su empleo en condiciones atípicas, menos valorado socialmente y poco protegido, por otro lado, son dos polos de la realidad que se condicionan mutuamente. Ninguno de los dos lados es alterable sin cambios en el otro lado. Para lograr que las mujeres se incorporen plenamente al trabajo remunerado y asegurar una participación paritaria de los sexos en el trabajo reproductivo (tareas de cuidado), mujeres y hombres tendrían que tener las herramientas para flexibilizar sus roles tanto en el ámbito laboral como en el doméstico.

La articulación de la flexibilidad laboral que responda a este desafío supondría desarrollar, por un lado, todas aquellas formas de flexibilidad laboral empresarial que contengan convergencia con los intereses de la parte trabajadora, existiendo la

protección social a formas atípicas de empleo. Por otro lado, como se ha destacado anteriormente, una re-regulación de las relaciones laborales tendría que tomar en cuenta cambios socioculturales y valóricos que lejos de eliminar la dimensión colectiva de los intereses de los trabajadores, realcen las diferenciaciones y necesidades individuales. El proceso de individualización y los cambios en las relaciones de género conllevan a connotaciones distintas a las tradicionales respecto del trabajo remunerado y reproductivo y del valor que se asigna al tiempo libre. La tradicional división sexual del trabajo está siendo cuestionada crecientemente por parte de las generaciones más jóvenes; y surge con fuerza la necesidad de compatibilizar el trabajo remunerado con los otros intereses vitales de las personas de ambos sexos.

Ello requeriría un avance en la conceptualización de la flexibilidad laboral de tal modo que se distingue entre los términos “flexibilidad” y “opcionalidad”. Bajo flexibilización se entenderían entonces medidas que se orientan en las necesidades de aumentar la eficiencia económica de las empresas; mientras la opcionalización comprendería medidas flexibilizadoras que toman en cuenta las necesidades e intereses de las personas radicados fuera del ámbito laboral y que pretenden compatibilizarlos con las estructuras del trabajo remunerado. (Matthies, Mückenberger, Peter y Raasch 1994)

Profundizar, de este modo, en el concepto de flexibilidad laboral abre indudablemente campos de nuevos conflictos: no todas las medidas de flexibilidad laboral que benefician la eficiencia económica se evidenciarían como beneficiosos en términos de opcionalidad (ej. formas de trabajo a demanda o “on call” que no permiten la previsibilidad del horario del trabajo); a la vez que determinadas medidas dirigidas a aumentar la opcionalidad por parte de los trabajadores pueden colisionar con necesidades empresariales. Por otro lado, lo cierto es que hasta el momento no está claro, cuáles de las necesidades de la empresa son compatibles con los intereses de los ocupados y cuáles no lo son, qué grado de opcionalidad para los trabajadores más bien beneficia la eficiencia económica en vez de perjudicarla, etc. La búsqueda de consensos y relaciones laborales cooperativas a fin de identificar soluciones viables en un complejo panorama de requerimientos de flexibilidad y opcionalidad adquieren, por lo tanto, gran importancia.

Capítulo 7. El Teletrabajo, una nueva forma de flexibilidad laboral.

Definir lo que es teletrabajo no es de por sí un asunto fácil, por cuanto enmarca una serie de situaciones dispares que tienen como denominador común el realizar el trabajo desde un lugar remoto, utilizando medios tecnológicos.

A principios de los setenta el primero en utilizar el término teletrabajo J. Nilles decía que la clave de esta nueva forma de trabajo consistía en “la posibilidad de enviar el trabajo al trabajador, en lugar de enviar el trabajador al trabajo”²⁵.

En un estudio realizado por la OIT, en el año 1992, se definió al teletrabajo como “Modalidad ampliamente extendida del trabajo a distancia que se realiza en el hogar, con el uso de nuevas tecnologías de la comunicación y la información”²⁶.

Han sido los mismos analistas de la OIT, quienes han establecido un concepto donde se tiene en cuenta además de la distancia del trabajador a su lugar de trabajo, cierto aspecto dentro de la organización, definiéndolo como: “trabajo efectuado en un lugar donde, apartado de las oficinas centrales o de los talleres de producción, el trabajador no mantiene contacto personal con sus colegas, pero está en condiciones de comunicarse con ellos por medio de nuevas tecnologías”²⁷.

²⁵ Nilles, J. “the telecommunications – transportation trade off. Options for tomorrow and today, Jala. Int, USA 1973.

²⁶ Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, “Trabajo a Distancia”. Madrid, 1992, pág. 8

Lo que resulta interesante de esta definición, es que comienza a esbozar un nuevo concepto dentro de la organización laboral, donde se manifiesta que la comunicación entre el trabajador y su lugar de trabajo, deja de ser personal, pero no desaparece.

Los avanzados medios tecnológicos, son los que establecen las relaciones laborales modernas, en donde la presencia física pasa a tener menor preponderancia de la que se le ha dado hasta ahora.

El concepto anteriormente esgrimido, será fundamental al momento de determinar como se produce actualmente la relación empleador – trabajador en la era cibernética.

Existen innumerables otros conceptos, pero que, en general, comparten cuatro elementos fundamentales: trabajo, distancia, medios tecnológicos y una cultura de vida laboral.

Basados en estos elementos esenciales, podríamos definir al teletrabajo como: *Una nueva forma de trabajo, en que las labores se realizan en el hogar del trabajador o en un lugar distinto de la oficina centralizada, donde el empleador y el trabajador se relacionan a través de medios tecnológicos de punta, generando una nueva cultura laboral, que afecta esencialmente la vida de los trabajadores.*

En general, ha sido una difícil tarea no concordar, que el arribo de nuevas tecnologías estaría produciendo un importante cambio en las relaciones laborales, que han pasado del antiguo modelo “fordista”, donde el concepto de trabajo se asimila a la baja calificación, al uso de herramientas industriales, y a una situación desprovista de mayores atribuciones (división entre el pensar y ejecutar era una de sus máximas) y también de responsabilidades, al nuevo trabajador dotado de polivalencia, calificación y capacidad para desarrollar con autonomía las funciones propias del proceso productivo, siempre acompañado del uso de las nuevas tecnologías.

Ahora, la verdad es que en el teletrabajo, ejemplo por excelencia de la llegada de “nuevas tecnologías” al mundo del trabajo, no ha sido fácil ni radical su introducción en el mundo laboral como tampoco lo ha sido la utilización de esta nueva Tecnología en las relaciones empleador - trabajador. Pasar de lo viejo a lo nuevo ha resultado mas engorroso que lo que muchos pensaban.

En rigor y en el ámbito empresarial, el teletrabajo se ha encontrado con un ambiente de desconfianza, a lo que debe sumarse las limitaciones propias del teletrabajo, porque existen “un gran numero de organizaciones empresariales en las que, por la índole de sus procesos productivos, esta modalidad de trabajo no aparece ni es pensable que aparezca en el futuro; y que solo en alguna de ellas parte del personal, más o menos extensa, puede realizar su prestación en las nuevas condiciones”²⁸.

²⁷ Di Martino y Wirth, “Teletrabajo un Nuevo Modo de Trabajo y de Vida”, Revista Internacional del Trabajo, vol. 109, 1990, num. 4, Ginebra, pág. 471.

²⁸ Rodríguez-Sañudo, F. “La Integración del Teletrabajo en el Ambito de la Relación Laboral” pág.105

Tipos de teletrabajo

El teletrabajo es una figura polisémica que se presenta con multiplicidad de rostros y formas que están en un continuo cambio y organización, siendo posible así describir algunas de sus formas más típicas.

La más habitual clasificación del teletrabajo es la que se desarrolla a partir del lugar donde se presta el teletrabajo.

El teletrabajo efectuado desde un centro especial habilitado para el efecto (telecentro) ya sea por la propia empresa (centro de trabajo satélite), o simplemente alquilado por ella a un tercero (centro de teletrabajo comunitario), donde no existe un despacho fijo para el trabajador, sino la posibilidad de reservar una habitación “desde donde puede recibir y realizar llamadas telefónicas y conectar sus ordenadores a la red”

²⁹

Estos centros de trabajo “son espacios de oficina equipados con medios informáticos y de telecomunicaciones, normalmente localizados cerca de los domicilios de los teletrabajadores, y usados por uno o varios empleadores, que permite la reducción de desplazamientos de aquéllos, mediante la realización de actividades laborales a distancia, al tiempo que son dirigidos por supervisores que actúan en sedes distantes”³⁰.

El teletrabajo móvil (mobile teleworking) prestado desde cualquier lugar o punto sin que exista ninguno fijado de antemano, pudiendo ser cualquier oficina, la casa del teletrabajador, un auto, etc.

Estos teletrabajadores denominados “nómadas” son utilizados por las empresas “que prestan servicios en varias zonas o a clientes que se hallan dispersos, con lo que se facilita la movilidad y rapidez en dicha prestación”³¹.

Por último se encuentra el trabajo realizado por el propio trabajador desde su casa (electronic home work), quienes desarrollan su labor desde alguna habitación de la casa, su función principalmente consiste en servicio al cliente o telemarketing y se realiza esencialmente por el teléfono o el acceso a redes.

Esta es una de las formas más amplias del teletrabajo y que más problemas ha causado desde el punto de vista de la regulación y quizás esta preeminencia dentro del fenómeno global del teletrabajo, explique el hecho de que a menudo se confunda el género con la especie, considerando el Teletrabajo como una mera y nueva forma de trabajo a domicilio.

²⁹ Davenport, T. “Un Brindis por el Teletrabajo” Harvard Deusto Business Review. N°89 abril 1999. pág.30.

³⁰ Padilla, A. “El Teletrabajo como Sistema de aspectos en el contexto de las organizaciones actuales”, “Teletrabajo, una visión multidisciplinar” Universidad de Huelva 1998, pág. 18

³¹ Mella, L. “Sobre una nueva manera de trabajar, El Teletrabajo” Aranzadi Social vol V, 1998, 647

Dentro de esta categoría de teletrabajadores a domicilio existen varias opciones, desde los que trabajan toda su jornada desde la casa, a los que trabajan parte de su jornada en la casa y la otra en la empresa (teletrabajadores parciales).

Una modalidad reciente en el mercado laboral y con muchas perspectivas para el futuro dice relación con el teletrabajo internacional (off shore), donde la empresa y el teletrabajador se encuentran en países distintos.

La razón de ser de este teletrabajo es muy simple, el teletrabajador se encuentra en un país de menor desarrollo de aquel en que se encuentra la empresa, por lo que los costos laborales son más bajos, lo que permite a la empresa contratar más barato y vender más caro en el país donde funciona.

Tratamiento legal del teletrabajo, una tarea pendiente.

La recepción del teletrabajo en la legislación laboral ha sido nula, no existen normativas de alcance general que se refieran a este fenómeno en la experiencia del derecho comparado y sólo ha sido recogido por vía de la negociación colectiva.

La doctrina laboral sin embargo, ha tratado de dar respuestas a esta nueva y moderna forma de trabajo, respondiendo básicamente dos preguntas esenciales en este tema: a) que tipo de teletrabajo interesa al derecho laboral y b) que normas deben regir el teletrabajo.

Concepto jurídico laboral del teletrabajo y sus clasificaciones.

El fenómeno del teletrabajo que preocupa al derecho laboral dice relación no con todas las formas descritas anteriormente sino, con una forma específica de teletrabajo. Podría señalarse que la legislación laboral, se interesa por aquel que se presta fuera del lugar físico de funcionamiento de la empresa utilizando nuevos medios tecnológicos y la forma como se relaciona el trabajador con el empresario.

De esta forma, al derecho del trabajo no le interesa aquel teletrabajo realizado en forma esporádica (teletrabajo parcial) sino más bien, aquel desempeñado habitualmente, utilizando preponderantemente medios electrónicos y de telecomunicaciones. Por ello no es teletrabajador aquel ejecutivo que por alguna razón extraordinaria realiza funciones con un computador desde su casa, pero si lo es, aquel teletrabajador que habitualmente realiza funciones fuera del lugar de asentamiento de la empresa y que debe concurrir diariamente a las oficinas de la misma para dar cuenta de su tarea profesional.

El cuestionamiento que actualmente realiza la doctrina en esta materia es como determinar si un trabajador, teletrabaja de forma dominante en una empresa. Al respecto

no hay consenso puesto que una parte de la doctrina señala que cuando un 20% de los trabajos son informatizados o teletrabajados ³², para otros, el teletrabajo debe representar a lo menos el 50% del trabajo realizado.

