

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ANALISIS ECONOMICO DE LAS NORMAS LABORALES PROTECTORAS DE LA MATERNIDAD

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Estrella Dalva De Carvalho González

Alejandra Andrea Soto Díaz

Profesor Guía Luis Lizama Portal

Santiago, Junio del 2005

TABLA DE CONTENIDO . . .	6
CAPITULO INTRODUCTORIO . . .	12
INTRODUCCIÓN . . .	12
2. METODOLOGÍA . . .	13
3. JUSTIFICACIÓN . . .	13
4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA . . .	14
5. HIPÓTESIS . . .	14
6. OBJETIVOS . . .	14
CAPITULO PRIMERO ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO . . .	16
EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL METODO UTILIZADO . . .	16
A. Consideraciones previas: . . .	16
B. El método económico: . . .	16
LA TEORIA DE LA ELECCION RACIONAL DEL CONSUMIDOR: HOMUS ECONOMICUS. . .	17
A. Consideraciones previas: . . .	17
B. Criterio de la racionalidad y el egoísmo: . . .	17
C. Supuestos de la elección racional del consumidor ¹³ : . . .	21
2. TEOREMA DE COASE. . .	26
A. Generalidades . . .	26
B. Asignación de los derechos en un mundo sin costos de transacción. . .	27
C. Asignación de derechos en un mundo con costos de transacción. . .	28
RICHARD POSNER . . .	29
A. El papel de la Eficiencia. . .	29
4. GUIDO CALABRESI . . .	33
A. Postulados de Calabresi . . .	33
B. El sentido de la regulación . . .	34
C. Definición de costos . . .	36
D. Valoración de los costos . . .	38
E. Test final de la justicia . . .	43
5. VILFREDO PARETO . . .	45
A. Generalidades: Su concepto de utilidad. . .	45
B. Su aporte a la Economía: El Criterio u Óptimo Pateriano . . .	48
TEORIA DEL EQUILIBRIO EFICIENTE DE KALDOR-HICKS . . .	54
A. Generalidades . . .	54
B. Teoría del Equilibrio Eficiente . . .	55
CAPITULO SEGUNDO ESTUDIO DE LAS NORMAS PROTECTORAS DE LA MATERIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL Y SOCIAL . . .	58
A. Consideraciones previas: . . .	58
Protección de la maternidad en nuestra Constitución y el principio de no discriminación . . .	58
B) Protección de la maternidad a nivel legal: . . .	60

B. Estudio de las Normas Protectoras de la Maternidad desde el punto de vista Laboral. . .	61
Introducción: . . .	61
Ámbito de aplicación de las normas sobre protección a la maternidad: . . .	62
1º PROHIBICION DE REALIZAR TEST DE EMBARAZO: . . .	63
2º SISTEMA DE DESCANSOS PRE Y POST-NATALES: . . .	63
3º DESCANSO SUPLEMENTARIO, PRORROGADO Y DE PLAZO AMPLIADO. . .	67
4º SUBSIDIO POR MATERNIDAD. . .	68
Subsidio maternal: . . .	69
5º SUSPENSION DE LA RELACION LABORAL PARA ATENDER AL CUIDADO DEL HIJO. . .	69
6º PERMISO Y SUBSIDIO DE IMPLANTACION FAMILIAR: . . .	73
7º ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y FUERO MATERNAL. . .	73
8º INCAPACIDAD DE OBRAR DE LA MUJER EMBARAZADA . . .	85
9º DERECHO A SALAS CUNAS . . .	88
10º DERECHO A ALIMENTACION DEL MENOR . . .	94
10º FISCALIZACION Y SANCIONES . . .	97
C. Estudio de las Normas Protectoras a la Maternidad desde el punto de las Normas de la Seguridad Social: . . .	99
Aspectos generales: . . .	99
A) Subsidio Maternal. . .	100
CAPITULO TERCERO APLICACION DE LAS DIVERSAS TEORIAS DEL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO A LAS NORMAS PROTECTORAS DE LA MATERNIDAD . . .	111
A) Introducci3n: . . .	111
Aplicaci3n de los principios del an3lisis econ3mico del derecho a la movilidad funcional de la trabajadora embarazada. . .	112
A) Aplicaci3n de la teor3a de la elecci3n racional u homus economicus. . .	112
B) Aplicaci3n de la teor3a de la oferta y demanda. . .	113
C) Aplicaci3n del principio de que los recursos tienden a gravitar a sus usos m3s valiosos. . .	113
D) Aplicaci3n del principio de que los consumidores siempre tratan de maximizar su beneficio o utilidad, o minimizar sus costos. . .	114
Aplicaci3n de los principios del an3lisis econ3mico del de derecho al fuero laboral. . .	114
A) Aplicaci3n de la teor3a de la elecci3n racional u homus economicus. . .	114
B) Aplicaci3n de la teor3a de la oferta y demanda. . .	116
C) Aplicaci3n del principio de que los recursos tienden a gravitar a sus usos m3s valiosos. . .	117
D) Aplicaci3n del principio de que los consumidores siempre tratan de maximizar su beneficio o utilidad, o minimizar sus costos. . .	117
Aplicaci3n de los principios del an3lisis econ3mico del derecho al permiso pre y post natal, subsidio maternal y permiso por enfermedad del hijo menor de un a3o. . .	118
4. Aplicaci3n de los principios del an3lisis econ3mico del derecho, al derecho al derecho de sala cuna. . .	120
A) Aplicaci3n de la teor3a del homus economicus. . .	120

B) Aplicación del principio de que los recursos tienden a gravitar a sus usos más valiosos. . .	121
C) Aplicación de la teoría de la oferta y demanda. . .	122
5. Aplicación de los principios del análisis económico del derecho al derecho de alimentación. . .	123
CAPITULO CUARTO ANÁLISIS DE LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS DERIVADOS DE LAS NORMAS PROTECTORAS DE LA MATERNIDAD . .	124
A. Introducción. . .	124
B. El Costo Laboral, Costos Directos e Indirectos. . .	125
C. Determinación de los Costos laborales Directos e Indirectos Resultado de las Normas que Protegen la Maternidad. . .	126
D. Costos Derivados de la Maternidad. . .	128
Análisis de los Costos Directos e Indirectos derivados de la Movilidad Funcional de la Trabajadora Embarazada . . .	128
Análisis de los Costos Directos e Indirectos del Fuero Laboral. . .	132
Análisis de los Costos Directos e Indirectos del Permiso Pre y Post Natal, Subsidio Maternal y Permiso por Enfermedad del Hijo Menor de un Año. . .	135
Análisis de los Costos Directos e Indirectos del Permiso para la Alimentación del Hijo Menor de Dos Años. . .	142
Análisis de los Costos Directos e Indirectos del Derecho a Sala Cuna. . .	143
6. Análisis de los Costos derivados del Derecho a Sala Cuna. . .	145
E. Resumen de los Costos Derivados de las Normas Protectoras de la Maternidad . .	171
CAPITULO QUINTO ANALISIS: ¿SON EFICIENTES LAS NORMAS PROTECTORAS DE LA MATERNIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONOMICO? . .	172
CAPITULO SEXTO ROL DEL ESTADO CON RELACION A LAS NORMAS PROTECTORAS DE LA MATERNIDAD . .	180
CONCLUSION . .	188
RESULTADOS OBTENIDOS . .	188
2. OPINIONES SOBRE LA MATERIA . .	190
BIBLIOGRAFIA . .	194

TABLA DE CONTENIDO

CAPITULO INTRODUCTORIO

Introducción
Metodología
Justificación
Planteamiento del problema
Hipótesis
Objetivos

CAPITULO PRIMERO

Análisis Económico del Derecho
Análisis Económico del Derecho y Método Utilizado
Consideraciones previas
Método económico
Teoría de la Elección Racional del Consumidor
Consideraciones previas
Criterio de la racionalidad y el egoísmo
B.1 Criterio racionalidad basado en egoísmo
B.2 Criterio racionalidad basado objetivo inmediato
C) Supuestos de la elección racional del consumidor
D) La conducta económica racional y la mano invisible
3. Teorema de Coase
A) Generalidades
B) Asignación de los derechos en un mundo sin costos de transacción
C) Asignación de los derechos en un mundo con costos de transacción
4. Richard Posner
A) Papel de la eficiencia
5. Guido Calabresi
A) Postulados de Calabresi
B) El sentido de la regulación
C) Definición de costos
D) Valoración de costos

E) Test final de la justicia

6. Vilfredo Pareto

A) Generalidades

B) Su aporte a la economía: Optimo de Pareto

7. Teoria Equilibrio Eficiente Kaldor-Hicks

A) Generalidades

B) Teoria del equilibrio eficiente

CAPITULO SEGUNDO

Estudio de las normas protectoras de la maternidad desde un punto de vista laboral y social

1. Consideraciones Previas

A) Protección de maternidad en nuestra Constitución

B) Protección de la maternidad a nivel legal

2. Estudio de Normas Protectoras de Maternidad desde el punto de vista Laboral.

A) Introducción

B) Ámbito de aplicación

C) Prohibición de realizar test de embarazo

D) Sistema de descanso pre y post- natales

E) Descanso suplementario, prorrogado y de plazo ampliado

F) Subsidio por maternidad

G) Suspensión de la relación laboral para atender cuidado del hijo

H) Permiso y subsidio de implantación familiar

I) Estabilidad en el empleo y fuero maternal

J) Incapacidad de obrar de la mujer embarazada

) Derecho a salas cunas

L) Derecho a alimentación del menor

M) Fiscalización y sanciones

3. Estudio de Normas Protectoras de Maternidad desde el punto de vista de la Seguridad Social

A) Aspectos Generales

B) Subsidio maternal

C) Asignación familiar

CAPITULO TERCERO

Aplicación de las diversas teorías del análisis económico del derecho a las normas protectoras de la maternidad

A) Introducción

1. Aplicación de los Principios del Análisis Económico del Derecho a Movilidad Funcional de Trabajadora Embarazada

A) Aplicación de la teoría de la elección racional

B) Aplicación de la teoría de la oferta y demanda

C) Aplicación del principio de que los recursos tienden a gravitar a sus usos más valiosos

D) Aplicación del principio de que los consumidores siempre tratan de maximizar su beneficio o utilidad, o minimizar sus costos.

2. Aplicación de los Principios del Análisis Económico del Derecho al Fuero Maternal

A) Aplicación de la teoría de la elección racional

B) Aplicación de la teoría de la oferta y demanda

C) Aplicación del principio de que los recursos tienden a gravitar a sus usos más valiosos.

D) Aplicación del principio de que los consumidores siempre tratan de maximizar su beneficio o utilidad, o minimizar sus costos.

3. Aplicación de los principios del análisis económico del derecho al permiso pre y post natal, subsidio maternal y permiso por enfermedad del hijo menor de un año.

4. Aplicación de los Principios del Análisis Económico del Derecho, al Derecho de Sala Cuna

A) Aplicación de la teoría de la elección racional

B) Aplicación del principio de que los recursos tienden a gravitar a sus usos más valiosos.

C) Aplicación de la teoría de la oferta y la demanda

5. Aplicación de los Principios del Análisis Económico del Derecho al Derecho de Alimentación.

CAPITULO CUARTO

Análisis de los costos directos e indirectos derivados de las normas protectoras de la maternidad

1. Introducción

2. El Costo Laboral, Costos Directos e Indirectos

3. Determinación de Costos Laborales Directos e Indirectos:

Resultado de las Normas que Protegen la Maternidad

4. Costos Derivados de la Maternidad

A) Análisis de los costos directos e indirectos derivados de movilidad funcional de trabajadora embarazada

B) Análisis de los costos directos e indirectos derivados del fuero laboral.

C) Análisis de costos directos e indirectos del permiso pre y post-natal, subsidio maternal y permiso por enfermedad del hijo menor de un año.

D) Análisis de costos directos e indirectos para la alimentación del hijo menor de dos años

E) Análisis de costos directos e indirectos del derecho a sala cuna

F) Análisis de los costos derivados del derecho a sala cuna

G) Análisis de los costos derivados del derecho a alimentación

H) Resumen de los costos derivados de las normas protectoras de la maternidad

CAPITULO QUINTO

Análisis: ¿Son eficientes las normas protectoras de la maternidad desde un punto de vista económico?

CAPITULO SEXTO

Rol del Estado con relación a las normas protectoras de la maternidad

CONCLUSION

1. Resultados Obtenidos

2. Opiniones Sobre la Materia

BIBLIOGRAFIA

TABLA DE CUADROS

CUADRO 1: Trabajadores por sexo según relación contractual, año 1998

CUADRO 2: Promedio de remuneración líquida mensual, por tipo de relación contractual y por sexo

CUADRO 3: Cotizaciones en la seguridad social, por sexo y tipo de relación contractual

CUADRO 4: Solicitud de cambio de trabajo

CUADRO 5: Tipo de trabajo realizado por trabajadora a otro tipo de trabajo

CUADRO 6: Trabajadoras que en periodo de embarazo desempeñaron trabajos prohibido por la ley

CUADRO 7: Trabajadoras que realizaron esfuerzos riesgosos para su salud en período de embarazo

CUADRO 8: Trabajadoras que trabajaron en un ambiente laboral desfavorable según factores físicos.

CUADRO 9: Trabajadoras que en su periodo de embarazo realizaron trabajos prohibidos por la ley, según la existencia o no de sindicato en la empresa

CUADRO 10: Reacción empresarial ante comunicación de embarazo de la trabajadora

CUADRO 11: Formas de hostigamiento hacia las trabajadoras

CUADRO 12: Presiones para abandonar el trabajo, durante el embarazo

CUADRO 13: Opinión de los empleadores y trabajadoras en cuanto al descanso maternal

CUADRO 14: Razones de las trabajadoras para no usar de este derecho el padre

CUADRO 15: Opinión de los empleadores y trabajadoras sobre el permiso para cuidar al hijo enfermo

CUADRO 16: Partos según tipo de relación contractual

CUADRO 17: Situación del beneficio de sala cuna en empresas de menos de 20 trabajadoras

CUADRO 18: Situación del beneficio de sala cuna en empresas con más de 20 trabajadoras

CUADRO 19: Situación como opera el derecho de sala cuna, según tamaño de empresa (numero de empresas)

CUADRO 20: Cumplimiento de la obligación de sala cuna en empresas con 20 o más trabajadoras, según presencia-ausencia sindical

CUADRO 21: Situación de las trabajadoras con hijos menores de 2 años en las empresas, según uso del beneficio de sala cuna

CUADRO 22: Usuaris de salas cunas según ocupaciones

CUADRO 23: Distribución de los montos de los bonos otorgados a las trabajadoras

CUADRO 24: Usuaris de salas cunas según ingresos

CUADRO 25: Opinión de las usuarias respecto del traslado hacia y desde la sala cuna

CUADRO 26: Opinión de usuarias respecto de los cuidados que reciben sus hijos

CUADRO 27: Opinión de las usuarias respecto de la adecuación de los horarios de sala cuna

CUADRO 28: Opinión respecto del mínimo de trabajadoras por empresa para que exista la obligación de sala cuna

CUADRO 29: Opinión respecto de la ubicación de las salas cunas 459

CUADRO 30: Opinión respecto de la norma vigente de sala cuna 461

CUADRO 31: Costos de la obligación de sala cuna, según modalidad adoptada

CUADRO 32: Situación de trabajadoras con hijos menores de 2 años en empresas con 20 y más trabajadoras, según uso del beneficio de sala cuna

CUADRO 33: Opinión respecto de la norma sobre financiamientode sala cuna

CUADRO 34: Conocimiento del derecho de alimentación declarado por las trabajadoras

CUADRO 35: Modalidad del permiso para alimentar al hijo en empresas que tienen esta obligación

CUADRO 36: Modalidad del uso del tiempo para alimentar al hijo, según forma de cumplir la obligación de sala cuna

CUADRO 37: Empresas según el número de trabajadoras y otorgamiento del derecho de alimentación.