En lo que si existe acuerdo en la doctrina, es respecto a los tipos o clasificación que puede hacerse del teletrabajo, y que son importantes para fijar el régimen legal como se verá mas adelante.

Teletrabajo desconectado (off line): no existe una conexión directa entre el computador del teletrabajador y el computador central de la empresa, tanto empleador como trabajador no mantienen una conexión en línea. Al finalizar la jornada de trabajo el trabajador “entrega al empresario los resultados obtenidos, bien personalmente, (en discos o ya impreso), bien por correo electrónico o vía módem, tras lo cual, el empresario procede al control de la prestación laboral y de sus resultados conforme a lo inicialmente dispuesto por él” ³³.

Teletrabajo conectado (on line): en este caso el teletrabajador realiza su trabajo conectado directamente al computador de la empresa. Lo anterior genera una fluida comunicación con el empleador a través de los medios tecnológicos que compensan plenamente la no presencia física del trabajador.

Regulación jurídica del teletrabajo.

Como no existe una normativa legal general que regule las relaciones producidas por el teletrabajo, existen diversos regímenes legales que pueden ser aplicados, dependiendo de la forma que adopte el teletrabajo.

El teletrabajador como trabajador subordinado o dependiente. Al cuestionarse si el teletrabajo como figura laboral, esta protegida por el derecho del trabajo la respuesta es bastante clara, al igual que en cualquier otra relación laboral, si el trabajador tiene el vínculo de subordinación y dependencia, entonces el teletrabajador debe estar protegido por la normativa laboral.

Sin embargo lo anterior, no ha sido fácil compatibilizar la situación del teletrabajo con la clásica visión de la relación de trabajo, fundamentada en una aristotélica unidad de tiempo, lugar y acción que parece abolir el actual Derecho del Trabajo.

En relación con lo dicho, actualmente, se entiende el concepto de subordinación como un poder del empleador para controlar las prestaciones de servicios. Sin embargo, y con la aparición de esta nueva forma de relación laboral, es necesario rediseñar o reestructurar el concepto de subordinación para poner acento en una manifestación nueva de control empresarial, de carácter virtual, ejercida desde la distancia. Cabe preguntarse que indicios deben tenerse en consideración para calificar esta “nueva subordinación” y por tanto ser un sujeto de una relación jurídica laboral. Diversas pueden

³² Escudero, “Teletrabajo en AAVV, descentralización productiva y nuevas formas de organizar la producción, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, MTAS, 1999 pág. 11

³³ Mella, L. Op. Cit. Pág. 648

ser las respuestas a la interrogante anterior, dentro de las cuales se ha destacado “la modalidad de inserción del trabajo en el sistema informático y telemático de la empresa (si existe un enlace directo con la central –empresa on line- o la comunicación se produce a través de almacenamiento de datos en disquetes –empresa off line-, las características del programa que encauza la prestación (si permite o no la transmisión de instrucciones y el control de cumplimiento), el grado de dependencia tecnológica (si el sujeto carece de know how o ha creado de forma autónoma el hardware o software que utiliza), o el nivel de conexión funcional y económica existente respecto del ciclo productivo de la empresa”, etc.³⁴ .

En la necesidad de encontrar algunos parámetros más generales para la calificación de los supuestos de teletrabajo, se ha utilizado por la doctrina la clasificación referida al modo de prestar el teletrabajo.

Se ha dicho que el teletrabajo “on line” que “permite el contacto permanente y directo entre la organización empresarial y la unidad descentralizada. Tal contacto facilita el ejercicio del poder directivo, del control y de la vigilancia empresarial, igual que si el trabajador se encontrara en la sede física de la empresa”³⁵ , produciéndose una verdadera “supervisión y dirección remota”³⁶ .

Diferente es la situación del teletrabajo “off line”, que por no estar permanentemente interconectado, disminuye el grado de sujeción del trabajador al control del empleador, no pudiéndose realizar un control permanente de tal función realizada por el teletrabajador.

Gran parte de la doctrina ha estudiado el tema, llegando a concluir que se hace absolutamente necesario regular con normas especiales la situación del teletrabajo, incorporando una especie de “estatuto del teletrabajo” que logre asegurar a este tipo de trabajadores la protección de ciertos derechos laborales básicos, pero que tenga las notas de flexibilidad que este tipo de trabajo requiere.

El teletrabajador como trabajador independiente o autónomo: también el teletrabajo puede desarrollarse sin subordinación o dependencia de la empresa receptora de los servicios telemáticos, constituyéndose en ese caso el teletrabajador como un trabajador independiente o autónomo.

La determinación de la autonomía del teletrabajador se hace de una forma negativa, esto es, cuando no concurren los requisitos propios de una relación de subordinación o dependencia, porque el teletrabajador no está sujeto al poder directivo ni real ni virtual del empleador.

Cabe preguntarse en este caso, que normas regulan el teletrabajo. La respuesta a esta interrogante queda fuera de la normativa laboral, quedando su regulación jurídica entregada al específico contrato que entre las partes se celebre, ya sea que se trate de

³⁴ Sanguineti, W. “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?”, Temas Laborales N° 40 1996, pág. 58

³⁵ Mella, L. Op. Cit. Pág 655

³⁶ Padilla A. Op. Cit. Pág. 14

un arrendamiento de servicios inmateriales o lisa y llanamente de una figura atípica creada por las partes.

Ventajas y desventajas del teletrabajo

Ventajas del teletrabajo

Las primeras empresas en incorporar el sistema del teletrabajo, fueron las telecomunicaciones, seguros y el sector financiero. El objetivo de estas empresas consistía en reestructurar los procesos empresariales con especial atención en la gestión por objetivos o para contar con condiciones laborales más flexibles.

Las empresas menores han incorporado el teletrabajo con la idea de realizar un mejor uso de las redes comunicacionales y de telecomunicaciones produciéndose una mayor competitividad de ellas, como el caso de quienes trabajan en las oficinas de los clientes y pueden acceder a datos almacenados en la empresa.

En el sector público la idea de introducir esta nueva forma de trabajo, dice relación con un mejoramiento de la calidad de los servicios ofrecidos junto con lograr objetivos colectivos, tales como la reducción del tráfico en zonas urbanas.

Es indudable que este tipo de trabajo favorece el ingreso al mundo laboral de personas discapacitadas, enfermas, ancianos y mujeres embarazadas o con hijos menores con los innegables beneficios sociales y económicos que ello representa. Bajan los costos de producción de la empresa, pues no se requiere de un recinto especial para realizar el trabajo.

La globalización de las economías y la incorporación de nuestro país a bloques económicos (tales como el MERCOSUR, APEC, EEUU) y con el acceso cada vez mayor a nuevas tecnologías informáticas y de telecomunicaciones, representan firmemente la tendencia de intensificar esta forma de trabajo.

Desventajas del teletrabajo.

A partir de la experiencia europea, se sacan algunas conclusiones respecto de las desventajas que puede presentar esta forma de trabajo.

El individuo trabaja aislado, sin un contacto físico con sus compañeros de trabajo, ni con la jerarquía de la empresa, cuestión que no es soportada por todos y que puede llegar a generar stress. Surgen elementos adicionales de tensión, por el intenso trabajo frente a la pantalla y la ruptura de la distinción entre la vida profesional y la privada.

En algunas oportunidades se restringe la libertad individual del teletrabajador con la utilización de cámaras de video y la revisión de su correo electrónico.

Otra desventaja que presenta esta forma de trabajo, es que no existe un acceso tan

directo a los medios de capacitación, puesto que el trabajador labora solo en el cumplimiento de objetivos concretos, con lo cual disminuyen considerablemente sus posibilidades de ascender en la empresa.

También existe un desmedro para el teletrabajador que trabaja desde su casa, puesto que la empresa no le reembolsa los gastos en que éste incurre, tales como electricidad, gastos de telecomunicación, equipos de trabajo, etc.

Ante el inevitable avance de esta forma de trabajo y sus desventajas, los países europeos apuntan en la actualidad a lo que hoy llamamos “teletrabajo alternado”, que combina una parte de trabajo en las oficinas de la empresas en la que hay presencia física e interacción del personal, con otra parte de la jornada de trabajo que se realiza en el hogar del trabajador.

Relación teletrabajo género.

Desde el punto de vista del trabajador/a se ha observado como la mayor parte de los factores que inducen a adoptar el teletrabajo pueden quedar incluidos dentro de las siguientes categorías: desplazamiento diario al trabajo, vida familiar, salud, economía, ambiente de trabajo e intereses personales. En concreto se proponen cinco grupos de factores considerados como elementos de motivación para los adoptantes del teletrabajo, beneficios personales, salud, incapacidad y relocalización.

Si nos centramos en los factores motivadores veremos que los factores más recurrentes son los que dicen relación con el medioambiente y los familiares. El desplazamiento diario es considerado como un motivador importante para teletrabajar,³⁷ al igual que la lucha diaria con el tráfico. En términos de salud algunos trabajos explican como el teletrabajo permite reducir la tensión derivada del trabajo en un lugar convencional, encontraron también que una de las ventajas del teletrabajo era el poder reducir la tensión que se produce por las interrupciones laborales así como por los desplazamientos al y del trabajo. La economía también juega un papel importante en relación a los motivos para que los empleados decidan teletrabajar, en particular los gastos del transporte. En términos de ambiente de trabajo, el poder tener un ambiente de trabajo más flexible incrementa la satisfacción en el trabajo. Las cuestiones relacionadas con la familia también son vistas como grandes inductoras del teletrabajo.

De la literatura se desprende como el teletrabajo resulta ser más atractivo para el sexo femenino, ya que las mujeres con trabajos remunerados siguen asumiendo en mayor medida las responsabilidades domésticas en relación a los hambres. Los hombres tradicionalmente han cedido la responsabilidad del cuidado de la casa y de los hijos a las madres, incluso son considerados como los principales abastecedores de dinero de la familia y quienes pasan un mayor tiempo en el trabajo remunerado comparado con las

³⁷ Spillman y Markham “Telecommuting: acceptance, adoption and application. Journal of Computer Information Center, vol. 37 N°4 Pág. 8-12

mujeres. Pero cada día son más las mujeres incorporadas al mundo del trabajo, incluidas las madres con niños pequeños, que han asumido responsabilidades de las familias. Aún así las mujeres siguen dedicando más tiempo a las tareas domésticas, incluso las que trabajan tiempo completo. Muchos estudios sobre género analizan como el teletrabajo puede ser una vía para encontrar el equilibrio entre las exigencias del trabajo y demandas de la familia, pero no se analiza el efecto que puede tener esta modalidad de trabajo en la unidad familiar y principalmente en las mujeres.

Aunque el teletrabajo se considera adecuado para las mujeres en la medida que ayuda a conciliar la vida familiar con la laboral, la verdad es que las mujeres son reacias a adoptar el teletrabajo porque consideran que contribuye a reforzar su rol doméstico en el hogar³⁸. Por otro lado, poco se ha profundizado en las consecuencias de la integración de la tecnología de la información y la comunicación en el ámbito doméstico desde una perspectiva de género. El impacto que puede tener el teletrabajo en el ámbito profesional y familiar de los trabajadores que optan por esta modalidad va a depender de las motivaciones y actitudes de los individuos, motivaciones que a su vez nos ayudaran a saber quienes desean teletrabajar y bajo que circunstancias.

Si analizamos las diferentes formas que los hombres y las mujeres adoptan en la unidad familiar y en el trabajo remunerado, no sería sorprendente encontrar algunas diferencias sobre las motivaciones y beneficios que los llevan a teletrabajar. Distintos estudios se centran en los beneficios que aporta el teletrabajo tanto para la empresa como para el trabajador y en las distintas motivaciones entre los hombres y las mujeres para adoptar el teletrabajo, pero no se consideran los efectos de rebote derivados de los cambios que se puede producir en la unidad familiar, cambios que vendrán motivados principalmente por las relaciones de género que se den en las personas que convivan en el hogar.