CUADRO 38: Empresas según otorgan o no el derecho de alimentación y según la modalidad de cumplir con la obligación de sala cuna

CUADRO 39: Uso del beneficio de alimentación en empresas donde laboran menos de 20 mujeres

CUADRO 40: Uso del beneficio de alimentación en empresas donde laboran 20 o más mujeres

CUADRO 41: Motivos de las trabajadoras para no hacer uso del beneficio de alimentación del menor de 2 años

CUADRO 42: Opinión acerca del derecho de alimentación del menor de 2 años, según cargo del informante de la empresa

CUADRO 43: Opiniones acerca del derecho de alimentación del menor de dos años

CUADRO 44: Tipo de costos que produce en las empresas las normas protectoras a la maternidad.

CUADRO 45: Composición de la población económica activa en Chile

CAPITULO INTRODUCTORIO

INTRODUCCIÓN

La presente Memoria, denominada “Análisis Económico de las Normas Protectoras a la Maternidad”, se basa, principalmente, en el desarrollo de dos grandes temas: el primero, enmarcado en el estudio del Análisis Económico del Derecho, el cual consiste en una disciplina moderna que aplica los principios y técnicas de la ciencia económica al estudio del derecho. En el presente estudio, a las normas protectoras a la maternidad y, desde otro punto de vista, el estudio de las normas de carácter laboral y social que protegen la maternidad en nuestro país.

Las normas protectoras de la maternidad, se enmarcan dentro del rol del Estado de dar protección a la población y el resguardo de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, tal como se encuentra establecido en nuestra Carta Fundamental.

El objetivo de este conjunto de normas protectoras, es hacer compatible la maternidad con el desempeño laboral de la mujer, para lo cual, el Estado por medio del órgano Legislativo, establece las normas tendientes a la protección de la mujer trabajadora embarazada y del hijo que esta por nacer.

Debe destacarse que no es una mera protección de la mujer trabajadora embarazada y del hijo que esta por nacer, ya que una adecuada protección de la maternidad aprovecha a toda nuestra sociedad, sin distinción de sexo ni edad. En este caso podríamos afirmar que estamos en presencia de un objetivo socio-cultural del Estado pues considera deseable que no sea incompatible para la mujer la actividad laboral con la maternidad y que el establecimiento de dichas normas no vaya en desmedro de la igualdad de acceso al trabajo entre hombres y mujeres y, principalmente, de la remuneración entre ambos.

Pero esta presentación, no consiste solamente el estudio de los principios básicos del Análisis Económico del Derecho y de las normas laborales y de carácter social que protegen la maternidad en nuestro país, último tema, que ha sido ampliamente estudiado por la doctrina nacional e internacional, a diferencia del primero, que no ha sido desarrollado en nuestra literatura nacional, si no que, pretendemos entregar un enfoque mucho más profundo y detallado, ya que aplicaremos, en la medida posible, los diversos postulados básicos de la teoría económica expuestos en esta presentación a dichas normas protectoras, para determinar si nuestra legislación nacional frente al presente tema es eficiente o no, en el sentido que el establecimiento de dichas normas arrojan mayores beneficios económicos que el establecimiento de otras normas, o directamente la desregulación del tema.

Con la presente memoria, pretendemos entregar un estudio de las normas laborales y sociales que protegen la maternidad, no sólo desde un punto de vista legislativo, lo cual, como ya hemos señalado, ha sido ampliamente desarrollado por nuestra literatura nacional e internacional, si no, además, analizar económicamente dichas normas de acuerdo a los postulados fundamentales de la teoría económica, determinar sus costos económicos, ya sean estos directos e indirectos, las personas que se encuentran en la obligación de asumirlos, las personas que se ven afectadas negativamente por estos, el respecto

por parte de los empleadores de la normativa, el conocimiento de ésta por parte de las trabajadoras y trabajadores, las consecuencias sociales de dichas normas, para por fin determinar, si son eficientes o no, las normas protectoras de la maternidad, establecidas en nuestra legislación.

2. METODOLOGÍA

La presente investigación es de tipo explicativa. Se acudió, al método analítico-sintético, tanto para estudiar los principios básicos de la teoría económica, como de las normas de carácter laboral y social que protegen la maternidad en nuestro país, así como las consecuencias económicas y sociales de estas.

La presente investigación se basa principalmente en trabajo documental, recurriendo a la sistematización bibliográfica para posibilitar un completo y detallado análisis tanto de las normas laborales y sociales que protegen la maternidad como de los principios básicos de la teoría económica. También nos basamos en el análisis directo de diversas leyes, principalmente en aquellas áreas en las cuales no hay desarrollo doctrinario, o aquél, es muy escaso. Recurrimos además, al análisis directo de diversas encuestas elaboradas tanto por la Dirección del Trabajo, el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), como por el Ministerio de Planificación y Urbanismo (MIDEPLAN).

Desde ya, queremos manifestar la dificultad en la cual nos encontramos al desarrollar el tema de la presente tesis, ya que en nuestra doctrina nacional, no hay aplicación de modelos económicos a normas legislativas, menos aún, a algún tipo de norma laboral que nos haya servido de apoyo y guía en el desarrollo de esta presentación, ni tampoco análisis de costos. Nos encontramos frente a un tema aún no desarrollado en nuestra doctrina nacional, y de amplia complejidad.

Por último, debemos señalar que no es menor en el desarrollo de esta Memoria, como se podrá ver a continuación, el aporte de la experiencia personal que cada una obtuvo en la práctica profesional, ya que el despido injustificado de mujeres con fuero maternal, y otro tipo de violaciones a las normas protectoras a la maternidad, son uno de los problemas más frecuentes que se deben solucionar por las Corporaciones de Asistencia Judicial. Por lo cual, nuestra experiencia personal y opinión en este tema, lo hemos ido exponiendo en el desarrollo de esta presentación.

3. JUSTIFICACIÓN

Estudiando las normas protectoras de la maternidad desde un punto de vista laboral y social, nos percatamos que uno de los principales problemas de estas normas, es que se ve a la maternidad a pesar de su rol fundamental para la humanidad, como un tema de raigambre únicamente femenina, siendo que una adecuada protección a la maternidad, en la cual, los costos de estas normas sean asumidos por sociedad en su conjunto y no sólo por las mujeres, en desmedro de éstas, como lo es en la actualidad, manifestándose ya sea en la desigualdad de acceso al trabajo, desigualdad de remuneraciones, o simplemente en un trato digno.

Lo novedoso de esta tesis, es que además de estudiar desde un punto de vista laboral y social, las normas que protegen la maternidad en nuestro país, nos encargamos de analizar económicamente dichas normas desde el punto de vista de la teoría económica, además de determinar que tipo de costos acarrearán, quién se ve en la obligación de asumirlos, y quien se ve afectado por los costos consecuencia de esta normativa.

De otro punto de vista, creemos que la presente investigación, puede contribuir a ver las normas protectoras de la maternidad, desde un punto más amplio que el sólo legislativo, ya que analizaremos las consecuencias sociales y además económicas de esta normativa, que no ha sido abarcado por nuestra doctrina nacional.

4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El planteamiento de la presente tesis se puede sintetizar en las siguientes preguntas:

- ¿Son eficientes las normas que protegen la maternidad en nuestro país?
- ¿Cuáles son los costos económicos que arrojan dichas normas?
- ¿Qué consecuencias económicas y sociales arrojan dichas normas?
- ¿Se respeta las normas protectoras de la maternidad en nuestro país?

5. HIPÓTESIS

“Las normas protectoras a la maternidad en nuestro país, arrojan costos económicos que inciden negativamente en la contratación de mujeres, ya sea en el derecho de igualdad al acceso al trabajo, como en sus remuneraciones, además de prejuicios y malos tratos hacia las mujeres trabajadoras”.

“La maternidad, a pesar de ser el hecho fundamental para el desarrollo y crecimiento de la humanidad, en nuestra legislación es asumida en forma casi exclusiva por las mujeres trabajadoras, con las consiguientes repercusiones negativas hacia éstas.”

6. OBJETIVOS

Entender que se entiende por Análisis Económico del Derecho.

Estudiar las normas que protegen la maternidad en nuestro país, desde un punto de vista laboral y social.

Aplicar los principios básicos de la teoría económica a las normas protectoras a la maternidad.

Analizar los costos económicos consecuencias de dichas normas.

Analizar las consecuencias sociales de las normas protectoras a la maternidad.

Determinar si son eficientes las normas protectoras a la maternidad.

Identificar en que aspectos el Estado debe intervenir para un mejor tratamiento del tema.

CAPITULO PRIMERO ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL METODO UTILIZADO

A. Consideraciones previas:

Se entiende por Análisis Económico del Derecho, una disciplina moderna que consiste en aplicar los principios y técnicas de la ciencia económica al estudio del derecho.

Entre, las funciones del derecho, se señala como función básica la mediación de los conflictos, lo cual se lleva a cabo mediante el establecimiento de “legitimidades” que consisten en establecer lo que está “bien o mal” en una sociedad determinada, lo que está “permitido” o “prohibido” realizar por los destinatarios de las normas jurídicas. Al establecer esto, el derecho también establece “incentivos” o “desincentivos” que inducen a los destinatarios de tales normas a actuar de tal o cual manera. El resultado de la actuación de tales destinatarios, afecta el bienestar social (efecto eficiencia) y a la distribución ésta entre los distintos grupos e individuos existentes en una sociedad determinada (efecto distributivo o de equidad).¹

Por lo tanto, el establecimiento de normas determinadas crean “incentivos” o “desincentivos” que inducen a las personas a actuar de una manera determinada, lo que se traduce en resultados “buenos” o “malos” socialmente, lo cual debe ser analizado mediante un método o procedimiento determinado, que en el caso denominaremos “método económico”.

B. El método económico:

En economía se establecen “supuestos básicos”, “postulados” o “hipótesis”, aceptados en forma general por los economistas, que constituyen los puntos de partida para establecer las condiciones del análisis de un caso determinado.

Seleccionamos estos “supuestos básicos”, postulados” o “hipótesis” de acuerdo a su aceptación general e importancia, los cuales expondremos a continuación del tema en estudio.

Así, en el método económico, se parte de una hipótesis de partida (“supuesto básico”, “postulados” o “hipótesis”) y mediante la aplicación de modelos determinados, consideración que se traduce en simplificaciones del caso en estudio y a la aplicación de variables determinadas, sin intervención de las restantes, se llega a conclusiones que se contrastan con la realidad social. El hecho de contrastar estas conclusiones con la realidad

¹ Pastor, Santos. 1989. “Sistema jurídico y economía: Una introducción al análisis económico del derecho.” Madrid. Editorial Tecnos. P. 27.

social determina el grado de validez de los supuestos, de las teorías, o de las propias conclusiones.²

Estas conclusiones se contrastan con las que resultaren de la aplicación de otras normas jurídicas que fueren accesible para determinar si son mejores o peores.

Así, el Análisis Económico del Derecho se puede utilizar para analizar cualquier comportamiento humano, aunque, como se verá en el desarrollo de esta presentación, no siempre la conducta humana conducirá al resultado “eficiente”, por tanto en esta confluyen no sólo el interés “racional” y maximizador”, si también otros interés no económicos que en el caso concreto se privilegian.

A continuación expondremos los “postulados”, “hipótesis”, o “supuestos básicos” que consideramos de importancia fundamental del análisis económico del derecho.

LA TEORIA DE LA ELECCION RACIONAL DEL CONSUMIDOR: HOMUS ECONOMICUS.

A. Consideraciones previas:

La Economía es considerada como la ciencia que estudia la elección de los individuos, en un mundo donde los bienes son escasos con relación a la multiplicidad de necesidades humanas³.

El problema de la escasez siempre estará presente, incluso cuando los recursos materiales sean abundantes. Podríamos estar presente frente a un problema de escasez de recursos no materiales, como sería por ejemplo; limitaciones de tiempo, la energía y la capacidad física para realizar nuestras actividades ordinarias.

En toda elección que debe tomar un individuo en la vida diaria, hay en mayor o menor medida un problema de escasez.

En la mayoría de las ocasiones nos encontramos frente a un problema de escasez de recursos materiales y, dentro de estos, específicamente de recursos monetarios. Pero además, en muchas otras oportunidades, nos encontramos que en el problema de la escasez, no se trata de recursos materiales, si no de recursos no materiales, como los ya citados anteriormente.

Hacer frente a uno u otro problema de escasez, constituye la esencia de la condición humana. Forma parte de la existencia del hombre. Si nunca una persona se ve enfrentada a algún tipo de escasez, ya sea de recursos materiales o no materiales, las decisiones que tomara en su vida cotidiana, casi, no tendrían importancia.

B. Criterio de la racionalidad y el egoísmo:

² Pastor, Santos. 1989. Op. cit p. 33.

³ Posner, Richard. 1977. *Economic analysis of law*. 2ª ed. Boston y Toronto. Ed. Little, Brown Co. P.3.

Ser racional significa tomar decisiones en base al criterio del costo-beneficio, lo cual significa que una persona debe realizar una actividad determinada, sólo si los beneficios de esa actividad, son superiores a los costos que ella genera.

La premisa fundamental del análisis económico consiste en el supuesto de que los individuos son seres racionales. Sin embargo, el concepto de racionalidad anteriormente señalado, es objeto de distinciones importantes por parte de los economistas.

Así, nos encontramos frente a dos posiciones del concepto de racionalidad; uno es el criterio de la racionalidad basado en el egoísmo, y el otro es el criterio de la racionalidad basado en el objetivo inmediato.⁴

A) Criterio de la racionalidad basado en el egoísmo:

Según este criterio, las personas actúan racionalmente si sólo consideran los costos y beneficios que les afectan directamente a ellos.

Esta postura sostiene de partida que los motivos que mueven a los individuos a actuar son egoístas. Según este criterio, no se tienen en cuenta otras motivaciones que pueda tener el individuo al actuar, como serían por ejemplo, el altruismo, la fidelidad a los principios, la justicia, amor, etc.

Para este criterio las personas son esencialmente egoístas.

Este modelo del egoísmo, no tiene en cuenta el hecho de que somos seres que no sólo están hechas de razón, si no que también tenemos otras características que nos influyen en nuestras elecciones como consumidor de bienes, como serían nuestros hábitos, gustos, etc. Sin duda, la razón ejerce gran influencia en nuestras decisiones, pero no es la única fuerza importante que lleva a un individuo a elegir como actuar en nuestra vida cotidiana.

Criterio de la racionalidad basado en el objetivo inmediato.

Según este criterio, una persona es racional, si es eficiente en la realización de los objetivos que tenga en cada momento.

Este criterio, más general que el anterior, admite móviles que el criterio anterior no admitía, como la racionalidad, los principios, el deber, etc.

La evaluación que se hace a este criterio de la racionalidad, es que permite demasiado, incluso las conductas excéntricas o dañinas para el propio sujeto simplemente porque les "gusta" en ese momento.

La teoría formal de la elección racional del consumidor, puede desarrollarse en base a cualquiera de estos dos criterios de la racionalidad. Sin embargo, la mayoría de los economistas parten sus investigaciones reales en base a alguna versión del criterio de la racionalidad basada en el egoísmo.

Como se verá a continuación, el individualismo metodológico⁵ se basa en el criterio de la racionalidad basada en el egoísmo para explicar lo que se entiende por conducta racional del consumidor u *homo economicus*.

Como lo señalábamos anteriormente, la teoría del *homo economicus*, constituye el supuesto inicial sobre el cual se constituye toda la base del análisis económico del derecho.

⁴ Frank, Robert H. 2001. *Microeconomía y conducta*. Madrid. Editorial. *Mc Graw Hill*. P. 227.

⁵ Torres López, Juan. 1987. *Análisis económico del derecho*. Panorama doctrinal. Editorial Tecnos. P. 30.

Esta idea de la conducta maximizadora del hombre, nace del ensayo de Stuart Mill titulado: “Sobre la Definición de la Economía Política” de 1836, donde afirma que la ciencia económica actúa “bajo supuestos de que el hombre es un ser destinado, por naturaleza, en preferir más riqueza a menos riqueza”⁶.

El individualismo económico que analiza los problemas que la ciencia económica intenta resolver en base a los comportamientos de los individuos de la sociedad, considera al bienestar social como el bienestar de cada uno de sus miembros e, incluso, las acciones o decisiones que el gobierno de un Estado establezca, se contemplarán como resultados de los comportamientos de los individuos que conforman los distintos poderes del Estado⁷.

De este presupuesto individualista, Torres López señala que se derivan dos consecuencias:

Que los individuos son capaces de juzgar su propio bienestar;

Que sus juicios no dependen del bienestar, o de la situación de los demás individuos, es decir, que se excluye el comportamiento altruista como norma de conducta económica y otras motivaciones que mueven al individuo a actuar.

La primera de estas consecuencias, según Torres López, se traduce que el objetivo perseguido por el sujeto económico es la maximización de su propio beneficio o utilidad y que ello se realiza mediante una conducta racional del individuo.

La racionalidad es interpretada por este autor, en el sentido de que el sujeto siempre tiende a realizar acciones consistentes, es decir, que elige aquellas alternativas que le parecen mejores que las otras alternativas que están a su alcance, es decir, que debe proceder a hacer un análisis del costo-beneficio de las distintas opciones que están a su alcance, y elige la que le reporte mayor utilidad o menores costos, como ya lo señalábamos anteriormente en la definición de ser racional.

Se dice, que si una alternativa ha sido elegida, es porque al sujeto le reporta más utilidad, satisfacción o beneficio que las alternativas que fueron desechadas.

La segunda consecuencia señalada por Torres López del presupuesto individualista de la conducta económica racional del consumidor, se traduce en que al individuo le interesa la satisfacción de su propio interés, y su conducta económica no es guiada por una posición altruista. Para este autor, el individuo se presenta ante la sociedad con una determinada función de utilidad. (Como ya lo explicamos anteriormente, este autor sigue la versión del criterio de la racionalidad basado en el egoísmo, ya que sólo considera que el individuo al actuar, sólo tiene en cuenta los costos y beneficios que la afecten directamente a él, y no considera que el individuo pueda ser guiado en el actuar también por otro tipo de móviles como los desinteresados).

Para Schafer y Ott, la conducta maximizadora consiste: “en la suposición de que los hombres persiguen su propio interés, la mayoría de las veces egoístamente, y que proceden racionalmente en la consecución de este objetivo⁸” (como puede observarse, esta explicación sigue mayoritariamente el concepto de racionalidad basado en el egoísmo, pero no descarta tajantemente que el individuo pueda ser guiado por otro tipo de móviles “no egoístas” en el actuar).

⁶ Ugarte, José Luis. 2001. El derecho del trabajo y sus enemigos: aproximación al análisis económico del derecho. Fundación de Cultura Universitaria. P. 5

⁷ Torres López, Juan. 1987. Op. cit. p. 30.

⁸ Schafer, h. y Ott. 1991. Manual de análisis económico del derecho civil. Editorial Tecnos. P. 61.

Para José Luis Ugarte⁹ el concepto de racionalidad, sólo requiere una cierta “consistencia en las acciones individuales”. Esta no se traduce necesariamente en el cálculo consciente del individuo, ya que este supuesto no exige para este autor, que el individuo tenga un estado psicológico o de conciencia en sus diversas acciones que busque maximizar sus satisfacciones, sólo basta que el comportamiento se ajuste al “modelo de la elección racional”. Tampoco se requiere para estar frente a esta conducta maximizadora que el individuo sea un ser egoísta, ya que el no estar movido en sus actuaciones por fines altruistas, significa que el individuo busca el “interés propio”, no la desgracia o miseria de los demás.

Para Posner¹⁰, la idea del hombre como un ser maximizador racional de la riqueza, que actúa buscando su auto interés o propio bienestar, que no actúa incentivado por móviles altruistas, responde a incentivos externos, de modo que si las circunstancias que rodean a la persona cambian en tal medida que puedan aumentar o disminuir su nivel de satisfacción, la persona cambiara su conducta, adecuándose a estas nuevas circunstancias y buscando su propio autointerés o satisfacción.

En el criterio de la racionalidad basado en el egoísmo, se denomina *homo economicus* a esta clase de individuos, cuya máxima característica es la preocupación por sus propios costos y beneficios materiales personales. La conducta altruista, no es móvil de actuación para esta clase de individuos.

Claramente hay muchas personas que no encajan en este modelo de conducta basada en el egoísmo. Por ejemplo, hay personas que donan dinero a instituciones de caridad sin esperar recompensa por ello, donan sus órganos, ayudan a otras personas cuando lo necesitan, etc.

Esto no quiere decir, que los motivos egoístas no sean importantes, lo son, simplemente que el modelo basado exclusivamente en el análisis del costo-beneficio de quien actúa, no siempre es capaz de predecir como nos enfrentaremos a las decisiones diarias.

Los principios de la elección racional del consumidor, no sólo se aplica a los mercados formales de bienes y servicios, si no, que detrás de casi todos los actos humanos en mayor o menor medida, hay un cálculo explícito o implícito basado en el análisis del costo-beneficio personal de quien actúa.

Sin embargo, no han sido pocos los que han contradicho esta conducta racional del consumidor; así, el premio Nóbel Herbert Simon¹¹ dijo que los seres humanos eran incapaces de comportarse como los seres racionales que describen los modelos convencionales de la elección racional del consumidor.

Robert Frank señala como ejemplo de esta afirmación, que para los individuos las pérdidas causan menos impacto si se consideran juntas que si se consideran por separado; así también, un par de ganancias, es más atractivo si se presentan juntas que si se presentan por separado. Si se sigue exactamente el modelo de la elección racional del consumidor, no debe importar ninguno de estos dos supuestos de cada formulación¹².

⁹ Ugarte, José Luis. 2001. Op. cit. p. 6.

¹⁰ Posner, Richard. 1977. Op. cit. p. 3.

¹¹ Frank, Robert H. 1992. Op. cit. p. 259.

¹² Frank. Robert H. 1992. Op. cit. p. 281.

C. Supuestos de la elección racional del consumidor :

La teoría de la elección racional del consumidor, parte del supuesto de que los consumidores entran al mercado con sus preferencias perfectamente bien definidas. Si están dados los precios, su tarea es asignar su renta como mejor satisfaga sus preferencias personales.

La elección, puede ser descrita aproximadamente como el resultado de dos variables estrechamente relacionadas entre si. Para llevar a cabo esta tarea, hay que seguir dos pasos:

1º) Describir las diferentes combinaciones de bienes que puede comprar el consumidor (este paso se denomina conjunto de oportunidades, o si se prefiere un determinado entorno de restricciones)¹⁴.

Estas combinaciones dependen tanto de su nivel de renta, como de los precios de los bienes.

2º) Elegir de entre las combinaciones viables, aquella que prefiere a todas las demás (una escala ordinal y transitoria de preferencias)¹⁵.

Para esto, se necesita de algún instrumento que describa sus preferencias; en concreto, un resumen de la manera en que ordena todas las combinaciones de bienes viables¹⁶. Para esto, se establece una ordenación de las preferencias¹⁷

Se supone que este sistema es completo y transitorio, y que tiene la propiedad de "cuanto más, mejor". Esta ordenación de las preferencias puede variar de un consumidor a otro; pero para los economistas, esta ordenación de las preferencias tiene ciertas características coincidentes como las señaladas a continuación¹⁸ :

Cuanto más de un bien, mejor: significa simplemente que manteniéndose los demás factores constantes, se prefiere más de un bien, a menos.

Transitividad: con esta característica o propiedad se quiere decir que si tenemos cestas determinadas, en el ejemplo, cestas A, B, C; si el consumidor prefiere la cesta A a la cesta B, y además prefiere la cesta B a la cesta C; siempre preferirá la cesta A a la cesta C.

¹³ Frank, Robert H. 1992. Op. cit. p. 66.

¹⁴ El conjunto de oportunidades o restricción presupuestaria; es el conjunto de cestas accesibles al consumidor con unas rentas y unos precios determinados.

¹⁵ Peña González, Carlos. El análisis económico de las instituciones legales. Revista Apuntes de Derecho de la Universidad Diego Portales. P. 1.

¹⁶ Frank, Robert H. 1992. Op. cit. p. 66.

¹⁷ Ordenación de las preferencias: es un sistema que permite al consumidor ordenar las diferentes cestas de bienes en función de su atractivo o de sus preferencias. (Frank, op., cit., 75p). Cesta de bienes, es el término que se utiliza para describir una determinada combinación de diferentes bienes que son flujos, es decir, que son cantidades físicas por unidad de tiempo. Por ejemplo; kilos semanales, metros cuadrados semanales, ya que el consumo siempre se mide como un flujo. Respecto a este tema, es necesario no perder de vista la dimensión temporal, ya que sin ella, no sería posible saber si una cantidad dada de consumo es grande o pequeña. (Frank, op., cit. p. 67).

¹⁸ Frank, Robert H. 2001. Op. cit. p. 75.

Complejidad: si se parte del supuesto de que conocemos bien determinados bienes como para evaluarlos con precisión, una ordenación de las preferencias es completa si permite al consumidor ordenar todas las combinaciones de bienes y servicios.

Ya hemos vistos los distintos criterios o posturas que tienen los economistas sobre el concepto de racionalidad, los conceptos de conducta racional del consumidor de los autores ya señalados, la posición del individualismo metodológico, las críticas al concepto de “elección racional del consumidor”, sus pasos o etapas, y las características de las preferencias de los consumidores. Ahora, nos corresponde analizar las consecuencias, corolarios o postulados fundamentales de la economía, que los economistas postulan o deducen de esta conducta racional del consumidor; y para ello, nos guiaremos por las consecuencias señaladas por Richard Posner¹⁹ y por Juan Torres López²⁰.

Del presupuesto de la conducta económica racional del consumidor, se derivan a su vez, los siguientes conceptos fundamentales:

1º) Primer presupuesto: la ley de la oferta y la demanda:

Se establece una relación inversa entre el precio de un bien y la cantidad demandada de este. Se señala, que para la mayoría de los consumidores si el precio de un bien X sube, y los demás valores permanecen invariable, el producto costara relativamente más de lo que costaba antes ese mismo bien. Como ser “racional” que es el hombre, el consumidor reaccionará buscando la posibilidad de sustituirlo por otros bienes que prefería menos cuando el producto X estaba en el antiguo precio, pero que ahora son más atractivos para el consumidor porque comparativamente son más baratos.

En general, si el precio de un producto sube y todos los otros valores se mantienen sin variación, la cantidad de tal producto demandada por los consumidores disminuirá, y por lo tanto bajará la cantidad elaborada de estos bienes por parte de los productores.

Este análisis supone que lo único que varía es el precio relativo²¹ o la cantidad del bien, ya que si por ejemplo, la demanda creciera al mismo tiempo que el precio del bien, la cantidad demandada u ofrecida no deberían disminuir, podría incluso aumentar.

Hay que señalar, que la cantidad demandada de un bien o servicio por los consumidores, es determinada por una serie de factores específicos señalados por los economistas. No nos corresponde entrar a examinar detalladamente cuales son estos factores, pero para no dejar inconcluso el tema de la elección racional del consumidor, y las consecuencias de tal postulado, señalaremos, a modo de síntesis, los determinantes de la oferta y de la demanda²².

Determinantes de la demanda de los consumidores:

Las rentas de los individuos: en el caso de la mayoría de los bienes (los cuales los economistas denominan bienes normales), la cantidad demandada de un bien a un precio cualquiera aumenta con la renta. En los bienes denominados “inferiores” o de menor calidad, ocurre el caso contrario; a mayor renta, disminuye la cantidad demandada de ese bien a un precio cualquiera.

¹⁹ Posner, Richard. 1977. Op. cit. p. 3.

²⁰ Torres López, Juan. 1987. Op. cit. p. 31.

²¹ Si el nivel de precios sube para todos los bienes de un mercado (inflación), no se produce este efecto sobre la cantidad demandada.

²² Frank. Robert H. 1992. Op. cit. p. 46.

Los gustos: la demanda de bienes se ve claramente determinada por los gustos personales de los consumidores, ya que no todas las personas tienen los mismos gustos, ni estos, permanecen invariables con el tiempo.