Si analizamos con detenimiento los factores que influyen en la adopción del teletrabajo, vemos que la mayor parte de ellos están relacionados al ámbito doméstico. Es evidente que es en el ámbito doméstico donde las relaciones de género tienen un mayor impacto. Los comportamientos de los hombres y las mujeres están claramente diferenciados dentro del ámbito doméstico, en función de cómo asumen sus roles dentro de la unidad familiar. El efecto del teletrabajo en el ámbito familiar va a depender de las relaciones de género que se establezcan entre los distintos miembros de la unidad familiar, relaciones que se entienden como las diferentes actitudes frente a la familia, pareja, trabajo productivo, economía, salud, tecnología, relaciones sociales y profesionales, desarrollo personal y profesional, y tipo de familia. El estudio de los factores que afectan la decisión de teletrabajar no puede ser analizado de forma neutral al sexo debido a la estrecha relación que existe con los distintos comportamientos que se observan entre hombres y mujeres derivados de las relaciones de género que se dan entre ellos.

Analizando el tema familiar desde otro punto de vista, los cambios estructurales que ha sufrido la familia en los últimos 50 años, determinan en muchos sentidos la visión de mundo. Un porcentaje significativo de personas tuvo durante su infancia a ambos padres

³⁸ Hochschild A. "The Time Bind: When Work Becomes Home and Home Becomes Work. Henry Holt & Company 1997

trabajadores, motivo por el cual su relación con los padres no fue todo lo estrecha que podría haber sido.

La estructura familiar sigue la tendencia enunciada en el párrafo anterior. Más aún, las cifras de mujeres profesionales aumenta y no existen indicios que eso vaya a cambiar. Existe una gran preocupación por la mujer y su inserción laboral y las consecuencias que ésta tiene, en su papel de madre.

De lo anterior se deduce que si ambos padres tienen aspiraciones profesionales o la necesidad económica de que ambos trabajen, la familia como tal se ve amenazada, ya que es menor el tiempo disponible para la formación de los hijos considerando las jornadas laborales excesivas, las que encuentran una fuente de estímulo en el medio competitivo en el que vivimos. Si a esto se agrega la necesidad de que los padres participen activamente en la formación y crianza de sus hijos, vemos dificultado enormemente la posibilidad de poder compatibilizar el rol profesional y el de progenitor.

Esta incompatibilidad es un signo relevante del erróneo sentido que se le ha entregado al trabajo. El hecho de verse forzado a optar entre el desarrollo profesional y el derecho a procrear, y la obligación correlativa de cuidado y dedicación a la familia, es altamente dañino para la sociedad ya que hace vulnerable su núcleo máspreciado.

En este sentido, el teletrabajo representa una alternativa viable y tangible como solución parcial a este problema. Le otorga mayores posibilidades al padre o a la madre para cumplir con sus expectativas profesionales y estar presente en la formación diaria de sus hijos. La familia requiere de tiempo y cuidado, sino se quiebra, se desarma. Como sociedad, conciente que quizás nuestro pilar más fuerte yace en la familia, no es admisible seguir en el camino de destrucción de aquellos valores que nos determinan como seres humanos concientes del fin espiritual de la vida.

Aplicaciones del teletrabajo en Chile.

En nuestro país no hay grandes experiencias que digan relación el teletrabajo tal como lo hay en la Unión Europea. Recién en los últimos años se ha comenzado a investigar este tema. El Departamento de Estudio de la Dirección del Trabajo (cuaderno N° 9 de investigación 1999) publicó los resultados de una investigación realizada en todo Chile con el apoyo de la OIT, el Instituto Nacional de Estadística y el Servicio Nacional de la Mujer. Dentro de las conclusiones a las que se llegó con la realización de este estudio podemos observar que el trabajo a domicilio es utilizado en gran medida dentro de la empresa moderna, sobretodo en lo referente al área de los servicios, que este empleo a domicilio suele ser temporal y que en él existe un alto grado de participación femenina.

Con estas consideraciones y conclusiones, se enfrentó el tema del teletrabajo, y se presentó un proyecto de ley que modificó el Código del Trabajo, el cual fue enviado por el Ejecutivo al Congreso Nacional el año 2000 y la indicación sustitutiva enviada por el Ejecutivo al Senado en marzo del 2001 que busca normar la aplicación del teletrabajo. El proyecto del Ejecutivo se definió como “aquel que se desarrolla por trabajadores

contratados para prestar sus servicios fuera del lugar de funcionamiento de la empresa mediante la utilización de medios tecnológicos, como pueden ser los informáticos o de telecomunicaciones”. El proyecto mencionado derogó el inciso penúltimo del artículo 8 del Código del Trabajo, armonizándose la aplicación de dicho Código con los restantes trabajadores que laboren en un lugar distinto de la empresa, aunque no sea con la utilización de elementos de tecnología y comunicación avanzados.

También se incorporó un inciso final al artículo 22 del Código del Trabajo, a fin que los trabajadores contratados para que presten servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones, estén excluidos de la limitación de horas semanales a que este artículo se refiere.

Al respecto es necesario recordar la historia del inciso penúltimo del artículo 8 del Código del Trabajo, el cual se encuentra actualmente derogado. Este inciso señalaba: “No hace presumir la existencia de un contrato de trabajo los servicios prestados en forma habitual en el propio hogar de las personas que lo realizan o en un lugar elegido libremente por ellas, sin vigilancia ni dirección inmediata de quien los contrata”. El Código de 1931 regulaba el trabajo a domicilio como uno de los contratos especiales de trabajo; posteriormente el DL 2200 de 1978 lo excluyó de su regulación. El establecimiento de la antigua norma del Código del Trabajo nació de una proposición del SERNAM respecto de la posibilidad de integrar el trabajo a domicilio en mencionado cuerpo legal, con el objetivo de impedir ciertos abusos en el trabajo de mujeres de escasos recursos. Sin embargo, la redacción aprobada para el antiguo inciso penúltimo del artículo 8 del Código del Trabajo no fue del todo feliz, pues estableció una presunción negativa y, además, en vez de referirse a “subordinación o dependencia” se refirió a “vigilancia y dirección inmediata” conceptos con una diferencia sustancial. Al exigirse condiciones tan especiales para que el trabajo a domicilio fuese normado por el Código del Trabajo, en el hecho las prestaciones de servicio por medios computacionales y desde el propio hogar de las personas que las realizan, se han considerado más directamente como un contrato civil de prestación de servicios.

En este marco, la derogación realizada al el inciso penúltimo del artículo 8 del Código del Trabajo es beneficiosa, pues hace posible aplicar a todos los trabajadores, incluso a aquellos que realizan sus labores desde su casa, las normas protectoras del Código del Trabajo.

A la vez, no parece adecuada la derogación que se realizó del artículo 22 del Código del Trabajo, con el fin de excluir la limitación de la jornada de trabajo semanal a los teletrabajadores. Esta exclusión, en vez de proteger a los trabajadores generará situaciones complicadas en el futuro, pues se trata a nuestro entender, de una norma un tanto prematura.

En Europa las tendencias actuales se dirigen casi sin excepción hacia formas de “teletrabajo alternado”, en que el trabajador pasa un tiempo en la empresa y otro tiempo en la casa, fenómeno que probablemente también se dará en nuestro país.

Consideramos que es prudente esperar un tiempo para regular a través de la legislación general la normativa referente al teletrabajo. Es conveniente avanzar

previamente en el estudio de experiencias concretas en nuestro país, para luego observar las tendencias en las negociaciones privadas entre trabajadores y empresarios, posteriormente recogerlas de un modo general, sin olvidar el rol fiscalizador de las autoridades del trabajo. No puede ser de otra forma, así nacieron las primeras normas del Código del Trabajo y así deben seguir creándose hoy día, pues solo así se logra la legitimación de la norma positiva.

Capítulo 8. La Mujer y el Asunto Previsional.

La Seguridad Social.

Antes de iniciar el estudio particular de la situación de la mujer en el campo de la salud y respecto de sus cotizaciones previsionales en las Administradoras de Fondos de Pensión, comenzaremos por dar una visión general de la Seguridad Social en nuestro país.

En primer lugar, partiremos dando un concepto de Seguridad Social, para posteriormente analizar el fundamento que la motiva, los principios en que se basa, y las instituciones que comprende.

Concepto.

William Beveridge, fundador de la Seguridad Social moderna la define como “el conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra aquellos riesgos de concreción individual, que jamás dejarán de presentarse, por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad en que vivan”.

Para la OIT, por otro lado, la seguridad social es un “conjunto de disposiciones legislativas que crean un derecho a determinadas prestaciones, para determinar categorías de personas, en condiciones específicas”.

Es así como en un sentido amplio, podemos definir la Seguridad Social como un conjunto más o menos armónico de instituciones que tienen por objeto atender los estados de necesidad producidos por ciertos hechos denominados contingencias sociales o riesgos sociales.

Fundamento de la Seguridad Social.

El fin último perseguido por la Seguridad Social es proteger a los individuos de las contingencias sociales que les afecten, las cuales provocan estados de necesidad, lo que les puede privar de su derecho a la dignidad, derecho fundamental que tiene toda persona por el sólo hecho de serlo. Este sistema de seguridad social se compone de un conjunto de recursos humanos, jurídicos, económicos y técnicos, todos los cuales se unen para enfrentar los estados de necesidad y las contingencias sociales, que comprende contingencias sociales como enfermedades y accidentes, imprevistos en el trabajo (accidentes del trabajo y enfermedades profesionales), invalidez, vejez, muerte, cesantía, maternidad y cargas familiares.

El derecho a la seguridad social se consagra en el Art. 19 N° 18 de nuestra Carta Fundamental, que dispone: “La Constitución asegura a todas las personas el derecho a la seguridad social.

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

El Estado supervigilará el adecuado ejercicio al derecho a la seguridad social”.

Principios de la Seguridad Social.

La Seguridad Social cuenta con determinados principios orientadores del sistema los cuales pasaremos a examinar.

1.-Principio de la Universalidad: Este principio se divide en universalidad subjetiva y objetiva.

La universalidad subjetiva se basa en que la seguridad social debe cubrir a todas las personas debiendo protegerlas de cualquier contingencia, sin importar la causa de ella. Sobre este punto no puede existir discriminación por causa de edad, raza, nacionalidad, vínculos laborales o niveles de remuneración.

La universalidad objetiva apunta a que la seguridad social debe cubrir todos los riesgos o contingencias sociales que pudieran producirse por enfermedad o falta de medios económicos, o bien la adición de obligaciones derivadas de vínculos familiares.

Se consideran como hechos causantes de estados de necesidad las enfermedades, la maternidad, la vejez, la invalidez, la muerte, la viudez, la orfandad, los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, el desempleo y las cargas familiares, según lo señala el Convenio sobre Norma Mínima de Seguridad Social, hechos que deben cumplir ciertas condiciones previstas y reglamentadas por el ordenamiento jurídico.

2.-Principio de Integridad o Suficiencia: Apunta a que todas las prestaciones sean suficientes para atender la respectiva contingencia y capaces de solucionar el problema social.

En cuanto a la salud, ésta debe ser cubierta en forma integral, comprendiendo las atenciones médicas, quirúrgicas, dentales, medicamentos, hospitalización, etc.

Respecto de los montos de las prestaciones éstas deben ser tales que permitan a las personas seguir viviendo en condiciones relativamente similares a las que tenían cuando gozaban de capacidad laboral.

3.-Principio de la Solidaridad: Esta existirá en la medida en que se distribuya el ingreso nacional, se estima que este aporte debe ser efectuado por el Estado y no gravar a la empresa puesto que de esta forma se produciría un desincentivo de la contratación de mano de obra.

4.-Principio de la Unidad: En términos generales este principio se toma como unidad administrativa del Estado, se refiere a la organización y estructura de la Seguridad Social, sus derechos, obligaciones e instituciones. El sistema debe actuar como una unidad, sin que ello implique una incompatibilidad frente a los servicios concadenados que persiguen los mismos objetivos. Esta unidad suele enfocarse como una unificación administrativa fundamentada en la existencia de un riesgo único, donde se deben abaratar los costos y simplificar la estructura de administración. Este enfoque ha sido criticado puesto que confunde el riesgo con sus efectos y, además, porque cada riesgo requiere un tratamiento especial desde el punto de vista administrativo y técnico, razón por la cual no admite un enfoque unitario.

5.- Principio de la Subsidiariedad: Este principio no es unánimemente aceptado por la doctrina puesto que no se considera como un principio orientador de la Seguridad Social, ya que se opondría a la responsabilidad ineludible que le cabe al Estado en esta materia.