Los precios de los bienes sustitutos y de los bienes complementarios: en el caso de bienes que son sustitutos de otros bienes, el aumento en el precio de estos últimos, trae como consecuencia que la demanda del bien sustituto aumente; y en caso del aumento del precio del bien al cual un producto es “complementario” hará que la demanda de ambos bienes disminuya.

Las expectativas de los consumidores: en cuanto a sus niveles de renta futura y de precios en el mercado, también influenciará en la demanda de bienes.

La población: en general, en cuanto mayor sea un mercado, mayor es la cantidad que se compra de bienes y servicios a un precio cualquiera dado.

Determinantes de la oferta de bienes:

La tecnología: a mayor tecnología, menores son los costos de producción y mayor será la cantidad que consecuentemente los productores estarán determinados a ofrecer.

El número de oferentes: mientras más sea el número de oferentes, mayor será la cantidad ofrecida a un precio dado cualquiera.

Precio de los factores: (ej.: trabajo, capital), a mayor sea el costo de los factores de producción, menor será la oferta de tales productos en caso de aumento de estos costos.

Las expectativas: de los oferentes en cuanto al aumento o disminución de los bienes ofrecidos en el mercado. Por ejemplo, si estiman que subirá el precio de un producto ofrecido por ellos, retendrán cierta cantidad de este producto para poder obtener una mayor ganancia con su venta en el futuro.

La meteorología: en caso de algunos productos específicos, en los cuales los cambios climáticos producen disminución o aumento de los bienes ofrecidos, y por consecuencia se verá también afectado los precios de estos bienes. Por ejemplo: productos agrícolas, pesqueros, etc.

La ley de la demanda y oferta, puede ser aplicada en derecho laboral y específicamente en el tema de esta tesis el cual es el análisis económico de las normas protectoras a la maternidad, así, por ejemplo; y adelantándonos al capítulo en donde aplicaremos el modelo económico de análisis a las normas que protegen la maternidad, señalaremos, que si se considera como precio el tiempo en el cual la mujer goza de fuero maternal, un aumento en el descanso maternal, ya sea en cuanto a su obligatoriedad e imposibilidad de renunciar, o ya sea que el tiempo de este periodo aumente, disminuirá la cantidad, en el caso, habrá por parte de los empleadores un menor incentivo en cuanto a la contratación de trabajadoras en periodo fértil, lo que se traducirá en una menor contratación de este grupo de la población. Con una mayor regulación, el empleador se verá forzado a sustituir la contratación de mujeres en edad fértil por otro tipo de trabajadores, ya que el “precio” por estos últimos, si aplicamos estrictamente la teoría de la oferta y de la demanda, será menor, y consecuentemente, mayor será la cantidad demandada de estos trabajadores a menor “precio”.

2º) Segundo presupuesto: si se permite el intercambio voluntario de recursos, los bienes gravitan a sus usos más valiosos.

Con este postulado se quiere decir que los recursos son adquiridos por aquellos consumidores que están dispuestos a pagar un precio más alto que los otros consumidores por dichos bienes.

Si la escasez, que es una de las características generales de la vida económica, el precio de los recursos sirva para racionar los bienes existentes en una economía en un momento dado. El precio de equilibrio de un bien²³ sirve para racionar los bienes escasos y dárselos a aquellos consumidores que están dispuestos a pagar más por dichos bienes. A esta tendencia de los recursos de gravitar hacia quienes están dispuestos a pagar más por ellos, es señalada por los economistas como una función del precio en el mercado denominado función de racionamiento del precio.

También el precio de los bienes, cumple funciones de “asignación”, con esto se señala que el precio de los bienes transmite “señales” que desvían los recursos de producción de donde hay un exceso de oferta a aquellas lugares en donde hay un exceso de demanda, y donde el cual, los productores pueden cobrar más de lo que necesitan para cubrir los costos de producción²⁴.

¿Por qué ciertos consumidores están dispuestos a pagar un precio más alto que otros por el uso de determinados recursos?

Simplemente, porque dichos consumidores consideran que pueden obtener un precio más alto por su bien elaborado con dicho recurso, u obtener mayores ventajas con el uso de aquel, que los otros consumidores. El consumidor esta dispuesto a pagar más, porque considera que va a obtener una mayor utilidad con el uso de ese recurso que los otros consumidores.

Cuando los recursos son empleados por aquellos consumidores que les dan sus usos más valiosos, los recursos están siendo empleados eficientemente.

3º) Tercer presupuesto: los consumidores trataran siempre de maximizar su beneficio o utilidad, o minimizar sus costos.

A un economista le interesa primordialmente el precio mas bajo que un vendedor racional y con autointerés cobraría por su producto.

Ese precio mínimo por el cual un productor estaría dispuesto a vender su producto, corresponde al precio de los recursos utilizados en fabricar y poner a disposición del público dicho producto, por parte del consumidor que le dio al uso de tales recursos, su segundo mejor uso o uso más valioso explicado anteriormente, denominándose a esto el precio alternativo de un producto.

La idea de costo como precio alternativo, trae como consecuencia que sólo se incurre en costos, cuando se niega a alguien el uso de un bien.

Así por ejemplo, si se trata del uso de un bien del cual hay gran cantidad, por ejemplo el mar, el uso que yo haga de tal bien no puede privar a otra persona del uso que ella también quiera tener de tal bien, por lo tanto, nadie me pagaría por renunciar al derecho de usar del mar para dárselo a otra persona.

Para el economista, costo significa “costo de oportunidad”, es decir, el beneficio al cual se renuncia por emplear un recurso de tal modo que se niega su uso a alguien más. O

²³ El precio de equilibrio, es el precio en el cual coinciden tanto los oferentes como los consumidores, o más bien, es el precio con el cual se muestran satisfechos tanto los oferentes como los compradores de un bien, a una cantidad determinada de dicho bien.

²⁴ Frank, Robert H. 1992. Op. cit. p. 45.

bien, como lo señala Torres López²⁵ citando a Leroy “el valor de un recurso en su mejor uso alternativo”. Representa el precio mínimo al cual un vendedor ofrecerá un bien, dado que a cualquier precio más bajo, el comerciante preferirá desviar los recursos utilizados en fabricar tal bien, hacia su segundo mejor uso.

El concepto de costo de oportunidad, es un concepto esencial en economía, por cuanto liga el problema universal de la escasez a la alternativa de la elección del consumidor, y enfatiza que en economía no todo es cuestión de dinero, si no por el contrario, todo es cuestión del uso de los recursos, ya que el dinero simplemente es una demanda de recursos²⁶. Además, por lo general, el valor económico de los recursos no es necesariamente igual a su valor o costo financiero.

Ya hemos señalado anteriormente que no todos los economistas están de acuerdo con el modelo de la elección racional del consumidor, y que habitualmente el ser humano esta muy lejos de guiar su conducta de acuerdo a este modelo de costos y beneficios personales.

Entonces, ¿cuál es la labor de los economistas, o más bien, cuál es la razón de hacer este análisis de costo - beneficio personal del consumidor, si las actuaciones diarias de los consumidores, no necesariamente coinciden o encajan dentro de este modelo de elección racional?

En primer lugar, la labor de los economistas es responder a preguntas del tipo: ¿debo realizar una actividad X?, ¿continuar una actividad X?, o bien, ¿elegir una u otra actividad? La respuesta a este tipo de preguntas es sencilla. Se debe realizar una actividad X, continuar una actividad X, o elegir una actividad en cambio de la otra, sólo si sus costos son menores a sus beneficios.

En segundo lugar, la razón de hacer este análisis costo - beneficio de una actividad dada, radica que los economistas postulan en verdad, que lo relevante de este análisis, es poder hacer “útiles predicciones” si suponemos que los consumidores actúan de acuerdo al modelo de la elección racional. Los economistas, especialmente Friedman, no sostienen en modo alguno que los consumidores hagan cálculos explícitos del costo - beneficio de una actividad, si no que partir de este supuesto poco realista es útil por lo bien que predice el comportamiento del individuo. La importancia de esta teoría radica en la predicción de comportamientos y no en la exactitud del supuesto inicial del consumidor como ser “racional”, e, incluso, si desde el punto de vista descriptivo este modelo fracasa ya que no puede predecir con tal exactitud como nos comportaremos en la vida diaria, nos entrega útiles ideas para conseguir nuestros objetivos de una manera más eficiente que si no nos guiáremos por este modelo²⁷.

D. La conducta económica racional y la mano invisible ²⁸ :

Por último, nos parece interesante señalar que la conducta económica racional del consumidor, no se opone, si no, más bien, es compatible con los objetivos sociales más generales, y que incluso, estos últimos exigen tal conducta.

Adam Smith, en su libro “las riquezas de las naciones” (1776); postula la teoría de “la mano invisible” en la cual señalaba que todo individuo, al buscar egoístamente, sólo su

²⁵ Torres López, Juan. 1987. Op. cit. p. 32.

²⁶ Posner, Richard. 1977. Op. cit. p. 4.

²⁷ Frank, Robert H. 1992. Op. cit. p. 6, 7, 27.

²⁸ Nardhan, William D. y Samuelson, Paul Anthony. 1992. *Economía. Ed. Mc Graw Hill. P. 48, 49.*

propio bien personal, actúa como si fuera dirigido por “una mano invisible” a lograr el mayor bien social. Con esta doctrina, Smith postulaba la armonía de los intereses individuales (interés privado) con el interés de toda la sociedad (interés público)²⁹.

2. TEOREMA DE COASE.

A. Generalidades

Hasta la publicación de la *Comisión Federal de Comunicaciones*³⁰, los economistas habían aplicado sin objeción, la solución que se proponía desde la tradición *pigouiana* los fallos del mercado. Según esta tradición, cada vez que el mercado fuera incompetente para lograr una adecuada asignación de los recursos, el Estado debía intervenir para lograr una correcta asignación de los recursos mediante un mecanismo artificial de asignación cuya eficiencia no era cuestionada.

Para la tradición *pigouiana*, el Estado y el derecho quedarían emplazados como mecanismos de decisión y asignación económica. El sistema jurídico para esta posición, tendría como misión corregir los fallos del mercado, modificando los esquemas de intercambio en el mismo y orientando las transacciones hacia objetivos distintos, hacia la inalcanzada eficiencia que debiera haberse producido en su seno.

Dicha tesis encuentra oposición en el análisis de Ronald Coase, sobre los costos sociales³¹ donde demostraba que los costos sociales pueden ser internalizados sin necesidad de intervención estatal y bajo determinados supuestos, con lo que se devolvía el protagonismo perdido por la tradición *pigouiana* a la estructura del mercado. Esta tesis, que posteriormente fue denominado “Teorema de Coase”, constituyó una de las ideas pilares del análisis económico del derecho. Este teorema constituye el primer intento de sistematizar las relaciones que se dan entre el derecho y el mercado proponiendo el papel que el sistema jurídico debe tener en relación con la actividad económica.

La innovación de este teorema consiste en proponer que también existen “fallos del Estado asignador de recursos económicos”. Es decir, que la asignación hecha por el órgano gubernativo resulte ser tanto o más perjudicial que aquella que acarrea el funcionamiento patológico del mercado.

Para Coase, lo relevante es saber en que condiciones la sociedad obtiene más riquezas si con un mercado imperfecto, o bien, con un mecanismo de intervención estatal. Frente a esta segunda posibilidad, plantea que la intervención gubernamental no es gratuita. La aplicación de mecanismos gubernamentales correctivos del mercado, genera costos que son necesarios tener en consideración a la hora de intervenir o no sobre el mercado. La intervención estatal será aconsejable, sólo si los costos de la puesta en marcha de tales medidas son menores que el aumento de la producción consecuencia e tales medidas.

²⁹ Para este autor, también eran importante los móviles no egoístas que dirigen la conducta del individuo, los cuales trata en su libro: “La teoría de los sentimientos morales”. Además señalaba, que la búsqueda incontrolada de la propia satisfacción personal llevada a límites extremos, no siempre era buena para la sociedad.

³⁰ En *The Journal of Law and Economic*. Octubre de 1959.

³¹ Ronald H. Coase, 1960. *The problem of social cost. J. L. and economic*. Vol. 3. P. 1 y ss.

En síntesis, frente a un fallo del mercado, debe considerarse que es más eficiente, si intervenir o permanecer en la situación resultante del perfeccionamiento imperfecto del mercado. Para ello tendrá que comprenderse en el cálculo, los costos que genera la intervención del Estado.

Para analizar el “Teorema de Coase”, lo dividiremos en dos partes, analizaremos primero las consecuencias de la aplicación de este teorema a una situación donde los costos de transacción son negativos, y a continuación en una situación donde los costos de transacción son positivos.

B. Asignación de los derechos en un mundo sin costos de transacción.

Se denomina costos de transacción, a aquellos en que debe incurrir un sujeto en una relación contractual, así, comprenden los costos en que se incurre en la búsqueda de una contraparte, de la negociación en sí, la redacción del contrato, incumplimiento del contrato, entre otros.

Si los costos de transacción no existen o son muy pequeños, la formula de este teorema puede expresarse según Schafer y Ott : “con independencia de las decisiones legales o judiciales, donde la titularidad de los derechos están bien definidos, al igual que su contenido, no importa a quien el sistema jurídico asigne las titularidades de esos derechos, porque el resultado eficiente se conseguirá en todo caso mediante el acuerdo voluntario de los interesados y estos serán reasignados a aquel que más los valore”.³²

La distribución inicial de los derechos de propiedad sería irrelevante, mediante el intercambio voluntario los recursos irían siempre a sus usos más valiosos, evitándose el despilfarro e internalizándose los costos externos³³

Si se considera el clásico ejemplo dado por Polinsky³⁴ en el cual se considera que hay una fábrica cuyos humos causan daño a las prendas de ropa que cuelgan para secar en el exterior de sus viviendas cinco habitantes de las proximidades. Si no se introduce ninguna medida correctiva, cada uno de estos individuos sufrirá danos por un valor de 75 dólares, con un total de 375 dólares. Estos danos podrían eliminarse de dos formas posibles: instalando un filtro depurador en la chimenea de la fábrica a un costo de 150 dólares, o proporcionando a cada uno de los perjudicados una secadora eléctrica, a un costo de 50 dólares cada una. La solución eficiente, es sin lugar a dudas, instalar el depurador en la chimenea, dado que con ello se eliminan unos danos totales de 375 dólares, con un desembolso de sólo 150 dólares y eso es más barato que comprar cinco secadoras por 250 dólares.

Coase plantea que si los costos de transacción son ceros o bajos, la solución eficiente se logrará con independencia de a que sujeto involucrado el sistema jurídico asigne la titularidad del derecho, en el ejemplo dado por Polinsky, ya sea que se otorgue el derecho a la fabrica a contaminar, o bien se otorgue a los vecinos de dicha fabrica el derecho de gozar de aire puro. En ambos casos, la solución eficiente en esta hipótesis, sería comprar un filtro depurador para la fábrica por un valor de 150 dólares.

³² Ugarte, José Luis. 2001. Op. cit. p. 5.

³³ Peña González, Carlos Op. cit. p. 3.

³⁴ Polinsky, A. Mitchel. 1985. Introducción al análisis económico del derecho”. Editorial Ariel, S.A. P. 23.

Como puede observarse, cuando los derechos de propiedad están bien delimitados, y los costos de transacción son ceros o muy bajos, la solución eficiente se logrará mediante acuerdos de voluntad de los intervinientes. Es decir, si partimos de una situación de “derechos de actuación” claramente atribuidos y limitados en cuanto a su alcance, y las negociaciones entre las partes no cuestan nada o tienen un costo bajo, los derechos serán reasignados mediante negociación directa, de modo que mejor sirva a la eficiencia del sistema productivo. El resultado eficiente, es decir, la solución más barata, se logrará con independencia de la norma atributiva de derechos elegida por el sistema jurídico. Sin embargo, según cual sea la norma de atribución de derechos del sistema jurídico, se presentará una desigual repartición de costos, lo que afectará el patrimonio individual de cada uno. Como señala Polinsky³⁵, aunque la elección de la norma jurídica no afecte el logro de la solución eficiente cuando los costos de transacción son ceros o muy bajos, si se afecta la distribución de la renta. En otras palabras, si existe un derecho a contaminar de la empresa, son los vecinos los que deben hacerse cargo del costo de la aplicación de la solución eficiente, en cambio si existe un derecho al aire puro otorgado por el ordenamiento jurídico, este costo debe ser asumido por la empresa contaminante.

C. Asignación de derechos en un mundo con costos de transacción.

El Teorema de Coase, en el evento en cual se presenten costos de transacción, puede resumirse diciendo que la solución eficiente no puede alcanzarse con independencia de la norma atributiva de derechos del sistema jurídico. En tal caso debiera preferirse la norma jurídica que reduce al máximo dichos costos e transacción, o que asigne de modo más eficiente y económico esos mismos derechos, estableciendo aquellas soluciones a que los sujetos habrían arribado si esos costos no existieran.

Si se analiza el ejemplo proporcionado por Polinsky, si existen costos de transacción positivos, nos daríamos cuenta que los efectos de dichos costos en cuanto a la elección de la solución eficiente, es distinta según se otorgue el derecho a contaminar a la fábrica o bien se otorgue un derecho a gozar de aire puro a los vecinos de dicha fábrica. Si el sistema jurídico entrega a los vecinos un derecho de gozar de aire puro, esta solución es eficiente porque la fábrica decidirá comprar la depuradora por 150 dólares, y no indemnizar los vecinos sus pérdidas evaluadas en 75 dólares cada uno, por un total de 375 dólares en conjunto, ni tampoco comprar una secadora a 50 dólares para cada uno con total de 250 dólares. En el caso, si hay un derecho de gozar de aire puro, no tiene incidencia si hay costos de transacción presentes para los vecinos, la solución eficiente será elegida libremente por la fábrica y será aquella que le irrogue menos costos, que será comprar una depuradora por 150 dólares para la fábrica. En el caso en que el sistema jurídico entregue a la empresa un derecho a contaminar, esta solución es ineficiente y además los efectos de los costos de transacción presentes para los vecinos serían mayores. En este caso, si los vecinos tienen un costo de transacción de reunirse con los vecinos por 70 dólares cada uno, preferirían comprarse cada uno una secadora de 50 dólares por un total de 250 dólares y no elegirían la solución eficiente de comprar una secadora por 150 dólares.

En conclusión si existen costos de transacción presentes, si tiene incidencia a quien el ordenamiento jurídico entregue la titularidad de dichos derechos, ya que dependiendo de ello, podría lograrse la solución eficiente o no. Si existen costos de transacción, la norma atributiva preferible sería aquella que reduzca al mínimo los costos de transacción.

³⁵ Polinsky A. Mitchell .1985. Op. cit. p. 24.

RICHARD POSNER

A. El papel de la Eficiencia.

Fuera del núcleo fundamental del análisis económico del derecho, en el cual, todos los autores convergen, comienzan las diferencias y se habla de dos corrientes de estudio del análisis económico, las cuales están claramente diferenciadas, una de ellas es la conservadora, o también denominada radical o eficientista, que se encuentra liderada por Posner y a la cual adhieren la mayoría de los estudiosos del análisis económico del derecho³⁶. Esta será la posición tratada en este capítulo, en la cual desarrollaremos la posición de Posner respecto al papel que juega la eficiencia respecto al sistema jurídico.

Se entiende por los estudiosos del análisis económico del derecho, que tanto la *Escuela de Chicago* que lidera Posner, como la *Escuela de Yale*, que lidera a la cabeza Calabresi, son resultados de la especificación de postulados implícitamente contenidos en las ideas de Coase. De modo que una y otra escuela optan por las posiciones que según este autor, puede jugar el concepto de eficiencia en la intervención estatal de la economía, para luego extrapolarlas, como exigencias del sistema jurídico en general.

La extensión de las formas de análisis económico a la realidad jurídica, ve su primer paso a la consagración, en primer lugar, en la definición de economía como ciencia general de elección. Posner, al igual que Becker, ve un problema económico siempre que se trate de lograr un fin mediante la utilización de medios escasos, y concluye que los instrumentos que proporciona la microeconomía, son aptos para el estudio de cualquier caso como éste.

El segundo paso es la extensión del postulado del *Homo economicus*. Se afirma que no existe razón para sostener que los consumidores, guiados en las acciones dentro del mercado por su propio interés, actúen en vista de motivos diversos cuando ejecutan acciones tradicionalmente puestas fuera de él. Como consumidores, votantes, familiares, delincuentes, los sujetos actúan en vista de la maximización racional de su propia utilidad.

¿Es por ello esta teoría seguidora del utilitarismo filosófico? Posner cree que no, pues allí donde Bentham define a la utilidad como la mayor felicidad, para Posner el hombre no busca la felicidad sino dinero y bienes con valor pecuniario, y en razón de su relación con ellos ha de definirse la acción del Estado sea legislador, juez o administrador.

¿Está Posner en lo correcto? Mercado cree que no. Veamos por qué.

Se distingue dentro del utilitarismo, según el alcance de la noción de utilidad, uno ordinal, que tiene en cuenta las distintas preferencias posibles, y uno cardinal, que ve a la utilidad como concreción de una preferencia específica. La riqueza en el caso de Posner.

De modo que el hombre, tanto el *posneriano* como el *benthariano*, es utilitarista; pero la utilidad en el primero está en la riqueza y para el segundo en la felicidad. Pero, ¿hay una diferencia esencial entre los móviles de uno y otro? Creemos que no. Ya Bentham, había dicho que el dinero era la más exacta medida del placer o displacer que una situación provoca en el agente. De allí se concluye que también la felicidad puede, para satisfacción o desazón de Posner, medirse en términos pecuniarios.

La objeción por lo demás natural y obvia, es que existen ciertos bienes que no tienen un precio que represente el placer o displacer que generan. Por ello debiera – pues así lo exige un mínimo de consecuencia- decirse que la felicidad del Hombre (*posneriano* o

³⁶ Ugarte, José Luis. 2001. Op. cit. p. 14.

benthariano), está en la consecución de aquello que tiene un valor monetario, y por tanto, constituye riqueza.

Polinsky, sale al paso de esta objeción razonando del siguiente modo: ciertamente existen objetos que, por su naturaleza, son ajenos al intercambio y por lo mismo carecen de un precio de mercado; pero del mismo modo es efectivo que cualquier sujeto, es capaz de responder a la cuestión de cuanto vale ese mismo objeto, en caso de que esta se formule bajo ciertas condiciones. Es decir, de ordinario la pregunta: "¿en cuánto dinero valora usted su integridad física?", no tiene respuesta. Si la tiene la cuestión de "¿cuánto estaría usted dispuesto a pagar para evitar el daño?".³⁷

Pues bien, de qué modo conducen estas afirmaciones a la de ser la eficiencia el objeto del sistema jurídico y por ello exigencia única de la ley. Aquí la opción entre las proposiciones de Coase.

Posner -inspirado por las ideas de las Escuela Económica de Chicago- ve en el mercado y la libertad de los individuos el mecanismo que idealmente tiende a la maximización de la riqueza (felicidad) social al más bajo costo. De estos elementos señalados por Posner fluye que la ley debe buscar formas de asignación de derechos que, imitando el modo en que actuaría el mercado perfecto, importen el mejor resultado pecuniario al menor costo. Si es el mercado el asignador más eficiente, sólo debe admitirse la intervención de un mecanismo distinto, cuando ello importe un resultado aún más eficiente. (Veremos como, además, esta intervención debe hacerse mediante la generación de una suerte de *mercado virtual*).

Recordemos que Posner³⁸ señala que los términos "valor" y "eficiencia" son palabras técnicas. Para Posner, "eficiencia" quiere decir aprovecharse de los recursos económicos de tal modo que el "valor" que entiende por este la satisfacción del hombre medida por la buena disposición de pagar agregada del consumidor por bienes y servicios, se maximiza.

Posner postula la idea del carácter moralmente obligatorio que el mundo de escasez, impone a la conducta humana eficiente. Si hay pocos bienes, despilfarrarlos es una inmoralidad.³⁹

Lo anterior facilita la comprensión del por qué la preponderancia que el sistema jurídico *posneriano* da a la propiedad y a los contratos; a la vez que entender, que para él el *common law* y su derecho de generación judicial en paradigmas de eficiencia. En todos estos casos, es la libertad individual, bajo la forma de ejercicio de libertades de dominio, acuerdos o alegatos ante los tribunales, la que conduce al resultado y la misma libertad la que reasigna el derecho en caso de que el resultado sea ineficiente, esta vez, por ejemplo, mediante acuerdos entre el propietario y aquellos a que ha perjudicado con el ejercicio de su derecho, término o modificación de las relaciones contractuales; o modificación de los precedentes. Hay aquí una suerte de reconducción de lo jurídico positivo, a las fuerzas sociales concretas; lo que genera una permanente adecuación de las fuerzas formales a las materiales.

Particularmente interesante nos parece el punto relativo a la pérdida de la eficiencia y consecuentemente de la validez, que afecta a la norma ineficiente. Podría decirse que, el sistema de libre juego de las libertades individuales, conlleva a la derogación de la normas jurídicas por desuso o exceso de litigiosidad (ambas resultado de la ineficiencia) y su reemplazo por otras que permitan alcanzar más riqueza con menos esfuerzo (o igual

³⁷ Polinsky, A. Mitchell .Op. cit. p. 140.

³⁸ Posner, Richard. 1977. Op. cit. p.9

³⁹ Posner citado por Mercado Pacheco. Op. cit. p. 57.

riqueza con menos esfuerzo). El interés radica en la consonancia con nuestra idea que en los sistema de derecho legislado y de orientación romana, el grueso de las instituciones perdura en el tiempo por su carácter de eficiente, que no es si no demostración de su correlación con la ley natural que explicitan.

Pero volvamos a la idea de procedimiento del mercado y su relación con el sistema jurídico. La consecuencia que Posner extrae de sus conclusiones, es que el derecho privado y el principio de eficiencia son neutrales respecto de los conflictos, esto es, no tiene incidencia distributiva.⁴⁰

El Derecho intervendrá entonces en tres ocasiones:

Estableciendo la distribución originaria de los derechos de actuación;

Fijando las reglas que facilitan los intercambios en el mercado; y

Sustituyendo al mercado, cuando éste no actúa como un asignador eficiente.

En cada una de estas fases, la norma jurídica ha de estar dotada de contenido que mejor contribuye a la maximización de la riqueza, en cuanto fin de acciones del hombre. Donde la calidad del contenido se determina por el reconocimiento del grado de libertad que en cada una de las áreas reguladas, es necesaria (y así lo demuestran los hechos) para que los sujetos tengan incentivo para realizarlas.

Tres son los factores que es necesario considerar en la relación entre el individuo y la conducta del agente:

Relación entre precios y producto total.

Costos de oportunidad.

La tendencia natural al aumento del valor de los bienes, que resulta de la posibilidad de intercambiarlos.

Cuando todos ellos conducen a un mayor “valor” de los recursos, se dice de la acción (y del sistema jurídico en que se desenvuelve) que es eficiente.

De aquí nace el carácter de “extremo” que se atribuye a la tesis de Posner, pues sólo en el valor del resultado y su relación con los factores, está la razón de la bondad del orden jurídico.

Las consideraciones relativas a la justicia o injusticia de la distribución de ese resultado, son indiferentes. La eficiencia aparece como un término técnico, desprovisto de referencias al deber ser. Hay eficiencia cuando la explotación de recursos es de tal naturaleza; que maximiza la satisfacción humana; donde tal satisfacción se mide “por los deseos de todos los consumidores para pagar bienes y servicios”.⁴¹

La crítica general – que entre otros defienden Dworkin, Mercado y Durán y Lalaguna- se funda en que las ideas de Posner encierran una tesis normativa, que pone acento en el capitalismo y su extrema valoración por el dinero. Lo anterior, vendría a significar, por un lado, la descalificación histórica del mundo posneriano como explicación general de la sociedad; y por otro, la descalificación de orden axiológico, pues la riqueza no es un valor social (si se quiere, está ontológicamente incapacitada para ser objeto socialmente valioso).

⁴⁰ Mercado Pacheco, Pedro. 1985. Análisis económico del Derecho y utilitarismo: convergencias y divergencias. 1985. España. Editoriales Telos. Volumen III. P. 51.

⁴¹ **Durán y Lalaguna, Paloma. 1992. Una aproximación al Análisis Económico del Derecho. Granada, España. Editorial Comares. P. 143.**

En defensa de la validez histórica de sus afirmaciones, Posner se embarca en el estudio de sociedades primitivas, buscando demostrar como en ellas la organización social, política y jurídica, está inexorablemente determinada por consideraciones de orden económico. En todas ellas, se tendió a la maximización de aquel o aquellos bienes que la comunidad tenía por más valiosos. Seguramente, consciente del anacronismo que encierra describir las conductas de miembros de comunidades primitivas en términos microeconómicos, Posner aclara que la exactitud de sus afirmaciones, debe juzgarse desde la base de un apetito maximizador que se entiende implícito (los sujetos actúan como si buscaran la maximización). De ese modo, ha de admitirse la pertinencia de su aplicación siempre que sirva – la legitimación sobre la base de la utilidad predictiva, que ya conocemos – como razón justificativa del orden que se estudia. Cualquiera que sea el fin concreto que aparece dando razón de los actos de las sociedades primitivas, deberá admitirse que siempre la organización que se hayan dado se explica por el principio de la maximización.