La subsidiariedad implica que toda la sociedad, o el Estado como organismo jurídico de ésta, no deberá realizar actividades que excedan lo que el individuo por sí mismo o a través de grupos intermedios puedan ejecutar; lo que implica abrir el campo a la iniciativa privada y delimitar la acción del Estado, el que se deberá convertir en garante de esta actividad realizada por los particulares en torno a proporcionar ayuda a los más débiles.

El Estado tendrá asimismo dos obligaciones:

Permitir que el individuo personalmente, o a través de los grupos intermedios, hagan frente a sus estados de necesidad, e

Intervenir sólo en caso necesario, cuando éstos no sean capaces de solucionar sus necesidades con los medios que cuentan.

Los que no aceptan la subsidiariedad como un principio de la Seguridad Social

estiman que por esta vía se podrían afectar gravemente otros principios, como el de la unidad y el de la solidaridad.

El lado negativo de este principio se manifiesta en lo relacionado al control del que podría carecer el Estado, puesto que podrían desvirtuarse sus fines y terminar por abrogar los restantes principios orientadores de la Seguridad Social.

En nuestro país este principio está consagrado en la Constitución Política del Estado y se presenta patentemente en la seguridad social en cuanto al financiamiento de las prestaciones en las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y en las Instituciones de Salud Previsional (Isapres).

6.- La distribución de los ingresos: Este principio es uno de los grandes objetivos de la Seguridad Social puesto que actúa en forma comunicante y distribuidora de los ingresos entre la población que cuenta con mayores recursos económicos y aquella parte de la población que carece de ellos, así como también traspasa recursos de la población activa de nuestra sociedad al sector pasivo de ella.

Instituciones que comprende la Seguridad Social.

Dentro de las instituciones que comprende la Seguridad Social encontramos:

- 1.- Los seguros sociales
- 2.- La asistencia social
- 3.- Las prestaciones familiares.

Los seguros sociales tienen por objeto otorgar prestaciones médicas (preventivas, curativas y de rehabilitación de los afiliados y sus cargas familiares) y pecuniarias (cuando hay suspensión, disminución o pérdida de la capacidad de ganancia del jefe de familia). Tiene carácter obligatorio; se financian con aportes del Estado y con las cotizaciones de los afiliados; están orientados a proteger el interés general de la población a través de la justicia retributiva.

La asistencia social cubre las contingencias sociales que no fueren atendidas por los seguros sociales obligatorios (accidentes, enfermedades, cesantía) o cuando la atención no fuere suficiente (complementaria). Su financiamiento es con cargo del Estado, pudiendo además, en determinadas circunstancias, tener también un financiamiento privado.

Las prestaciones familiares son aquellos beneficios otorgados en relación directa al grupo familiar. Se distingue entre las asignaciones familiares que son las prestaciones pecuniarias otorgadas a los familiares que viven a expensas del jefe de familia y las demás prestaciones que constituyen los beneficios pecuniarios en especie o servicios, otorgados al grupo familiar para su formación y desarrollo.

Luego de enunciar en un sentido muy general los principios y fundamentos que regulan la Seguridad Social, pasaremos ahora a abordar dos temas específicos en que se basará nuestro estudio cuales son la situación de la mujer frente a las AFP y en relación al sistema de salud.

El Decreto Ley 3.500

El DL 3500 se dictó el 4 de Noviembre de 1980 e instituyó el Nuevo Sistema Previsional Chileno.

En su artículo 1º señala: “Créase un sistema de pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivencia, derivado de la capitalización individual que se regirá por las normas de la presente ley. La capitalización se efectuará en organismos denominados Administradoras de Fondos de Pensiones.”

Este decreto ley reconoció las cotizaciones efectuadas en el sistema antiguo, que antes estaban a cargo de las Cajas de Previsión, y que funcionaban desde 1920; además estableció incentivos económicos al traspaso de estos fondos, los que consistieron en otorgar un aumento del ingreso líquido, que en promedio alcanzó al 12,6%.

Elementos del Sistema de Pensiones de Capitalización Individual.

1.- Capitalización o ahorro individual: Consiste en que cada afiliado tiene una cuenta individual de ahorro donde se depositan sus cotizaciones previsionales, las que generan rentabilidad a través de las inversiones que hace la AFP con los fondos. Las Administradoras de Fondos de Pensiones deben invertir los fondos de sus afiliados en instrumentos financieros, previamente autorizados por ley, a través de una Comisión Calificadora de Riesgos. Las transacciones deben efectuarse a través del mercado formal.

Al momento de la jubilación del afiliado, o de su muerte, este capital es devuelto a él o a sus beneficiarios sobrevivientes por medio de una pensión. Terminada la vida activa del trabajador afiliado, éste podrá optar por un retiro programado, tomar un seguro de renta vitalicia o una renta temporal con renta vitalicia diferida.

Al respecto debemos señalar la reciente modificación establecida por la Ley de Rentas Vitalicias N° 19.934 de 18 de Agosto de 2004, en virtud de la cual se crea una nueva opción establecida en el Art. 161 bis. En efecto, este Art. señala que los afiliados o beneficiarios para optar por una modalidad de pensión deberán recibir información, la cual será otorgada por el Sistema de Consultas y Ofertas de Montos de Pensión, pudiendo aceptar alternativamente cualquier oferta efectuada por el Sistema; es decir, podrán aceptar una oferta efectuada fuera de él, por una Compañía de Seguros que hubiera participado en el Sistema, siempre que el monto de la pensión sea superior al ofrecido en dicho Sistema por la misma Compañía, o bien, podrán solicitar la realización de un remate a través del Sistema de Consultas.

2.- Administradora Privada de Fondos: El sistema de pensiones está administrado por entidades privadas llamadas Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) las cuales son sociedades anónimas, las que antes de la ley 19.795 de 28 de febrero de 2002, tenían como objeto la administración de dos fondos de pensión, correspondientes

al tipo Uno y Dos. Con la ley antes mencionada se modificó el Art. 23 del DL 3500, y ahora las AFP tienen como objetivo exclusivo “la administración de fondos de pensiones”, debiendo mantener cuatro fondos de pensiones, pudiendo mantener además un fondo adicional.

El Fondo de Pensiones se compone en su base por la cotización mensual obligatoria del 10% de la renta mensual imponible, con un tope de 60 UF, y eventualmente por otras cotizaciones o aportes como son la cotización voluntaria, los depósitos convenidos, el bono de reconocimiento y otros.

El Fondo de Pensiones es de propiedad del afiliado, la AFP sólo se limita a administrar, recaudar e invertir estos fondos.

Respecto de las cotizaciones correspondientes a las contingencias de invalidez y sobrevivencia, éstas son integradas en un seguro colectivo que contrata la AFP, en una Compañía de Seguros de Vida.

En cuanto a su financiamiento operacional, las AFP están autorizadas para cobrar a sus afiliados comisiones, las que se fijan libremente por cada institución, pero deben tener un carácter uniforme para todos los afiliados.

El estatuto normativo que regula a las Administradoras de Fondos de Pensiones se configura por el DL 3500, además éstas son fiscalizadas por la Superintendencia de AFP y la Superintendencia de Valores y Seguros que fiscaliza a las sociedades anónimas.

3.- Libertad Individual: Este elemento se refiere a la libertad que tiene el trabajador para afiliarse y desafiliarse de una AFP, pero sólo puede estar afiliado a una AFP y a un solo régimen; al monto de la cotización adicional que quiere hacer, y a cuándo y cómo jubilar.

La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes que iniciaron su vida activa a partir del 1º de enero de 1983 y es voluntaria para los trabajadores independientes y para los que se encuentran adscritos al sistema antiguo.

4.-Reglas comunes para todos: Este elemento apunta al principio de igualdad en el sentido que debe existir una aplicación uniforme de las normas que rigen para los afiliados y en cuanto a la relación proporcional que debe haber entre las cotizaciones que se realicen y los beneficios que se otorguen. Las prestaciones se regulan de acuerdo al monto del ahorro acumulado al momento de otorgar la pensión, a las expectativas de vida del afiliado, a la composición de su grupo familiar y a la tasa de interés que se encuentre vigente.

En cuanto a las pensiones de invalidez y sobrevivencia, su monto está establecido por ley, en un porcentaje de la remuneración promedio previo a la contingencia.

Las pensiones de vejez se clasifican en:

General: donde las mujeres se jubilan a los 60 años de edad y los hombres a los 65 años.

Anticipada: donde el requisito consiste en contar con un monto mínimo equivalente al 50% del promedio de las remuneraciones mensuales, e igual o superior al 110% de la pensión mínima garantizada por el Estado; la que opera en el caso de agotamiento de los

recursos con que se pagaba la pensión. Para acceder a la jubilación anticipada se requiere un registro de 20 años de cotizaciones.

En virtud de la reforma introducida por el DL 3500, pueden afiliarse al nuevo sistema todos los trabajadores, sean dependientes o independientes, sin importar el trabajo que realicen o quien sea su empleador, se evita todo tipo de discriminación y se asegura que todo trabajador tenga derecho a cotizar en la AFP que deseen.

Respecto a este punto también debemos mencionar la reforma de la Ley de Rentas Vitalicias antes mencionada, en virtud de la cual en su Art. 7 Transitorio modifica estos porcentajes señalados en el Art. 68 letras a) y b) del DL 3500. En efecto, en cuanto al porcentaje del 50%, señala que el requisito para pensionarse anticipadamente será del 52%, cifra que se incrementará en 3 puntos porcentuales al cumplimiento de cada año de vigencia de esta ley, hasta alcanzar un porcentaje de 70%.

Respecto al porcentaje 110% señala que el porcentaje establecido en la letra b) del Art. 68 será de 110%, pero a partir del segundo año desde la vigencia de esta ley este monto cambiará a 130% y posteriormente cambiará a 150% para los años 3º y 4º respectivamente.

En cuanto a los años de registro de cotizaciones establecidos como requisito para acceder a la pensión anticipada establece que, sin perjuicio de ello, los beneficiarios de pensión de sobrevivencia tendrán derecho a una garantía estatal por pensión mínima, siempre que el causante hubiere estado pensionado a la fecha de su fallecimiento o tuviere registrado a la fecha a lo menos 2 años de cotizaciones en los últimos 5 años, o se encontrare cotizando en caso de muerte por accidente, o hubiere completado 10 años de cotizaciones efectivas en cualquier sistema previsional o tener, a lo menos 16 meses de cotizaciones si han transcurrido 2 años desde que inició labores por primera vez.

5.- Separación Patrimonial: Las cotizaciones que realicen los afiliados van a su cuenta de ahorro personal, existiendo una absoluta separación de patrimonios entre el patrimonio de la AFP y el Fondo de Pensiones, aquí los estados financieros distintos. Es decir, el Fondo de Pensiones administrado por la AFP está separado, es distinto y completamente independiente del capital de la AFP, por lo que en caso de quiebra o disolución de la entidad, el fondo de los afiliados no se ve afectado de manera alguna.

Los trabajadores que pertenecían al sistema antiguo y que optaron por cambiarse al nuevo, aportaron además un Bono de Reconocimiento, el que es emitido por las instituciones de previsión del sistema antiguo, representando este instrumento los períodos de cotizaciones que se hicieron en dicho régimen.

La cotización que corresponde al monto obligatorio en la AFP es un bien inembargable, son sin embargo, embargables los depósitos de ahorro voluntario y los depósitos correspondientes a indemnización.

6.- Rol del Estado: El rol del Estado se estipula en el Art. 19 N° 18 de la Constitución y consiste en:

Ser garante del derecho a la seguridad social, debiendo propender a un acceso universal a los beneficios contemplados en la ley cuando se cumple con los requisitos estipulados con un carácter uniforme. Así, todos los afiliados que cumplan con los

requisitos básicos, tienen derecho a recibir una pensión mínima, la que es garantizada por el Estado, aún cuando no cuenten con el saldo suficiente en su cuenta de capitalización individual.

Además, se asegura a los afiliados una rentabilidad mínima, la que se calcula sobre la base de la rentabilidad promedio obtenida por todos los fondos de pensiones para lo cual las AFP deberán mantener una reserva especial llamada encaje, la que deberá equivaler al 1% del respectivo fondo que administra, y si a pesar de esto, no se logra obtener la rentabilidad mínima, el Estado deberá completar la diferencia.

Por otro lado, en caso de quiebra de la entidad, el Estado garantizará los aportes adicionales en caso de invalidez o fallecimiento de un afiliado no pensionado, contribuciones, pensiones de invalidez originadas por un primer dictamen y la cuota mortuoria

Es subsidiario ya que financia o concurre al financiamiento de beneficios mínimos cuando la AFP no cumple la rentabilidad mínima y en caso de quiebra de la Compañía de Seguros.

Es regulador ya que tiene la iniciativa legal en materia de seguridad social y fiscaliza el funcionamiento de las AFP a través de la Superintendencia de AFP.

La mujer y las Administradoras de Fondos de Pensión.

La situación de la mujer frente a las AFP es un tema que merece nuestra atención debido a la desigualdad que recibe en el tratamiento frente a los trabajadores varones. Según cifras aportadas por el INE, un 37% de las mujeres trabajadoras no cuentan con previsión, puesto que no cotizan. El menor nivel de remuneraciones a las que pueden acceder con su trabajo, la mayor inestabilidad e informalidad que tienen en el empleo y la atribución exclusiva de los costos de la maternidad que se le imputan dificultan su acceso a prestaciones previsionales suficientes.

Frente al tema de las cotizaciones previsionales en la AFP distinguimos fundamentalmente dos situaciones que merecen ser estudiadas.

- Por una parte se presenta el tema de la edad para jubilarse, la que en el caso de las mujeres es a los 60 años y en el caso de los hombres es a los 65 años. La mujer tiene una mayor esperanza de vida frente al hombre, superándolo en promedio por sobre los seis años, esta situación juega en contra de la mujer puesto que las AFPs están legalmente facultadas para calcular la asignación de los fondos en función de esta mayor expectativa de vida, lo que implica que el pozo acumulado se divide por un tiempo más largo, disminuyendo así los ingresos mensuales percibidos durante la jubilación.

- Otro punto importante de analizar es el hecho que sólo las mujeres puedan gozar de una pensión de viudez puesto que ello implica indirectamente que la cotización del marido genera más beneficios que la de la esposa, subvalorando así el aporte salarial y

previsional de la mujer y desinsentivando el ahorro. Las razones de esta desigualdad se basan en la premisa de que el hombre es el jefe de hogar, sustentador de la familia y que la mujer depende de él, desconociendo todo protagonismo a la participación femenina en el mundo laboral.

A continuación analizaremos la situación de la mujer en el antiguo Sistema de Reparto y su situación frente al DL 3500.

Análisis de la situación de la mujer en los sistemas previsionales.

Las pensiones de las mujeres en el antiguo Sistema de Reparto.

La verdad es que la situación de la mujer en el sistema de reparto no era mucho mejor que en la situación actual, a pesar de que aparentemente podría desprenderse lo contrario. Las mujeres podían acceder a pensiones estando afiliadas por menos tiempo que los hombres; no debían contribuir a una cuenta y sus beneficios de pensión requerían 5 años menos que los hombres. Además eran beneficiarias de 3 tipos de prestaciones:

1.- Recibían beneficios como dependientes que consistían en pensiones, seguros de maternidad, cuidados médicos, de viudez, entre otros.

2.- También recibían beneficios como contribuyentes al sistema de seguridad social por ocupaciones manuales, no manuales o de servicios domésticos.

3.- Por último, recibían beneficios en razón de su situación social cuando eran dependientes pero no vinculadas legalmente a un trabajador asegurado y cuando trabajaban en el sector agrícola y en el sector informal urbano.

Las reformas introducidas por el DL 3500 suprimieron estos beneficios.

A pesar de lo anteriormente dicho, investigaciones realizadas en otros países del mundo demuestran que las mujeres bajo el sistema de reparto tampoco estaban en condiciones de igualdad frente a los hombres.

En Estados Unidos ³⁹ estudios realizados muestran que las tasas de pobreza son especialmente altas entre mujeres viudas, solteras, divorciadas o separadas, en comparación con los grupos de hombres que se encuentran en la misma situación. Según los autores Shirley y Spiegler, el sistema de reparto exacerbaba esta situación. En efecto, la pensión de la mujer correspondía sólo a una tercera parte de los beneficios otorgados a los hombres, puesto que se asumía que “una mujer puede cuidar mejor de sí misma de lo que podía hacerlo un hombre”. ⁴⁰ Es así como el sistema de seguridad social no es un programa neutro en términos de género; el sistema más bien está diseñado

³⁹ Shirley y Spiegler, 1998; Olsen, 1998; López 1998.

para recompensar a las mujeres sumisas que se quedan en la casa y para penalizar a las mujeres casadas que eligen incorporarse a la fuerza laboral.⁴¹

En Chile, tampoco las mujeres eran titulares plenas de sus derechos de pensión. Aunque algunas recibían beneficios de la seguridad social por integrar la fuerza laboral, en su mayor parte eran titulares de derechos en razón a su condición de esposas dependientes de trabajadores asegurados, y en algunos casos por su rol de madre. Por otra parte, las mujeres que contaban con un mayor nivel de escolaridad y, por lo tanto, con mayores ingresos al tener mayores tasas de participación en el mercado de trabajo, recibían una mayor cobertura.

También debemos considerar el caso de las mujeres dueñas de casa, las que también contribuyen a la economía del país con su labor, la que no es remunerada por lo que se encuentra fuera de la economía formal, mujeres que son totalmente subestimadas por las cuentas nacionales. También resultaban perjudicadas las mujeres que trabajaban en el servicio doméstico, puesto que su cobertura era poco amplia y poco efectiva.

La realidad del sistema de reparto muestra que muy pocas mujeres tenían un real acceso a los beneficios de una pensión. En el fondo del Servicio de Seguro Social (SSS) que contaba casi con un 62% de afiliados, sólo un 20% de éstos eran mujeres.

Las mujeres que estaban empleadas en la economía formal en Chile tenían en muchos casos, mayores beneficios que sus pares de algunos países que contaban con altas tasas de crecimiento, sin embargo, para la mayor parte de la población femenina, éstos beneficios les eran otorgados en razón de su estrecha relación de dependencia con un trabajador hombre y a su rol subordinado y poco valorizado en el mercado laboral.

Las pensiones de la mujer bajo el DL 3500.

Nuestro país ha sido pionero en la instauración de Sistema de Pensiones de Capitalización Individual, el cual fue establecido a través del DL 3500 de 1980. Después de 10 años, muchos países latinoamericanos tomaron como pauta el caso chileno, modificando así sus sistemas previsionales existentes a la época, sustituyéndolos por el modelo de capitalización individual de contribuciones definidas, tal es el caso de países como Perú, Argentina, Colombia, Uruguay, Bolivia, México, entre otros.

Sin embargo, el funcionamiento del Sistema actual durante estos años ha demostrado que,- a pesar de su eficiencia-, igualmente éste genera tantas desigualdades como lo hacía el antiguo sistema de reparto.

Análisis empíricos han demostrado que en estos sistemas reformados es donde la desigualdad se hace más patente en materia de pensiones, sobretudo en lo relacionado a la cobertura y pensión femenina. Las razones de esta desigualdad son históricas y tienen su origen en aspectos estructurales y culturales. Si consideramos que las tendencias demográficas de los países desarrollados, y los que están en vías de desarrollo, con

⁴⁰ Grams, 1998.

⁴¹ López, 1998.

transición demográfica importante, demuestran que están a punto de convertirse en sociedades feminizadas, el problema adquiere especial relevancia.

Como sabemos, las pensiones de jubilación son calculadas en razón de diversos factores: los fondos acumulados en la cuenta individual, la esperanza de vida, los miembros de la familia.

Para comenzar, debemos señalar que la pensión de la mujer es muy inferior a la del hombre en este sistema de capitalización individual; la explicación de esta desigualdad viene dada en diversos aspectos.

En efecto, la mujer en todos los estratos de escolaridad y edad recibe menores ingresos que el hombre; las labores que realizan generalmente tienen menor prestigio, y por consiguiente, menor remuneración. Además, las tasas de participación de la mujer en el mercado laboral son muy inferiores a las del hombre, debido a su menor grado de especialización, a la labor que deben realizar dentro de sus hogares y a la crianza de los hijos.

Si agregamos a esto el hecho que la mujer jubila antes que el hombre, a pesar de tener una esperanza de vida superior, y el hecho de tener que distribuir los fondos acumulados por un período de vida más largo, concluiremos que la suma de todos estos factores favorecen a que los aportes de la mujer en su cuenta individual durante su vida activa sean muy inferiores en comparación a los del sexo opuesto.

Estudios basados en una tasa del 5% de retorno y en un 2% de crecimiento del empleo, señalan que los fondos que se generarían para las mujeres son del 32 al 46% de los fondos de los hombres. Si las mujeres pospusieran el retiro hasta los 65 años, y además recibieran remuneraciones según la estimación corriente para la generalidad de la población en ese rango de edad, sus fondos crecerían entre 9 y 13 puntos porcentuales. Por otro lado, si las mujeres trabajaran en forma regular e hiciesen contribuciones con la misma periodicidad de los hombres, sus fondos aumentarían entre 23 y 30 puntos adicionales y si las diferencias salariales fueran eliminadas, las pensiones anuales de las mujeres se elevarían entre 29 y 47 puntos adicionales, anulando así las diferencias de género.

Por otro lado, también existe desigualdad respecto a las pensiones de sobrevivencia.

En nuestra legislación se establece que si un afiliado o pensionado fallece, los remanentes que existan en su cuenta individual deberán destinarse a dar una pensión a los sobrevivientes del grupo familiar que cumplan con determinados requisitos. Los beneficiarios de esta pensión de sobrevivencia son el o la cónyuge sobreviviente, los hijos y los padres.

La ley establece que los hombres deben aportar fondos para las pensiones de sobrevivencia de sus mujeres, mientras que las mujeres casadas sólo están obligadas a aportar fondos para las pensiones de sobrevivencia en caso de discapacidad del marido. Así el Art. 6 del DL 3500 dispone: "La cónyuge sobreviviente, para ser beneficiaria de pensión de sobrevivencia, debe haber contraído matrimonio con el causante a lo menos con seis meses de anterioridad a la fecha de su fallecimiento o tres años si el matrimonio se verificó siendo el causante pensionado de vejez o invalidez.

Estas limitaciones no se aplicarán si a la época del fallecimiento la cónyuge se encontrare embarazada o si quedaren hijos comunes.”

Por su parte, el Art. 7 señala: “El cónyuge sobreviviente para ser beneficiario de pensión de sobrevivencia, debe ser inválido en los términos establecidos en el Art. 4º, y concurrir las exigencias establecidas en el inciso primero del artículo anterior a menos que quedaren hijos comunes.”

Esto podría llevarnos a pensar que la legislación en este punto es desfavorable para los hombres y favorable hacia las mujeres, lo cual no es así.

En efecto, estudios realizados en nuestro país han demostrado que para un hombre de 65 años la esperanza de vida es de 15 años más. Durante su vida activa aporta por una pensión correspondiente a esos 15 años, más una pensión que corresponde a 6 años de pensión de sobrevivencia, ya sea para la mujer o sus hijos dependientes.

En cuanto a la mujer, ésta jubila a los 60 años teniendo una esperanza de vida de 23 años, por lo tanto, si sólo incidiera este factor, su pensión seguiría siendo muy inferior. Hoy, la mujer tiene derecho a recibir su pensión de jubilación y su pensión de viudez derivada de los aportes realizados por el marido, lo que podría significar un acortamiento de la brecha de desigualdad de género producida en el sistema de pensiones, pero esto no ocurre así puesto que esta normativa genera otras consecuencias negativas para la mujer ya que supone una reformulación sutil y disfrazada de la antigua legislación, la cual les otorgaba derechos sólo cuando fueran dependientes económicamente y jurídicamente del cónyuge.

La salud en Chile.

Necesario es determinar el grado de participación que debe tener el Estado en el área de la salud. Para algunos, el Estado tiene el deber de garantizar a todas las personas el derecho a la vida y la protección de la salud.

Para otros, en cambio, el Estado debe tener un rol subsidiario frente al tema, permitiendo que la iniciativa privada se desarrolle en el campo de la salud.

Con la creación de las Isapres a partir de la dictación del DL 3500, la administración de los Seguros Sociales de Salud pasó a manos de los privados a través de un modelo financiero de capitalización individual, con lo cual el Estado pasó a desempeñar un rol subsidiario, debiendo prestar asistencia social a los grupos más desposeídos y administrando el seguro social de las personas que cuentan con más bajos ingresos a través de Fonasa, el que actúa bajo la modalidad financiera del reparto.

La ley N° 18.469, de 23 de Noviembre de 1985, vino a regular el ejercicio del derecho establecido en el Art. 19 N° 9 de la Constitución en virtud del cual la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la protección de la salud.