Mercado Pacheco descalifica tal conclusión, achacándole la inevitable uniformización histórica a que conduciría. Si todos los pueblos actuaron guiados de acuerdo a una misma racionalidad, ¿no sería lógico esperar que las distintas sociedades primitivas demostraran cierta identidad en la organización que adoptaron?; la crítica apunta a la base de la extensión, pues la multiplicidad de formas organizativas que se han dado a lo largo de la historia en los diversos pueblos, demuestra que no hay prueba de que hayan actuado guiados por la misma racionalidad. Si hubiera idéntica racionalidad, el resultado debiera ser siempre idéntico, no siendo así, Posner está equivocado.

Por nuestra parte, aventuramos la tesis de que la existencia de un procedimiento uniforme, en nada impide la diversidad de resultados. Afirmar lo contrario, equivaldría a sostener que de un fin determinado y considerando la racionalidad, debiera siempre alcanzarse por una misma vía. Creemos en cambio, que basta con admitir la libertad de los sujetos, en la elección del fin para cuya consecución se obra sobre la base de una racionalidad idéntica, para justificar las diversidades culturales no obstante la identidad del móvil humano. Se trata en síntesis, de admitir la posibilidad de que aquel punto en que se ve el logro de la mayor utilidad varíe de un lugar a otro, de un tiempo a otro.

Mayor dificultad, presenta la definición de si se puede o no considerarse que la riqueza sea un valor social en el que pueda justificarse la orientación de las conductas individuales y la regulación de que de ellas pueda hacer el ordenamiento jurídico. Si se concuerda con que la eficiencia es un requisito del ordenamiento jurídico, y hay eficiencia allí donde se logra la mayor cantidad de riqueza al menor costo, queda demostrado que el sistema de normas de orientación social debe también tender a la maximización de la riqueza. Lo que hace necesario resolver el dilema planteado.

Ronald Dworkin, ha criticado fuertemente las afirmaciones en que Posner justifica el Análisis económico del Derecho, particularmente, en la parte en que pretenden reconocer valor de axioma a la riqueza.

Para efectos didácticos, la discusión entre Posner y Dworkin puede ser graficada del siguiente modo: en el mundo posneriano lo esencial es lograr un “pastel” lo mayor posible (riqueza); y tal es la importancia que tiene el tamaño de este pastel, que la relación que tiene un acto con su incremento, ha de sujetarse a su valoración (ahora no material, si no axiológica; en el sentido de que a partir de ella se determina su carácter de cosa buena).

4. GUIDO CALABRESI

A. Postulados de Calabresi

Dentro del Análisis Económico del Derecho hemos podido apreciar que existe una corriente mayoritaria, inspirada fundamental y principalmente en el llamado Modelo Neoclásico (modelo que está presidido por el valor de la eficiencia)⁴², sin embargo, se debe resaltar a quienes han adoptado puntos de partida diferentes y críticos respecto a tal modelo, bien sea matizando las hipótesis por este modelo planteado⁴³, sea enfatizando la importancia de los aspectos distributivos, modificando algunas de las conclusiones del Teorema de Coase o bien, poniendo simplemente en cuestión la validez del modelo neoclásico basado en el objetivo de la eficiencia.

Es precisamente en este escenario, donde aparece la obra de Guido Calabresi como inspirador principal de la crítica.

Este autor italiano, a diferencia de Richard Posner, representa una posición más especializada en el Análisis Económico del Derecho. Esto, pues mientras Posner ha abordado prácticamente todos sus diversos aspectos⁴⁴, Calabresi, por su parte, ha centrado su obra en el análisis económico de la responsabilidad por accidentes⁴⁵. Ello no le ha impedido, por cierto, elaborar un auténtico sistema interpretativo de la misma trascendencia que el de Posner.

Siendo Calabresi crítico del modelo neoclásico, la pregunta que nos podría surgir es la siguiente ¿Cuál es, entonces, su postura con respecto al Análisis Económico del Derecho? Ante todo, debemos partir señalando que el estudio del Análisis Económico del Derecho no ha sido lineal ni ha proporcionado resultados homogéneos al ser diversos los puntos de partida elegidos. Tal diversidad, sin embargo, no resta coherencia al propio objeto de investigación, porque es resultado de la variabilidad de las hipótesis en que puede basarse una interpretación u otra, puesto que, como señalamos anteriormente, tanto la Escuela de Chicago - liderada por Posner - como la Escuela de Yale - encabezada por Calabresi - no nacen de posturas completamente diferentes, sino por el contrario, son resultado de la especificación de postulados implícitamente contenidos en las ideas de Ronald Coase.

Es, por tanto, en este contexto que Calabresi aparece con una visión más “conciliadora” del Análisis Económico del Derecho. Visión conciliadora en el sentido que da cuenta de una revalorización del papel que juega la Justicia en la evaluación de los resultados a que conducen las soluciones jurídicas de los conflictos permitiendo reunir las ideas de “análisis

⁴² Ello es así, pues según Richard Posner (se hace mención a este autor pues es uno de los principales exponentes y defensores del modelo neoclásico) la observancia de preceptos morales como la honestidad, la fidelidad y la veracidad, no es sino la garantía de que la aplicación de las leyes se haría en aras de reducir los costes y facilitar el funcionamiento del mercado, alcanzándose, así, el máximo objetivo de debe perseguirse: la eficiencia.

⁴³ Esto, porque la clara opción de Posner a favor de la utilización del dinero como criterio de medición del grado de materialización de los fines valiosos que persigue una sociedad, ha generado una serie de críticas que acusan el marcado materialismo que encierran concepciones como aquellas.

⁴⁴ Este análisis se encuentra en POSNER, RICHARD A. 1998. *Economic analysis of Law*. 5° edición. Nueva York. Aspen Law & Business.

⁴⁵ Ver en CALABRESI, GUIDO. 1984. *El Coste de los Accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Barcelona, España. Editorial Ariel.

económico” y “*test* final al sistema jurídico” cuyo éxito va a depender de las nociones que se tengan acerca de lo justo⁴⁶. Dicho en otras palabras, viene a plantear la idea de que la Justicia es el *test* o prueba final que el sistema “eficiente”⁴⁷ deberá superar para poder ser admitido como deseable⁴⁸, pues veremos que para Calabresi la eficiencia no es valor máximo a alcanzar, pues existen otros valores u objetivos de tanta o más importancia que éste.

Para el análisis de este punto, nos planteamos atender al desarrollo de la obra central de Calabresi, “El Coste de los Accidentes”, con el fin de encontrar en ella elementos suficientes para entender la noción que este autor tiene sobre el Análisis Económico del Derecho.

Con esta finalidad, pensamos, es posible generalizar las nociones que Calabresi utiliza para explicar y analizar los sistemas de responsabilidad civil.

En tal sentido, este autor señala que cualquier sistema legal en relación con los accidentes⁴⁹ lleva consigo la elección y Calabresi trata de analizar cómo se procede y cómo se debe proceder a realizarlas, es decir, analiza tanto el ser como su deber ser. Su estudio, por ende, se preocupa de señalar los objetivos perseguidos por el Derecho en esta área y, a su vez, intenta proponer los medios más adecuados para su obtención.

En tales elecciones, además, la información juega un rol de trascendental relevancia; puesto que para llevar a cabo las decisiones se hace necesario ordenar e integrar una serie de valores así como el conocimiento de hecho de la relación que se da entre los medios y los fines, lo que siempre será costoso y difícil de conseguir. Al tomar en consideración la importancia que posee la información y su carácter, en ciertas ocasiones, incompleto y nunca gratuito, disentirá notablemente de las más importantes hipótesis del modelo neoclásico.

Es, por todo esto, que Calabresi postula que la solución de toda cuestión que sea jurídicamente relevante, envuelve la definición de las siguientes cuestiones: el sentido de la regulación, la definición de los costos y la valoración que se da a tales costos.

B. El sentido de la regulación

En cuanto al sentido de la regulación, el primer paso, ha de consistir en la definición de los fines que se pretende alcanzar con la regulación jurídica de una determinada realidad de hecho. En Calabresi, la determinación del sentido en que cierto asunto debe ser regulado por el Derecho, es anterior al proceso propiamente jurídico.

⁴⁶ De manera que, según se desprende del pensamiento de Calabresi, el análisis económico de la realidad jurídica se presenta como una más de las probables metodologías de estudio aplicables a la búsqueda de un mejor sistema de ordenación social. Por tanto, la aplicación de los mecanismos del Análisis Económico del Derecho, se explica en el hecho de que tanto la economía como la legislación son partícipes del todo que configura la realidad social.

⁴⁷ Esto es, que se supone ha alcanzado el valor de la eficiencia, el cual es un valor trascendental para el Modelo Neoclásico.

⁴⁸ Por ende, el concepto de Justicia, en la postura de Calabresi, es un aporte relevante en torno al modo en que debe ser admitida en la argumentación que da al Análisis Económico del Derecho.

⁴⁹ Se cita a los accidentes pues sobre ellos se centra el análisis en su obra antes mencionada, sin embargo, como acotamos, tal análisis puede extrapolarse a otras situaciones del orden jurídico.

Los fines que debe de lograr un instituto son objeto de decisión política⁵⁰, y de ellos van de depender lo que se han denominado “objetivos socialmente valiosos” y a cuya realización ha de colaborar el Derecho. Así, el “deber ser” que guía la intervención de los hechos es de origen extraeconómico aún cuando pueda ser el mismo de naturaleza económica, ello, porque la opción por la maximización de la riqueza o de la felicidad como fin social, no es cuestión económica.

El papel esencial de la política, en este sentido, es el de definir o fijar cuales han de ser esos objetivos esencialmente valiosos. Aquí se trata de la definición de los “elementos constitutivos de la cosa útil” en la sociedad concreta. Dejando en claro, eso sí, que su contenido es infinito y, por consiguiente, su selección queda excluida de los procesos de racionalidad económica; pues acá no nos encontramos frente a un bien escaso, ello, considerando el universo de fines sociales posibles.

Ahora bien, estos objetivos socialmente valiosos estarán definidos de modo más menos genérico, más menos explícito, por tanto, ello influye en que la calidad del objeto de determinación política no exige que sean, necesariamente, sancionados por la voluntad del soberano de manera formal o específica. Esto, en razón de que podrán haber descripciones genéricas y que, a la vez, diversos organismos o entidades sociales han de ser los que fijen el sentido concreto de ese principio, con grados decrecientes de fuerza vinculante, pero siempre con significación política.

Una vez que se han definido el o los fines que justifican la intervención del Derecho en el curso natural de los hechos, el siguiente paso corresponde al de analizar los mecanismos con que se cuenta para ello. Es en este instante donde se hacen relevantes las consideraciones de costos, según hemos de analizar más adelante.

Como segundo paso, indicamos, corresponde la definición de los costos. Sin embargo, antes de entrar al análisis de la definición de costos, es importante dejar establecido que la Justicia, en términos de Calabresi, no se define por la adecuación del medio al fin, sino por la adecuación del medio a una forma especial de sentido, que generan en los individuos una situación de hecho.

Lo justo, genéricamente considerado, es la manera en que el Derecho logra que se materialice el objetivo socialmente valioso, lo que justifica, precisamente, la intervención del Derecho. La justicia se actúa, cuando una solución de derecho materializa tal objetivo socialmente valioso. Ese grado de materialización, que se mide de modo genérico en justicia, para efectos de estudio, ha de descomponerse en “cuestiones relativas al costo” y “cuestiones relativas a justicia”.

Hay que advertir, eso sí, que esto no significa afirmar que lo justo es indiferente de los costos. Los elementos del costo, son elementos materiales del acto justo y, a su vez, lo justo –en un sentido restringido- es el elemento afectivo o sentimental. Así veremos, por tanto, que eficiencia y justicia han de ser controles que tiene su raíz común en una idea global de Justicia, pero que han de separarse en fórmulas y contenidos diferentes para efectos de su utilización.

De esto se deriva una premisa importante en Calabresi, y es que un acto puede ser eficiente en cuanto importa reducción de costos, pero será injusto en cuanto ofende el “sentido de justicia”. Aún cuando en preciso rigor, el acto ineficiente es injusto, porque no importa la materialización adecuada del fin socialmente valioso. Y eso es así porque, según Calabresi, no es aceptable que la eficiencia se erija como el objetivo supremo, al margen de otros, que pueden ser sustancialmente más deseados por los individuos; porque como

⁵⁰ CALABRESI; Op. cit. p. 39.

dice en El Coste de los Accidentes “un sistema de reducir los costes de los accidentes económicamente óptimo -tanto si en el las decisiones se toman colectivamente, a través del mercado o mediante una combinación de ambos métodos-que sea percibido como injusto, será considerado total o parcialmente inaceptable sin que la mejor de las defensas de su eficiencia pueda hacer nada por evitarlo.”⁵¹

De la misma manera, lo justo en términos afectivos o sentimentales -como acotamos lo justo en sentido restringido- puede ser ineficiente en cuanto provoca costos excesivos en operaciones no comprendidas en el estudio que provoca la calificación de su justicia, es decir, el acto que satisface el sentido de justicia generando costos o externalidades en otras actividades, dañando a otros, es también considerado injusto.

C. Definición de costos

Dicho lo anterior, veamos, entonces, la definición de los costos. Podemos señalar que cualquiera sea la razón que induzca a la intervención en una determinada realidad de hecho, esta ha de generar costos, los cuales requieren de una valoración, es decir, de una cuantía y de una asignación, esto es, de un sujeto llamado a soportarlos.

Así, toda solución de cuestiones jurídicamente relevantes, encierra:

Costos primarios: Son aquellos que generan la evitación de la conducta no deseada o la estimulación de la conducta deseada.

Costos secundarios: Son aquellos que generan la solución o reparación de los efectos de la conducta no deseada o la reparación de los efectos causados por la omisión de la conducta deseada. Estos son también llamados “costes sociales”.

Costos terciarios: Son aquellos que se producen a consecuencia de la puesta en marcha de las medidas, sea tendiente a evitar la conducta no deseada, a estimular la conducta deseada o bien, a reparar las consecuencias de la realización u omisión, respectivamente. Es decir, se refieren a los costes de administrar el tratamiento tanto de la conducta deseada como de la no deseada.

Determinada la finalidad que se pretende materializar, con cierto conjunto de acciones, se ha de valorar su utilidad por relación con el objetivo socialmente valioso. Si la acción es útil -por la relación causal que la vincula al objetivo socialmente valioso- se procede a analizar las consecuencias negativas o disfunciones de la acción. Se llama “disfunciones” a las consecuencias no deseadas de una actividad y, serán no deseadas, las consecuencias que retarden o impidan la materialización del objeto socialmente valioso o de alguno de sus elementos.

Es acá donde entra en juego el juicio valorativo de la sociedad, el cual va a consistir en sopesar la utilidad de la acción y la de las actividades afectadas por la disfunción⁵².