Según el Art. 1º de esta ley, su ejercicio comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquellas que estén

destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad para elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desea acogerse.

Será responsabilidad de los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud el propender al aseguramiento de todos los habitantes de la República a su derecho a la protección de la salud, responsabilidad que debe entenderse radicada en el Ministerio de Salud y demás instituciones creadas por el DL 2.723. Estos establecimientos no pueden negar atención una vez que sean requeridos, ni condicionarla al pago de tarifas o aranceles, todo lo cual es sin perjuicio de las contribuciones que se exijan por ley.

En el sistema se distinguen afiliados y beneficiarios.

Los afiliados son:

1.- Trabajadores dependientes del sector público o privado; trabajadores que hayan enterado 4 meses de cotizaciones dentro de un período de 12 meses en virtud de contratos por obra o faena determinada, los cuales mantendrán la calidad de afiliados por un período de 12 meses a contar de la última cotización que hubieren realizado. Lo mismo procede para aquellos trabajadores dependientes contratados por turnos o jornadas que registren al menos 60 días de cotizaciones en los últimos 12 meses.

2.- Trabajadores independientes

3.- Imponentes voluntarios

4.- Personas que cuenten con algún tipo de pensión previsional o con algún subsidio por incapacidad o cesantía.

La incorporación será automática desde que se esté en alguna de estas situaciones y se mantendrá mientras subsistan. Estas personas deberán enterar sus cotizaciones en el Fondo Nacional de Salud que determine el nuevo régimen (7%) o el antiguo.

Por su parte serán beneficiarios:

1.- Todos los que estén afiliados al sistema

2.- Los causantes por los cuales los trabajadores dependientes y pensionados perciban una asignación familiar y aquellas personas que respecto de los trabajadores independientes o imponentes voluntarios, cumplan con los requisitos para percibir asignación familiar de un trabajo dependiente

3.- La mujer embarazada, aún cuando no esté afiliada ni sea beneficiaria, y su hijo hasta los 6 años

4.- Las personas que no tengan recursos o tengan la calidad de indigentes y aquellas que gocen de pensiones asistenciales en virtud del DL 859

5.- Los causantes del subsidio familiar establecido en la ley 18.020

Los beneficiarios tendrán derecho a percibir las siguientes prestaciones médicas:

examen de medicina preventiva de determinadas enfermedades que establezca el Ministerio de Salud.

Asistencia médica curativa, incluyendo la consulta, exámenes y procedimientos

diagnósticos y quirúrgicos, hospitalización, tratamientos, medicamentos incluidos en el Formulario Nacional.

Atención odontológica.

El otorgamiento de estas prestaciones será entregado por los organismos dependientes del Ministerio de salud, a menos que se opte por la modalidad de libre acción, en donde se podrá elegir al profesional y a la entidad donde desea atenderse.

En lo relacionado con las prestaciones pecuniarias, los afiliados que hagan uso de licencias médicas por incapacidad, por enfermedad o por accidente que no sea del trabajo, tendrán derecho a percibir un subsidio, el cual se rige por el DFL 44, normativa que también regula lo relacionado con el subsidio maternal.

El otorgamiento de prestaciones pecuniarias es incompatible con las prestaciones que otorga la ley 16.744 y con el subsidio de cesantía.

Los afiliados son libres para optar en cualquier momento por incorporarse a una Institución de Salud Previsional (Isapre), según la forma y requisitos que establece la ley 18.993.

Características generales del Sistema Público de Salud.

Fonasa es un “servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio.”⁴² Dentro de sus características encontramos:

i) Los beneficiarios de Fonasa pueden optar, en cuanto a las prestaciones médicas entre la modalidad institucional o por la libre elección. Bajo la modalidad institucional las prestaciones médicas se realizan a través de los servicios de salud, postas y consultorios dependientes de las municipalidades.

En la modalidad de libre elección, el usuario podrá acudir a profesionales privados que acepten, los pagos realizados por el sistema público.

ii) La incorporación al sistema público es automática e indefinida, sin perjuicio de que los beneficiarios de Fonasa puedan, en cualquier momento, cambiarse al sistema privado mediante la celebración del correspondiente contrato de salud. De dicha suscripción es obligación de la Isapre informar a Fonasa, produciéndose así la desafiliación automática. La Isapre, en todo caso, no podrá cobrar más del 7% de la remuneración imponible para el otorgamiento de prestaciones de medicina preventiva, atención de la mujer embarazada y a su hijo y para los subsidios por incapacidad.

iii) En el sistema público los afiliados deben pagar una cotización única del 7% de su renta imponible o de su pensión. En ningún caso Fonasa podrá pactar cotizaciones superiores.

iv) Una vez terminada la vigencia del contrato de salud con la Isapre, si no hay renovación del contrato, se vuelve automáticamente a Fonasa.

v) El sistema público actúa bajo 2 modalidades de atención de las prestaciones

⁴² Chile, Ministerio de Salud. DL2763, art 26

médicas:

1.- Modalidad Institucional: donde se pueden obtener prestaciones médicas en todos los establecimientos del Sistema Nacional de Servicios de Salud y con los establecimientos privados con los que se tenga convenio. Esta prestación es pagada en parte por el Estado a través de una contribución indirecta al sistema de salud y en parte por el beneficiario que paga una tarifa según el grupo en que se encuentre (A, B, C o D)

2.- Modalidad de Libre Elección: los afiliados y beneficiarios podrán elegir al profesional o establecimiento, siempre que exista previo convenio con Fonasa.

Las prestaciones de salud cuentan con una tarifa que se fija en el arancel, cuyos valores bonificará el Estado, en los porcentajes que corresponda y la diferencia de esta bonificación y el valor de la prestación será cubierta por el paciente a través del llamado copago. En esta modalidad el Estado contribuye de la misma forma para todos los beneficiarios, sin importar el grupo de ingresos en que se clasifiquen, contribución que no puede ser mayor al 60% del arancel de las prestaciones médicas en el nivel 1, salvo excepciones.

vi) En cuanto a los trabajadores independientes, éstos para tener derecho a prestaciones médicas requieren un mínimo de 6 meses de cotizaciones, las que pueden ser continuas o discontinuas, y deben haberse realizado en los últimos 12 meses anteriores a la fecha en que se solicite la prestación.

Los trabajadores dependientes no requieren de un tiempo de afiliación y cotización para gozar de prestaciones médicas.

vii) Este régimen de Fonasa se financia a través de los recursos que establezcan las leyes y por las tarifas que pagan los beneficiarios y los no beneficiarios por los servicios prestados.

Además los afiliados contribuyen con el pago directo que hagan de las prestaciones en conformidad al arancel fijado según el tramo en que se encuentren.

Las Instituciones de Salud Previsional.

Las Isapres son personas jurídicas de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, fiscalizadas por la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, que tienen por objeto otorgar las prestaciones del sistema de salud.

Dentro de sus características generales tenemos:

Su financiamiento consiste en la cotización obligatoria de sus afiliados la que equivale a un 7% de la remuneración imponible de los trabajadores, más un eventual monto adicional.

Pueden afiliarse a las Isapres los trabajadores dependientes e independientes y cualquier persona dispuesta a pagar el precio del plan de salud.

Los planes de salud son pactados libremente a través de un contrato suscrito por el futuro afiliado y la Isapre.

La mujer y la salud.

La seguridad social garantiza el acceso a la atención de salud necesaria y en forma integral en casos de enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, maternidad, cargas familiares, vejez y muerte. Prestaciones que además son reconocidas en el Convenio 102 de la OIT.

Sin embargo, hoy el objetivo de las prestaciones de salud se ha ampliado, tanto en el derecho interno, como en el derecho internacional a través de declaraciones de derechos, y se orienta a que el ordenamiento laboral y previsional cautele el acceso igualitario al trabajo y a la cobertura previsional, tanto para el hombre, como para la mujer.

Para nadie es un misterio que las condiciones de acceso y calidad de la atención que reciben tanto hombres como mujeres, varían sustancialmente según se trate del sistema público o del sistema privado y según el respectivo plan con que se cuente.

El origen de este trato desigual en razón a las mujeres tiene su justificación en el grado de morbilidad femenina, en la mayor duración de la etapa de ancianidad en la mujer y sobre todo en su función reproductora. Sobre este último punto ya hemos dejado en claro que el tema de la maternidad es un asunto que no sólo le compete a la madre sino que a la sociedad toda.

Las deficiencias que presenta el sistema público son variadas y han sido ampliamente analizadas y discutidas. Menos discutido, sin embargo, ha sido el tema de las instituciones privadas (Isapres), las que a pesar de su éxito formal en cuanto a satisfacer de manera rápida y eficiente las necesidades de sus usuarios, cuentan con grandes barreras de ingreso, mayores costos y restricciones en el uso de las prestaciones para las mujeres, sean éstas afiliadas o cargas.

Este especial tratamiento que reciben las mujeres en el sistema privado de salud previsional requiere de un estudio acabado para determinar si se trata de una práctica discriminatoria por razón de género, o si más bien responde a criterios económicos en razón al costo- cobertura de la institución.

Las Isapres y el género.

Las Isapres son entidades de carácter privado que intervienen en el otorgamiento y financiamiento de prestaciones de salud para sus cotizantes y beneficiarios.

En rigor, el sistema privado de salud previsional no es plenamente "previsional", puesto que no cumple con los requisitos y principios de la salud previsional, cuales son otorgar prestaciones uniformes, suficientes, universales y que no se supediten exclusivamente al nivel de ingreso del beneficiario. En efecto, las Isapres sólo otorgarán estos beneficios en aquellos casos en que el precio pueda ser financiado por la cotización adicional u obligatoria del afiliado, y según el perfil de morbilidad que presente, lo que

permitirá a la Isapre calificarlo como un usuario rentable o no, según la apreciación del costo que pueda significar su afiliación, de allí que el sistema funcione con carencias de cobertura, exclusiones explícitas y enfermedades pre-existentes. Se les llama “previsional” porque legalmente se presenta como una opción, según lo dispone el Art. 19 N° 9 de la Constitución donde se da el derecho al usuario para optar entre cotizar en un organismo de salud público o privado, cotizaciones que serán obligatorias en el caso de los trabajadores dependientes y voluntarias en el caso de los independientes.

Las Isapres persiguen rentabilidad, buscan obtener el margen más amplio de utilidad por riesgo asumido, es por esto que rehúyen o encarecen la afiliación de aquellos usuarios que son más riesgosos al demandar con mayor frecuencia la atención de salud.

Tres son los elementos que influyen para determinar la calidad de la cobertura en el sistema privado:

1. -La edad,
2. - el sexo y
3. -el ingreso del cotizante.

En atención a la edad, mientras más edad tiene el cotizante, mayor es el requerimiento de cobertura médica y, por lo tanto, el costo para la Isapre aumenta, por lo que se grava la afiliación de las personas de la tercera edad.

En relación al sexo, resulta claramente perjudicada la mujer puesto que a ella se le asocia con los costos relativos a la maternidad los que incluyen subsidios por permisos maternales, licencias médicas por embarazo, puerperio y parto; a las enfermedades femeninas derivadas de su perfil biológico y a su longevidad más prolongada.

En lo relativo al ingreso, éste determinará la calidad del plan al que podrá optar. Las Isapres cuentan con una multiplicidad de planes de salud, cada uno de los cuales funciona con un arancel determinado que influye en la cobertura de la correspondiente prestación.

La ley 18.933 en su Art. 33 establece el mecanismo que tienen estos organismos para discriminar entre las cotizaciones en relación a su sexo y edad.

Se da la facultad a estas instituciones para revisar 1 vez al año los contratos de salud que celebren con sus afiliados, pudiendo variar precios, prestaciones convenidas, naturaleza y monto de los beneficios, con la sola limitante que estas variaciones deben ser aplicadas por igual a la generalidad de los afiliados a un mismo plan, con la excepción de las características particulares que pacten para determinados usuarios al momento de la contratación.

Es así como vemos que la ley no obliga a la Isapre a mantener las mismas condiciones de contratación de manera permanente, sino que más bien le otorga la facultad de modificar totalmente los contratos cada vez que estime que el costo que se tuvo en vista al momento de la contratación es mayor al que se tiene en vista al tiempo del requerimiento de la prestación. Sin perjuicio de ello, tratándose de la cobertura femenina la discriminación es aún mayor puesto que no sólo se aplica durante la vigencia de su afiliación, - lo que es una discriminación que permite la ley-, sino que además éstas

deben soportar tarifas más altas al momento de afiliarse.

La ley 19.381 de 1995 no modificó sustancialmente este punto puesto que la facultad de revisar anualmente el contrato se mantuvo, pero aumentó el plazo para notificar al afiliado de la variación de éste, el cual pasó a ser de 2 meses y no de 30 días como era con anterioridad. Además estableció que si el afiliado rechaza las modificaciones que le impone el sistema privado de salud, esta institución deberá ofrecerle contratar un nuevo plan, con características similares al anterior en relación a los precios por sexo y edad. Si no se cumple con esta obligación, el interesado podrá recurrir a la Superintendencia de Isapres.

Con la dictación de esta ley, las Isapres quedaron además con la obligación de fijar el precio de los correspondientes planes de salud según una tabla de factores, construída sobre los factores de edad y sexo de los afiliados, la cual debe incorporarse en el contrato de salud y no podrá ser modificada mientras esté vigente el plan de salud respectivo. Además se estableció que el arancel de las prestaciones deben incluir todas las prestaciones ofrecidas por el arancel Fonasa, lo que no implica que los aranceles deben ser iguales a esta última, sino tan sólo que deben ser las mismas, fijándoles el precio de mercado. Sin perjuicio de lo anterior, se permite a la institución privada pedir autorización a la Superintendencia de Isapres para excluir determinadas prestaciones otorgadas por Fonasa, con lo cual pueden ofrecer planes de salud que no cuenten con la atención de parto.

La variable género opera contra la mujer puesto que se encarece su cobertura previsional adjudicándole en forma exclusiva el costo de la reproducción.

Si bien es cierto, la estructura del sistema privado de salud impide la exclusión del tratamiento diferenciador que se tiene contra la mujer en su cobertura médica, puesto que ésta siempre será considerada como de alto riesgo debido a su perfil de morbilidad y a su vejez más prolongada, no es menos cierto que en lo relativo a su rol reproductivo esto puede cambiar. En efecto, si estamos de acuerdo en que la maternidad es un asunto que no es de relevancia y responsabilidad tan sólo para la madre, sino que importa a la sociedad toda, deberíamos estar de acuerdo también en que los costos de cobertura de prestaciones vinculadas a la maternidad deberían redistribuirse, a efectos de que la sociedad entera se haga cargo de la reproducción, y de esta forma estaríamos reduciendo, de cierta forma, un porcentaje de la discriminación que afecta a la mujer en materia de salud.

Sobre este punto debemos mencionar que algunas Isapres han avanzado en la materia estableciendo “planes matrimoniales o compensados”, en donde la cotización es compartida por los cónyuges para cobertura familiar.

El costo asociado a la cobertura femenina en las Isapres.

Subsidios públicos que benefician al sistema privado de salud.

El sistema privado de salud es beneficiado con una serie de subsidios públicos otorgados por el Estado, algunos relacionados con la cobertura femenina, lo que le permite a las Isapres competir con el sistema público de manera ventajosa. Así podemos

señalar:

a) Ley 18.418 de 11 de julio de 1985: Esta ley traspasó al Fisco el financiamiento de los subsidios de reposo maternal. Así se facilitó el acceso de las mujeres al sistema privado de salud. El Estado pasó a asumir el pago de subsidios por reposo maternal y permisos por enfermedad del hijo menor de 1 año; abaratándose los costos de la cobertura femenina, pero se mantienen los subsidios especiales por permisos suplementarios por descanso pre y post natal a cargo de la Isapre.

b) Ley 18.566 de 30 de octubre de 1986: Otorgó el derecho a los trabajadores dependientes para solicitar a sus empleadores que enteren a su nombre una cotización adicional de hasta un 2% de sus remuneraciones imponibles en sus correspondientes Isapres. Esta cantidad podía ser descontada por las empresas en su declaración de renta, disminuyendo así el valor del impuesto a pagar.

Sin embargo, las cifras demostraron que esta cotización adicional no siempre se traducía en un real acceso a mejores niveles de atención en el sistema privado, puesto que muchos de estos trabajadores que cotizaban adicionalmente tenían un bajo ingreso, por lo que no podían optar a buenos planes de salud y terminaban finalmente acudiendo al Sistema Público cuando requerían de atenciones de mayor complejidad.

Este subsidio en sí mismo implicaba discriminación, tanto respecto de los cotizantes del sistema público, como respecto de los cotizantes del sistema privado.

Existía discriminación respecto de los cotizantes del sistema estatal, puesto que estos resultaban excluidos del subsidio, y respecto de los del sistema privado, en relación con los trabajadores independientes, los que también se encontraban marginados del subsidio.

Actualmente esta situación se ha modificado con la dictación de la ley 19.650 de 24 de diciembre de 1999, la cual eliminó el cheque en garantía para las urgencias y emergencias vitales y además eliminó en forma gradual este subsidio del 2% otorgado por la ley 18.566 en su Art. 5º, el cual pretendía fomentar la afiliación a las Isapres de aquellos trabajadores de más bajos recursos, lo que en la práctica, no se concretó en un real beneficio para estos nuevos afiliados. La eliminación gradual de este subsidio se completó el 1º de junio de 2004.

Las Isapres en cuanto a las prestaciones médicas de carácter curativo otorgan toda, o casi toda la cobertura requerida, sin embargo, a medida que aumenta el grado de complejidad de la atención requerida, el seguro disminuye, por lo que en la práctica, gran parte de esta atención recae en servicios públicos a los que recurren los afiliados de las Isapres, los que resultan más baratos, práctica a la que se le ha llamado "Subsidio Cruzado".

El art 26 de la ley 18.469 permite a las personas afiliadas al sistema privado de salud, recibir atención médica en servicios de modalidad institucional, es decir, en servicios públicos como hospitales, consultorios, etc. cuando requieran de esta atención en casos de urgencia, por ausencia o insuficiencia de la especialidad en el sistema privado, o por ausencia o escasez de los servicios profesionales.

Sin perjuicio de ello, hoy el sistema público está siendo modernizado, especialmente

en el área informática donde se pretende llevar un registro de los usuarios del servicio público de salud, para así controlar que la rebaja del arancel por la atención recibida sea aprovechada exclusivamente por los beneficiarios de Fonasa, y a los afiliados al sistema privado se les aplique el arancel completo. Según investigaciones realizadas por Fonasa, en 1997 se ahorraron aproximadamente \$750.000.000 gracias a la regulación y limitación del subsidio cruzado mediante el seguimiento de la recaudación de cotizaciones y la actualización de los registros de afiliación.

Costos directos que asumen las Isapres en atención femenina y otros.

Las Isapres deben asumir directamente el costo de la cobertura previsional femenina en determinados casos:

A) La ley 18.418 establece el subsidio por permiso maternal suplementario, estos son subsidios especiales que se dan en los períodos de pre y postnatal, es decir, si durante el estado de gravidez de la mujer ésta se enferma antes del descanso pre natal que le corresponde por ley, o durante el alumbramiento, y como consecuencia de esta enfermedad no puede reiniciar sus actividades laborales una vez cumplido el descanso postnatal, será la Isapre la que cubra estos gastos.

Los arts 196 y 197 del Código del Trabajo señalan:

Art. 196: “Si durante el embarazo se produjere enfermedad como consecuencia de éste, comprobada con certificado médico, la trabajadora tendrá derecho a un descanso pre natal suplementario cuya duración será fijada, en su caso, por los servicios que tengan a su cargo las atenciones médicas preventivas o curativas.

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

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

Art. 197: “Para hacer uso del descanso de maternidad, señalado en el Art. 195, deberá presentarse al jefe del establecimiento, empresa, servicio o empleador un certificado médico o de matrona que acredite que el estado de embarazo ha llegado al período fijado para obtenerlo.

El descanso se concederá de acuerdo con las formalidades que especifique el reglamento...”

B) La ley 18.469 de noviembre de 1985 señala cuáles son las prestaciones mínimas de salud, y que son obligatorias para la Isapre, la cual debe cubrirlas sin el cobro de un pago adicional sobre la cotización legal.

Respecto de la maternidad, se señala que son prestaciones mínimas la protección del embarazo y hasta el sexto mes después del parto, para la mujer, y la atención del

recién nacido hasta los 6 años, pero no se establece como prestación obligatoria la atención del parto, la que se sujetará a la cobertura convenida en el plan de salud.

En todo caso, esta atención del parto se otorga gratuitamente en los establecimientos de salud estatal o municipales correspondientes al domicilio de la madre.

La ley 19.381 estableció que en el contrato de salud debía estipularse que habrá una cobertura proporcional del parto según el período que restase, luego del período de espera (que es el lapso que por disposición contractual no son exigibles aún las prestaciones y beneficios pactados) y la ocurrencia del nacimiento.

C) Licencias médicas: las licencias médicas por enfermedad son un instrumento de prestación monetaria que le permite al trabajador enfermo y que no puede continuar prestando sus servicios, tener una relativa continuidad salarial durante el período en que no puede trabajar. El costo de las licencias médicas es soportado por el correspondiente organismo de salud previsional, sea éste Isapre o Fonasa.

En el Decreto Supremo N° 3 de 1984 se estableció la normativa para la regulación y concesión de licencias médicas, tanto para el sistema público, como para el sistema privado, pero este decreto no se refirió a los criterios de restricción o rechazo de licencias médicas por estos organismos, dejando así abierto el criterio para acortar o rechazar en forma indebida las licencias. Además facultó a las Isapres para revisar y constatar la efectividad del reposo médico, pudiendo realizar visitas al domicilio del supuesto enfermo, para comprobar la efectividad de la enfermedad del trabajador. Si la Isapre estima que el trabajador no cumple a cabalidad con el reposo indicado, podrá anular de inmediato la licencia médica.

Las reclamaciones sobre el rechazo o reducción de licencias médicas se hará ante la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) dentro del plazo de 15 días hábiles desde la recepción del pronunciamiento de la Isapre. La COMPIN tiene un plazo de 20 días hábiles para pronunciarse a través de una resolución que deberá enviar por carta certificada al afectado.

La ley 19.381 entregó a la Superintendencia de Isapres la fiscalización de los aspectos procesales de la reclamación por rechazo o reducción de las licencias médicas, pero a la vez negó la posibilidad a este organismo para controlar los aspectos médicos de la prestación otorgada por el sector privado. Así, el órgano fiscalizador no tiene la facultad para pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia del rechazo que las Isapres hagan de las licencias médicas, atendiendo o no a criterios terapéuticos.

Finalmente debemos señalar que la ley 19.937 de 21 de febrero de 2004, modifica el DL 2763 y otros cuerpos legales estableciendo un nuevo concepto de autoridad sanitaria y diversas modalidades de gestión, fomentando la participación ciudadana y creando una nueva Superintendencia de Salud, la cual será la continuadora de la Superintendencia de Isapres y que entrará en vigencia el 1° de enero de 2005.

Conclusiones

De lo señalado en este trabajo se puede concluir que es de fundamental importancia la incorporación que tiene la mujer en el campo laboral chileno, así como la continuación de su rol activo como parte fundamental de relaciones de familia, consecuencia de esto es que se hace indispensable una regulación o normativa que fomente el aumento de su incorporación al mercado laboral, velando siempre por los intereses familiares y evitando la discriminación como ha ocurrido durante muchos años.

Actualmente dentro de la fuerza laboral chilena, según la encuesta de empleo del INE un 34% corresponde al trabajo de mujeres. Su gradual incorporación al mercado laboral remunerado se da por diversos factores; uno de los cuales se identifica con las épocas de crisis económicas tanto en el ámbito nacional como en el familiar. También cobra gran importancia el interés de la mujer contemporánea por participar en la fuerza laboral de nuestro país, ya sea por desarrollo personal o por necesidades económicas.

Si bien es cierto que la mujer desde los albores de la historia asumió su rol de madre y esposa, preocupada por las labores de la casa las que representan un gran porcentaje dentro de la sociedad. No es menos cierto que hay otro grupo de mujeres que decidió incorporarse al mundo laboral, debiendo enfrentar grandes dificultades en la integración a la vida pública y laboral debido a diversos motivos.