A. Si la actividad afectada por la disfunción se valora más que la acción analizada, está última será prohibida.

⁵¹ ; Op. cit.; p. 43.

⁵² Por ello, Calabresi reconoce cómo ha sido la propia sociedad ha sido la que ha simplificado, en muchas ocasiones, el problema de determinación de los objetivos sociales para hacerlo resoluble y cómo, mediante proposiciones normativas, trata de formular las opciones que son consideradas más deseables. En esta preocupación, por cierto, no duda en cuestionar los mecanismos tradicionales de toma de decisiones cuando los resultados que generan no son aceptables.

B. En cambio, la acción analizada es valorada como útil a pesar de las disfunciones y las actividades afectadas se valoran como menos útiles, se validará el estado de cosas.

C. Pero además, si tanto la acción analizada como las actividades afectadas por la disfunción son consideradas útiles en relación con el objetivo socialmente valioso, la regulación intentara reducir los costos de la acción.

Si la decisión es prohibir o regular, será necesario establecer la forma concreta que se dará a la regulación o la prohibición. Si lo que trata de hacer es prohibir, entonces, será preciso elegir entre sanciones penales o civiles; determinar la cuantía de las mismas, entre otras cosas. Si, en cambio, se trata de regular, debe decidirse cuales han de ser las normas reguladoras, el contenido de tales normas, las sanciones o efectos del quebrantamiento de ellas, entre otros.

Para definir cada uno de estos elementos, se hace necesario considerar:

1. Los costos primarios, esto es, responder a la cuestión de en qué grado se incrementa la utilidad total como consecuencia de la prohibición de la conducta deseada, o en que grado se ve afectada la utilidad total a causa de la disminución del numero de acciones reguladas y de las disfunciones que alcanzan a otras actividades.

2. Los costos secundarios, esto es, ver en que grado se afecta la utilidad total a causa de los gastos en que es necesario incurrir, ello, con el fin de evitar los efectos secundarios que produce la conducta no deseada, que se ejecuta a pesar de la prohibición o bien, para coartar los casos en que la acción regulada sobrepasa su marco regulatorio.

3. Los costos terciarios, esto es, ver qué sacrificios conlleva la implementación de las medidas que pretenden poner en practica la prohibición, así como también aquellas que pretenden la materialización de las acciones tendientes a evitar los efectos no deseados de la conducta que quebranta la prohibición. Así también, es importante ver qué sacrificios involucra la implementación de las acciones relativas a la regulación y de aquellas que desean evitar los efectos del quebrantamiento del marco regulatorio. Asimismo, es importante destacar que también deben considerarse los efectos que la regulación tenga sobre actividades diversas de la acción regulada y de las que serán afectadas por la disfunción, es decir, de las externalidades provocadas por la regulación.

En este sentido, uno de los grandes aportes de Calabresi, basándonos en el sistema de responsabilidad que él analiza en su obra antes citada, dice relación con el tema de los objetivos que plantea tal sistema. Como veremos más adelante, el sistema de responsabilidad que nos plantea Calabresi tiene entre sus objetivos no solo la búsqueda de justicia, en los términos que veremos posteriormente, sino que, además, considera que es “indiscutible que la función principal de la responsabilidad civil es la de reducir la suma de los costes de los accidentes y de los costes de evitarlos”⁵³.

En ese cometido de reducción de costes, comprende, a su vez, tres fines:

1. En primer lugar, la reducción del número y la gravedad de los accidentes. Se trata, en sus propias palabras, de una reducción primaria que puede lograrse prohibiendo actos específicos o actividades que puedan ser causa de los accidentes o encareciendo el ejercicio de esas actividades y, en consecuencia, haciéndolas tanto menos atractivas cuanto mayores sean los costes de los accidentes que lo provocan. De aquí surgirán dos métodos de reducción de costes que denomina como “prevención general” o método de mercado y “prevención específica” o método colectivo; métodos que analizaremos en líneas posteriores.

⁵³ CALABRESI, Op. cit.; p. 44

2. El segundo fin es la reducción de costes que no afectan ni al número de accidentes ni a su gravedad, sino que a los costes sociales derivados de los mismos. Estos son los costes secundarios, los cuales vimos en líneas anteriores. Esta tarea consigue, a su vez, mediante el “sistema de distribución del riesgo”, tanto en su sentido de “fraccionamiento del riesgo”, que persigue realizar el mayor fraccionamiento posible de las pérdidas tanto entre las personas como en el tiempo, como el de imputar las pérdidas a aquellas categorías de sujetos o actividades que puedan pagar con mayor facilidad, independientemente del fraccionamiento que esto produce (a esto último se le conoce como método de la buena bolsa o *deep pocket*)⁵⁴

3. El tercer fin se refiere a la reducción de los costes de administrar el tratamiento de los accidentes o costes terciarios. Calabresi lo denomina un fin “eficientista”, pues obliga a plantear continuamente la cuestión de si una determinada tentativa de reducir los costes de los accidentes, tanto si se trata de conseguirlo mediante una reducción de los accidentes, como mediante una disminución de los efectos secundarios de los mismos, cuesta más de los beneficios que produce⁵⁵.

El propio Calabresi advierte que estos tres fines no son enteramente consistentes entre sí, en el sentido de que sería imposible lograr la reducción simultánea de todos ellos pues se traspasarían ciertos límites y los objetivos que allí puedan ser alcanzados. Al respecto, destaca que un sistema de responsabilidad civil que recalcará la desigual distribución de la renta o que favoreciera a los monopolios violaría principios morales y resultaría, al final, injusto. En este sentido, los fines externos al sistema de responsabilidad civil seguirán siendo relevantes, tendiendo a evitar que determinados sistemas sean aceptados.

D. Valoración de los costos

El tercer punto que es de relevancia trascendental en el pensamiento de Calabresi, dice relación con la valoración de los costos.⁵⁶ En tal sentido, podemos señalar que para el análisis de los procesos de valoración expuestos en líneas anteriores, hemos de distinguir los campos político, de mercado y mixto.

Con Calabresi, la política se refiere a la obtención de un objetivo socialmente valioso, por medio de acciones de naturaleza colectiva. Aquí es importante destacar que la distinción entre política y mercado no se funda en diferencias filosóficas, pues en estricto rigor, todo lo relativo al mercado es cuestión política. Se trata en realidad, de diferenciar cuestiones para cuya solución se recurre a mecanismos políticos y cuestiones para cuya solución se recurre a mecanismos de mercado.

Tal es así, que en el sistema de valoración político, la solución se logra por medio de la aplicación de un procedimiento, generalmente, que da lugar a un proceso único y previsible, que finaliza en una resolución formal de fácil reconocimiento. A este proceso, Calabresi lo denomina “Método de prevención específica” o “Método colectivo”, el cual significa que todas las cuestiones relativas al coste de las actividades deberían resolverse

⁵⁴ CALABRESI; Op. cit.; p. 38-39

⁵⁵ CALABRESI. Op. cit.; p. 45

⁵⁶ Hay que recordar que es de su obra central -El Coste de los Accidentes- de donde hemos extraído el examen valorativo de costos, que, aunque tal obra se centra en la responsabilidad civil por accidentes, su importancia es tal, que su contenido es posible hacerlo aplicable para el análisis de otras situaciones jurídicas, que, en nuestra Memoria en particular, será aplicada a las normas que protegen la maternidad en Chile.

colectivamente, mediante un proceso político. En la práctica, sin embargo, adopta diversas fórmulas que, como el propio Calabresi expresa, se presenta de un modo relativamente puro cuando decide prohibirse directamente ciertos actos o actividades. Pero el método puede actuar también en muchas situaciones sin necesidad de prohibir determinadas actividades. En efecto, cada vez que el coste de ciertas conductas se estima con relación a la actividad que los produce, hay implícita una decisión de carácter colectivo referida no sólo al coste que significa para la persona vinculada con tal conducta, sino también al valor que éste representa para la actividad causante del costo y a la forma en que ésta deba desarrollarse. En otros términos, se estimulan o se sancionan las actividades en función de un juicio colectivo de oportunidad⁵⁷. Así, este método se caracteriza por ser resultado de una acción soberana consciente del soberano, en orden a resolver un problema social relevante.

En el sistema de mercado, en cambio, la solución no existe como previsible, ni como un procedimiento universal que determine la forma en que participen los involucrados en la formación de la medida. Aquí surge el método llamado por Calabresi “De prevención general” o “Método de mercado” el cual consiste en determinar los costes que ciertas actividades puedan causar, dejando que sea el mercado quien fije el grado y la forma del desarrollo de las mismas. Las personas son libres de decidir entre emprender una actividad, pagando los costes que ella cause o desarrollar otra actividad que implique menos costos aunque sea, a la vez, menos atractiva. Esto quiere decir, que no es necesaria una decisión colectiva previa, sino que se atribuye la resolución del problema al libre mercado. Dicho en otras palabras, en este método, sin mediar acuerdo general y sobre la base de acuerdos alcanzados como soluciones para formas específicas de un problema general - que no es tenido en cuenta por las partes al resolverlo- se construye una forma genérica de actuación y que produce los efectos deseados. Y es llamado de prevención general este método porque, precisamente, comprende la participación colectiva pero inconsciente, en la solución de la cuestión general.⁵⁸

En el sistema mixto, por su parte, la valoración se ha de caracterizar por la concurrencia de formas políticas y de mercado. Así, los sistemas mixtos pueden ser “políticos con juicios de mercado” o “de mercado con sanción política”. En el primer caso, el soberano define criterios mínimos de solución y deja en manos del mercado la determinación de las soluciones concretas o, de algunos de los elementos de éstas. En el segundo caso, el soberano toma la solución del mercado, la fija como suya, sancionándola por la fuerza y excluye, considerando como ilegalidades, a las demás respuestas que presenta el mercado.

Es importante indicar en este punto, que la idea de sistema mixto no debe confundirse con las situaciones en que se producen externalidades de uno u otro sistema. Ello, puesto que tanto la solución política como la de mercado, pueden ver afectada su eficiencia por las reacciones que el sistema contrario tiene frente a su respuesta al problema. Las externalidades pueden ser positivas o negativas; son positivas si producen consecuencias valiosas no esperadas de la solución política o por la de mercado, según sea el caso. Serán negativas, en cambio, si consisten en consecuencias que agravan o acrecientan problemas relacionados aquel que pretendía ser solucionado por la medida política o de mercado.

⁵⁷ CALABRESI; Op. cit., p.106-107 Hay que hacer el alcance de que en el tal párrafo y, en general la obra de Calabresi sobre la cual basamos nuestro análisis, se hace referencia a los accidentes, sin embargo, la hemos generalizado y hablamos del término actividad o conducta -y no sólo de accidentes- con el fin de hacer aplicable el análisis de Calabresi a otras situaciones del orden jurídico.

⁵⁸ La inconsciencia acá equivale a decir que existe falta de intención por tratar la cuestión con visión de conjunto, sólo se tiene conciencia de las consecuencias directas del acto que se ejecuta.

Visto lo anterior, detengámonos un poco en el sistema de soluciones de origen político, esto es, donde todos los procesos de valoración están determinados por la voluntad del soberano. Es éste quien, por los medios establecidos en la Constitución y las Leyes, determinará lo valioso y, con ello, irá justificando las decisiones que haya de adoptar.

A su vez, las decisiones reguladoras de origen político, han de ser juzgadas tanto *a priori* como *a posteriori*; será *a priori* por el hecho de verificar que los procesos valorativos se hayan ceñido a las normas que regulan su desarrollo. En tanto que será *a posteriori* por cuanto se exigirá de ella que sea útil, es decir, que importe la materialización del fin perseguido. Ahora bien, si la medida es resultado del procedimiento vigente de creación, será válida. Si la medida se aplica, será eficaz. Si la medida produce el efecto esperado, es útil. Si lo produce sin causar gastos evitables, será eficiente. Si la medida cumple todos estos requisitos, se llamará medida justa. Y en esto punto es importante recordar que para Calabresi la justicia es un valor trascendente y la prueba final que el sistema que se presente como eficiente debe de sortear para considerarse deseable.

Pero, los métodos de valoración política no pueden ser aplicados a todos los objetos. Desde luego, porque el acto mismo de valoración conlleva un costo que impide que todos los objetos puedan someterse a él. Pero, además, porque los individuos no están siempre dispuestos a participar en los procesos de decisión colectiva, por medio de un proceso político. Asimismo porque la misma aplicación en demasía de los medios políticos de valoración puede resultar poco eficaz. Pero, ¿por qué? Porque puede provocar incrementos tanto en los costos secundarios como terciarios; además, porque los individuos no siempre son capaces de controlar sus actos⁵⁹ lo que fuerza a la regulación por la vía política, a la previsión de los efectos colaterales de su contenido lo que ve disminuido sus posibilidades de éxito y, por último, porque siempre ha de surgir la duda de si los criterios aplicados a la valoración son realmente razonables y capaces de flexibilizar la regulación según el curso natural de los hechos. En cambio, parece ser especialmente idóneo para la valoración de objetos a los que no puede aplicarse el sistema de mercado, como por ejemplo, cuando se teme que es imposible saber lo que quieren los individuos.

Por tanto hemos de ver que la prevención por vía de la decisión colectiva tiene sus limitaciones, de ahí que Calabresi, como veremos más adelante, no tenga un rechazo absoluto del mercado. Pero para que este método de prevención esté justificada es preciso, según Calabresi, que se den las siguientes situaciones:

1. Primero, que los particulares desconozcan aquello que más les conviene (esto dice relación con la información) Así, señala que los individuos no están en condiciones de valorar adecuadamente los riesgos y, por tanto, de adoptar libremente medidas de seguridad frente a ellos, debido a la escasa y costosa información existente, por ende, la ignorancia⁶⁰ de las personas acerca de aquello que en realidad les conviene, determina que muchas de las decisiones adoptadas por el mercado sean de signo distinto a las verdaderas aspiraciones de la comunidad. Posner en este sentido hace una réplica, afirmando que el mercado puede proporcionar, y de hecho proporciona, la información necesaria para que los individuos puedan evaluar los costes y beneficios de las actividades.

2. Segundo, que los costes y beneficios que hayan de ser evaluados no puedan serlo en el mercado al no poder ser reducidos a valores monetarios.

⁵⁹ Se puede señalar en tal sentido, que la excesiva regulación de las conductas disminuye las probabilidades de realización de las expectativas; el exceso de frustración no puede ser asumido por el sistema, lo que termina por hacer inútil la regulación.

⁶⁰ El término ignorancia acá está tomado en el sentido de falta de información

3. Tercero, que se acepte que al momento de adoptar decisiones en torno a ciertas actividades, no solo deben ser considerados los costes aún en su sentido más amplio sino también nociones de orden moral; las consideraciones de este tipo son especialmente relevantes en la obra de Calabresi, en efecto, las normas morales representan juicios valorativos individuales o colectivos, no políticos, es decir, juicios de valor respecto de bienes que no es posible valorar mediante el proceso político ni económico.