En primer lugar, la mujer que decide estar presente en ambos roles, esto es, como madre y como integrante de la fuerza laboral, sufre múltiples sentimientos de culpa al delegar la crianza de sus hijos en manos de terceros. Este sentimiento inherente a la mayoría de las madres dificulta su integración en el campo laboral. El teletrabajo o trabajo

a distancia, la flexibilidad laboral, la incorporación de nuevas tecnologías son elementos que pueden ayudar ampliamente en este aspecto.

Adicionalmente, la mujer suele ser víctima de discriminaciones por parte de los empleadores o empresarios, que ven en la contratación de ellas un costo extra para el desarrollo de su trabajo. Esto se aprecia fuertemente en la contratación de mujeres en edad fértil, quienes al decidir tener familia o quedar embarazadas afectan de algún modo el normal desempeño de la empresa o unidad en la que laboran, producto de las licencias médicas y el derecho a fuero que tienen por objeto proteger la vida del que esta por nacer.

Sobre este punto, se hace necesario reconocer que los problemas y abusos no solamente recaen en los empleadores, sino que también en ciertas ocasiones, surgen responsabilidades de la mujer embarazada quien trata de tomar ventaja de su posición, especialmente vía fuero maternal, lo que va generando recelos de ambas partes.

Gran parte de la doctrina señala, que el derecho a la protección y a la maternidad no puede ser suprimido de ninguna manera, puesto que se trata de un derecho fundamental y derivado del derecho de la vida, en especial a la vida digna.

No obstante, manteniendo la normativa vigente hoy en día sobre protección de la mujer en el campo laboral, es necesario que se regularicen o se legisle sobre ciertas situaciones tales como, teletrabajo, flexibilidad laboral con el objeto de compatibilizar los derechos de la mujer como madre y trabajadora, asegurando una integra incorporación de ésta al mercado del trabajo.

Creemos que esta compatibilización es posible en la medida que se haga con un profundo sentido valórico y de respeto a la mujer como persona. Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, existen otras figuras que sí se encuentran reguladas por nuestro ordenamiento jurídico como es el caso del contrato de trabajador de casa particular, el cual tampoco ha remediado del todo ciertas situaciones de discriminación frente al trabajo de la mujer, y es más, en muchos casos ha contribuido a consagrar legalmente estas diferencias. Algunos ejemplos de estas diferenciaciones arbitrarias las encontramos en la reducción del ingreso mínimo de estos trabajadores, que en el caso de las trabajadoras que habitan en el lugar donde desempeñan sus funciones podría de alguna manera justificarse, pero no admite justificación alguna en el caso de las trabajadoras “puertas afuera”, las cuales no se ven compensadas en esta reducción de salario, puesto que deben movilizarse y pagar deudas de servicios básicos igual que todo trabajador que no vive en el lugar en que desempeña sus funciones.

También podemos apreciar esta discriminación en la extensión de la jornada de trabajo, la cual sale de todos los parámetros establecidos por la regulación laboral para el resto de los trabajadores.

En lo relacionado con las conductas de acoso sexual por las que se ven mayoritariamente afectadas las mujeres (en relación a los hombres), nos parece fundamental y necesario el regular y sancionar estas conductas lesivas de la dignidad humana, puesto que como vimos, no resultan solamente perjudicados los sujetos pasivos de ella, sino que también la empresa en donde se producen y la sociedad toda.

Finalmente, en lo que respecta al Sistema de Seguridad Social, vemos que en el área de la salud privada las mujeres son ampliamente discriminadas por las Isapres, las que encarecen los planes de salud en atención al rol reproductivo del cual se les hace responsables de manera privativa, desconociendo en absoluto el papel que ellas desempeñan dentro de la sociedad en la tarea de aumentar la tasa de natalidad del país, contribuir al crecimiento de la población y en definitiva, a construir un país mejor.

En lo que respecta a los fondos de pensión, nuestra legislación reconoce a las mujeres el derecho a jubilarse antes que los hombres, lo que más que un beneficio se transforma abiertamente en un perjuicio para ellas. En efecto, si consideramos que la mujer por su carácter de tal recibe menores ingresos que sus pares hombres y que a la vez ésta tiene una mayor expectativa de vida, el hecho de jubilarse con anterioridad la perjudica puesto que los fondos acumulados durante su vida activa en las Administradoras de Fondos de Pensión, van a ser notoriamente reducidos.

Es así como este trabajo ha pretendido dar una visión general de la situación en que se encuentra la mujer trabajadora hoy en día frente al ordenamiento jurídico, visualizando aquellos aspectos en que la normativa no le es del todo favorable y en muchos casos le perjudica abiertamente.

Esperamos contribuir en la reflexión de esta realidad a la que se ve expuesta la mujer, situación que pasa a ser claramente una forma de discriminación; discriminación que no tiene otra razón de ser que la diferenciación de género.

Referencia bibliográfica.

- Abarca Aguad, Juan Miguel: "Acoso sexual en el trabajo", memoria de pregrado, Universidad Diego Portales, 1997.
- Aguilera Gallardo, María y Ester Cohen Salgado: "Análisis a las reformas al Decreto Ley 3500: Fondo tipo 2 y la ley que crea el sistema de multifondos". Memoria para optar al grado de licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. 2002.
- Betten, L: "The employment contract in transforming labour relations, Kluwer Law International, La Haya, Holanda 1995.
- Botteselle Rodríguez, Rodolfo y Sebastián Franco Ávalos: "Conflictos entre afiliados e Isapres y entre afiliados y Fonasa" Memoria para optar al grado de licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. 2004
- Bustos León, Rebeca: "El Servicio doméstico como forma particular de inserción laboral y adaptación urbana de la mujer migrante en Chile 1952-1970", Tesis para optar al grado de Magíster en Historia con mención en Historia de América". Universidad de Chile 2004.
- Contreras Abarca, Javiera: "Teletrabajo, una expresión de flexibilidad laboral" Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago Chile, Julio 2001.
- Davenport, T.: "Un brindis por el trabajo" Harvard Deusto Review N° 89 Abril 1999

- De la Fuente Lora, Beatriz: “La mujer en el Derecho del Trabajo y su reglamentación en el ámbito internacional” Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago Chile 1990.
- Délano A, Barbara y Rosalva Todaro: “Asedio Sexual en el trabajo”, Santiago, Chile, Ediciones CEM 1993.
- Di Martino y Wirth, “Teletrabajo, un Nuevo Modo de Trabajo y de Vida”, Revista Internacional del Trabajo, vol. 109, 1990, nun. 4, Ginebra.
- Escudero, “Teletrabajo en AAVV, descentralización productiva y nuevas formas de organizar la producción, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, MTAS, 1999
- Feres Nazarola, María Ester: “Opinión sobre el documento: comentario sobre proyecto de ley que sanciona el acoso sexual” Santiago Chile, Dirección del Trabajo 1999.
- Farias, Pamela y Marcela Gómez A.: “Acoso Sexual en el trabajo: de la impunidad a la acción” Santiago Chile, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo 1999
- Gidi Luege, Andrés: “Problemática legal del teletrabajo en Chile” Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, agosto 2000.
- Hochschild A. “The Time Bind: When Work Becomes Home and Home Becomes Work. Henry Holt & Company 1997
- Humeres Magna, Hector y Humeres Noguer, Hector: “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. Editorial Jurídica de Chile, 2000 16ª edición
- Jiménez, Daniel M: “La mujer en la legislación de los Sistemas de Pensiones Reformados en América Latina”. Unidad Mujer y Desarrollo, CEPAL,2000.
- Jiménez Mira, Alexis y Parodi Masías, Juan Antonio: “La mujer y el contrato de trabajador de casa particular: una visión actual”, Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho Universidad de Chile 2004.
- Jiménez Morales, Roberto: “Trabajadores de casa particular”. Manual de consultas laborales y previsionales N° 211, diciembre 2002
- Lizama Portal, Luis: “La Dirección del Trabajo, Una explicación de la facultad de interpretar la legislación laboral chilena” Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 1998.
- Macchiavelo Contreras, Guido: “Derecho del Trabajo: Teoría Jurídica y análisis de las actuales normas chilenas”. Fondo de cultura económica, 1986
- Matthies, H, Muckenberger. U., Offe, C. Peter, E y Raasch, S: Arbeit 2000. Anforderungen an eine neugestaltung der arbeitswelt eine studie der hans bockler-stiftung, rowohlt taschenbuch verlag, Hamburg 1994.
- Mella, L: “Sobre una nueva manera de trabajar, el teletrabajo.” Aranzadi Social volumen V 1998.
- Mujica Montes, Sergio: “La trabajadora de Casa particular” Memoria para optar al grado de Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1992
- Nilles, J. “The telecommunications – transportation trade off. Options for tomorrow and today, Jala. Int, USA 1973.

- Okak, Muneto: "Negociar la flexibilidad, función de los interlocutores sociales y del Estado". Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra Suiza 2000.
- Padilla, A: "El teletrabajo como sistema de aspectos en el contexto de las organizaciones actuales", "Teletrabajo una visión multidisciplinaria", Universidad de Huelva 1998.
- Pizarro Vergara Jenny: "Término del contrato de trabajadora de casa particular" Memoria de prueba, Universidad Católica de Valparaíso 2001.
- Pla Rodríguez, Américo: "Los principios del Derecho del Trabajo" Tercera edición actualizada, Editorial Palma. Buenos Aires Argentina 1998.
- Rodriguez Sañudo, F: "La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral" Trabajo subordinado y Trabajo autónomo, Tecnos 1999.
- Sandoval, Eva y Ruiz, Amador: "Estudio sobre la discriminación de la mujer trabajadora de casa particular" Noviembre 2001
- Sanguineti, W. "La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?", Temas Laborales N° 40 1996
- Spillman y Markham "Telecommuting: acceptance, adoption and application. Journal of Computer Information Center, vol. 37 N°4, 1997
- Suazo Schwencke, Carolina Isabel: "Discriminación laboral por razón de sexo". Santiago, editorial Congreso 2000
- Thayer Arteaga y Novoa Fuenzalida, Patricio: "Manual de Derecho del Trabajo" Tomo 1 Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1997.
- Ugarte, José Luis: "Mujer, Discriminación y Derecho". Revista laboral chilena, Julio 1997.
- Valdés Monje, Catalina: "Acoso sexual laboral", Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001
- Yañez J y S: "Sindicalismo, Género y flexibilidad en el MERCOSUR y Chile. Inserción laboral femenina", fundación Friedrich Evert y Centro de Estudio de la Mujer, Santiago Chile, 1999.

Publicaciones y encuestas :

- "Hablan las personas: situación de las mujeres en el mundo laboral", documento de trabajo número 77, Departamento de estudio y estadísticas del Servicio Nacional de la Mujer, Unidad de encuestas de la Facultad de Economía de la Universidad de Chile y Centro de Estudios de la Mujer. Santiago, octubre 2002.
- Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, "Trabajo a Distancia". Madrid, 1992.
- "Primer congreso de trabajadoras de casa particular". Anecap, Santiago Chile, Agosto de 2000.

- “Salud previsional y cobertura femenina” documento de trabajo número 61. Sernam, Departamento de planificación y estudios, y Departamento de coordinación intersectorial. Diego López, diciembre 1998.
- “Segunda jornada de capacitación, sobre prevención de riesgos dirigidos a la trabajadora de casa particular” Gobierno de Chile: Instituto de Normalización Previsional, Dirección Regional Metropolitana, Unidad de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 2002.
- “Trabajadora de casa particular, conoce y defiende tus derechos”. Sernam 1995.
- Encuesta laboral ENCLA 1999. Dirección del Trabajo. Departamento de Estudios 2000

Sitios web

www.cem.cl : “Consideraciones sobre flexibilidad laboral planteadas desde una mirada de género”. Autor Sonia Yañez 1999

www.cep.cl : “Desafíos futuros en el campo laboral” Capítulo V. autor Fernando Coloma.

www.colegioabogados.cl : “el teletrabajo: una solución para nuestros tiempos” Revista 21, Autor Maria Cristina Gajardo H.

www.conocedoras.cl AFPs Discriminan a las Mujeres.

www.chilecapacita.cl : “Sernam pide urgencia a proyecto de ley sobre acoso sexual” Diario La Segunda, 6 de Enero de 2004.

www.chileunido.cl : Maternidad y Trabajo, son compatibles.

www.legalinfo-panama.com : “Méndez Illueca, Haydé: “El acoso-hostigamiento sexual de las mujeres en el empleo”.

www.lexisnexis.cl : Kunsemüller, Carlos: “Acoso sexual: criminalización versus descriminalización”.