4. Cuarto, que existen limitaciones intrínsecas en la Teoría de la asignación de recursos, que impiden el funcionamiento adecuado del mercado. Tales limitaciones se refieren a la posibilidad de que los resultados de la acción del mercado sean calificados como inadecuados por la colectividad, es decir, siendo acción del más puro sistema de mercado la sociedad puede rechazar el resultado como inadecuado. Esta posibilidad se explica en Calabresi, por la amplitud y relevancia que confiere a los principios fundacionales que han de determinar todos los juicios valorativos.

5. Quinto, que no se puede influir de modo efectivo y de forma económicamente eficiente, sobre algunas de las categorías de actividades y actos mediante la prevención general.

Como se expuso anteriormente, la valoración no sólo ha de ser resultado de actividades de origen político, sino también, de acciones al interior del mercado. La posición de Calabresi con relación al mercado es más bien moderada. Desde luego, no cree en la posibilidad de que el sistema sea capaz de funcionar sobre supuestos de plena libertad, como se cree presenta el mercado. Así, plantea que el mercado necesita de decisiones fundacionales que sólo es posible adoptar en un ambiente extramercado. A pesar de esto, es posible descubrir ciertas cuestiones sociales respecto de las cuales la decisión adoptada por mecanismos de mercado parece como la más adecuada. Así ocurrirá en todas aquellas cuestiones cuya naturaleza determina una mayor ponderación de elementos de tipo individual. Pero aún respecto de estas cuestiones, es necesario tomar la viabilidad del mecanismo de solución de mercado con cierta cautela; esto se funda, según Calabresi, en las objeciones tradicionales a las virtudes que se le han atribuido al mercado.

Este autor constata cómo, a veces, las decisiones sobre asignación de recursos, por ejemplo, no son aceptadas por el mercado, a pesar de que éste pueda proporcionar, más adecuadamente que otros sistemas, respuestas a las demandas individuales. Y eso es así, porque los resultados de la acción del mercado en ciertas áreas, aun cuando sean eficientes, pueden, sin embargo, no ser igualitarias, es decir, no tener un resultado de carácter distributivo y, es este, uno de los aspectos que trata de rescatar Calabresi, a diferencia de Posner, para el cual las consideraciones relativas a la justicia o injusticia en la distribución de los resultados, son indiferentes, ya que para éste último, la eficiencia se presenta como un término técnico, desprovisto de referencias a su deber ser; así, habrá eficiencia, según Posner, cuando la explotación de los recursos es de tal naturaleza, que maximiza la satisfacción humana, donde tal satisfacción se mide por los deseos de todos los consumidores para obtener bienes y servicios. He aquí donde destacamos la crítica de Calabresi al modelo neoclásico, pues, las bases del análisis de este autor contribuyen a plantear las proposiciones en torno a la necesidad de un concepto más amplio de bienestar que no gire solamente en torno al criterio eficientista, reconociendo, como señalamos en un principio, que la eficiencia no es el único objetivo deseable ni la única función social que debe alcanzarse.

Asimismo, siguiendo con el análisis sobre el sistema de mercado, Calabresi plantea la debilidad de la capacidad normativa de éste. Este autor apunta que si bien el mercado puede determinar que los sujetos sean capaces de pesar los costos comprometidos en su

acción, en los hechos, atiende de modo aislado a los costos, omitiendo la consideración de conjuntos de cuestiones que la prevención específica si considera. La pluralidad de juicios, que conforman el mecanismo de mercado, obstaculiza la generación de expectativas reales como las que requiere la actividad normativa. Las probabilidades de frustración son mucho más amplias, precisamente, por la libertad con que se mueven los agentes del mercado. En este sentido la regulación política sería mucho más adecuada.

Otra cuestión que debilita las virtudes del mercado, es el hecho de que, aun admitiendo su aptitud como mecanismo conformador de valoraciones generales, debe reconocerse que existen grupos importantes de bienes respecto de los cuales no existe un mercado. En relación con ellos es que se ha desarrollado la tesis del mercado virtual, la cual exige analizar los factores comprometidos como si ellos fueran objetos de transacción en un mercado existente. Así, por lo señalado precedentemente, más que descartar de plano su utilización como método a aplicar, lo que hace Calabresi es evidenciar las falencias que el sistema de mercado en su aplicación por sí solo presenta.

Por lo expuesto anteriormente y, desde la perspectiva estricta en la resolución de cuestiones jurídicamente relevantes, Calabresi concluye en la ineficacia de la utilización de uno u otro sistema de prevención en exclusiva y se pronuncia a favor de sistemas mixtos como lo sería, por ejemplo, en la concurrencia de procedimientos políticos y de mercado. Esta relación de cooperación se justifica en que el mercado tiene la capacidad de considerar aisladamente cada uno de los factores comprometidos en un asunto relevante. Asimismo, el mercado permite recoger de forma rápida, las variaciones que experimenta el valor de un bien, adaptando así la solución jurídica de un asunto.

Además, señala Calabresi, porque se puede dar entre el mercado y la política una relación de cooperación. Así, por ejemplo, que el primero puede comprobar en la práctica las soluciones adoptadas por el soberano; de la misma forma, el mercado puede desincentivar la realización de conductas indeseadas por consideración de los costos contenidos en ellas o, por último, porque la valoración de origen mercantil puede servir como antecedente a la valoración colectiva.

Sin embargo, esta fusión de entre mercado y política también puede producir disfunciones, ya que el sistema de mercado puede provocar reacciones contrarias al fin de la medida política o viceversa, lo que causa externalidades y, por ende, eleva los costos de las actividades, situación que, precisamente se trata de evitar.

Aún así, Calabresi, ve mayores ventajas en la adopción de un sistema mixto para la resolución de cuestiones jurídicamente relevantes, que uno político o de mercado independientes entre sí.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que en la obra de Guido Calabresi, más que poner en cuestión el papel central del mercado⁶¹, cuestiona su validez atemporal si sólo el objetivo de eficiencia es reconocido (haciendo énfasis en el hecho de que para Calabresi el objetivo de eficiencia no es el único valor que se debe alcanzar, sino que hay otros tanto o más importantes que éste, como lo es la igualdad o la justicia). De aquí también que su auténtico motivo de choque con la corriente mayoritaria no es por la validez o no de la estructura de mercado, sino, a causa de su utilidad o inutilidad cuando se persiguen objetivos más amplios que los reconocidos por el modelo neoclásico.

⁶¹ Puesto que, como acabamos de ver, no descarta su utilización sino, por el contrario, prefiere fusionarlo con el sistema político, adoptando un sistema mixto, lo cual no significa invalidar el papel del mercado sino todo lo contrario, ya que reconoce explícitamente que en nuestra sociedad los procesos que se desarrollan en el mercado -núcleo central del modelo neoclásico- constituyen el corazón de la vida económica.

E. Test final de la justicia

Un último aspecto y de gran importancia dentro de la obra de Calabresi, dice relación con el tema referente a la Justicia. Señalamos en un principio, que para este autor la Justicia juega un rol preponderante en la evaluación de los resultados a que conducen las soluciones jurídicas de los conflictos. Plantea que la justicia es la prueba final que un sistema que se considere eficiente debe de sortear para calificarse como deseable.

Ante todo, conceptualicemos a la Justicia, en la forma clásica que la definió Ulpiano, como la virtud de dar a cada uno de lo suyo. La virtud en tanto inclinación del ánimo, implica acción. La acción para ser justa, como planteamos en párrafos anteriores, debe ser válida, eficaz, útil y eficiente, según vimos anteriormente. La validez depende de los hechos que determinan “lo suyo”. La eficacia depende de la potencia del acto juzgado en orden a poner a otro en posesión de lo suyo. La utilidad, por su parte, obedece al grado en que la dación de lo suyo a otro causa el bien, es decir, materializa el objetivo socialmente valioso. La eficiencia, por último, depende de que la dación de lo suyo al otro cause los menores costos que le sean posibles, considerando “lo suyo”, los efectos colaterales y las externalidades.

En Calabresi, la justicia se presenta con un doble sentido. Uno específico admitido para fines analíticos y otro genérico, reconocido pero que se descarta para efectos explicativos, puesto que impide la diferenciación entre cuestiones relativas a costo y sentimientos involucrados. Esto es importante, puesto que desecha de plano las críticas formuladas a la obra de Calabresi (entre ellos Richard Posner), en el sentido de que su opción final por la justicia haría inútil todas sus conclusiones sobre la importancia de consideraciones de naturaleza económica. En efecto, la opción de Calabresi por el *test* final de la justicia, al que se subordina la suerte de los juicios valorativos de eficiencia económica, se entiende en la medida que se parte del supuesto de que en la obra de este autor, para efectos de análisis, se denomina justicia sólo al sentimiento de cosa justa o injusta en que vive en los individuos. Limitación que no quiere fundarse en una concepción al extremo subjetiva de la justicia, sino que únicamente toma esos elementos como factores subsistentes de un juicio histórico sobre la utilidad de un determinado objeto. Esto quiere decir, en términos de Calabresi, el concepto de justicia a que se somete la solución eficiente, es un sentimiento que nace de la valoración que se hizo antes del mismo objeto (si el juicio es de justicia) o de otro (si el juicio es de injusticia). La cosa justa, por tanto, se define por la sensación de correspondencia entre el hecho juzgado y el sentido histórico de cosa valiosa. Por ende, la justicia como sentimiento, es la idea de cosa valiosa que se tiene respecto de un objeto que ha sido valorado en el pasado en atención a consideraciones tanto de orden utilitario como de justicia. Sin embargo, siempre está presente el peligro de que las formas pasadas de valoración no sean calificadas como idóneas en el presente, de tal forma que el sentimiento de cosa justa no pueda ser más que eso. Esto conlleva a la coherencia e integridad del sistema jurídico, en cuanto a las valoraciones que se desarrollan para solucionar los conflictos nuevos, están exigidos por el respeto no sólo de los bienes concretos que concurren al conflicto y que es necesario valorar también en ese momento, sino que a las valoraciones previas que se hiciera de esos mismos objetos. Por otra parte, el sistema de normas positivas influye en el sentimiento de cosa valiosa que conforma la noción de justicia induciendo a cambios o evoluciones en los juicios que se emiten sobre las realidades que corresponde enfrentar. Con esta manera de entender la justicia, es fácil explicar las discrepancias concretas que se producen a lo largo de la historia, acerca de aquello que se entiende por cosa justa. Así, definiciones como las que nos muestra Ulpiano, ciertamente tiene la sutileza de una generalidad suficiente para recoger con ella cualquier posibilidad concreta para el término “lo suyo”.

Ahora bien, esta definición del término justicia tiene un rol importante para el Análisis Económico del Derecho dentro de la visión que nos presenta Guido Calabresi sobre la materia. En efecto, para este autor, el valor de la Justicia es de tal trascendencia que es constitutivo de las bases de investigación que él nos presenta, puesto que lo que busca es la introducción de factores redistributivos en la solución de conflictos o situaciones de relevancia jurídica que favorezcan la equidad o justicia frente a la eficiencia, siendo este último elemento el valor máximo a alcanzar por el modelo neoclásico, y por ende, de aquí surge una de las oposiciones de Calabresi a tal modelo. Ello es así, porque para este autor, no es admisible que la eficiencia constituya el objetivo supremo de la elección social, dejando al margen otros valores que pueden ser esencialmente más importantes y más deseados por los individuos de la sociedad. En tal sentido, la preocupación por la aceptabilidad social de las decisiones que se deriva de su enlazamiento a los valores asumidos como esenciales por el colectivo social, aun cuando no coincidan con la literalidad del modelo económico del que se parte, es efectivamente una de las notas esenciales en la obra de Calabresi. De hecho, este planteamiento se hace explícito en su análisis de los sistemas de responsabilidad civil, en el cual indica que las funciones principales de tal sistema deben ser el promover la justicia y reducir los costes de determinadas actividades⁶², quedando puesta explícitamente de manifiesto su distancia con respecto a las proposiciones positivas de la corriente mayoritaria. En efecto, señala que sin bien es cierto que es indiscutible que la función principal de la responsabilidad civil es, como vimos cuando hablamos de la definición de los costes, la de reducir la suma de los costes de los accidentes - o de otras situaciones de relevancia jurídica- y de los costes de evitarlos, en todo ello es indispensable la búsqueda de la justicia, pues, como dijimos en su oportunidad, plantea que “un sistema de responsabilidad civil que acentuara la desigual distribución de la renta o que favoreciera los monopolios violaría principios morales y resultaría, a la postre, injusto”⁶³

Sin embargo, ante esta postura de Calabresi con respecto a la función de la Justicia, dijimos que existían críticos, y, entre ellos encontramos a Richard Posner. Posner afirma que, según él interpreta la obra de Calabresi, la función de justicia resulta ser más bien insignificante y que, por tanto, lo relevante es la función de reducir los costes. Por cierto, para este autor, en su obra *The Economics of Justice*⁶⁴ le interesa presentar una concepción económica de la justicia que la equipara a la eficacia o maximización de la justicia.

Efectivamente, como se ha dicho, la exposición del análisis económico del derecho de Posner está recogida en su obra *Economic Analysis of Law* donde define la eficiencia como la exploración de los recursos humanos para que satisfagan las necesidades humanas y en el uso maximizarlos. Así, según Posner, una sociedad eficiente es aquella en la que los bienes están a disposición de aquellos que quieren o pueden pagar los precios más elevado. Y en la mentalidad de Posner esto es justo porque son ellos precisamente para quienes tiene el valor más alto y a esta maximización de la riqueza se llega a través de operaciones de intercambio dentro de un mercado libre donde cada cual produce oferta lo que quiere, e intenta captar, usando los medios que le parece conveniente, a sus clientes. Por ende, se puede decir que con Posner no puede acordarse la teoría de la maximización de la riqueza con la noción de justicia distributiva.

⁶² CALABRESI; Op. cit.;p.42

⁶³ CALABRESI; Op. cit.;p.49

⁶⁴ Posner, Richard. 1983. *The Economic of Justice*. Harvard University Press, Cambridge.

La maximización de la riqueza requiere, para Posner, que el individuo este dispuesto tanto a pagar como a actuar. Ello, puesto que el objetivo de eficiencia o maximización de la riqueza aplicado al Derecho actúa como un sistema de asignación de responsabilidades entre los sujetos implicados en actividades que los interrelacionan para conseguir maximizar los valores o los bienes y, para minimizar los costes de estas actividades. En efecto, este autor señaló en un principio que el único objetivo que se debía perseguir era el de alcanzar la máxima eficiencia en los sistemas de asignación, de costes, transacciones, contratos, responsabilidad civil, etc. y desde esos postulados intentó desarrollar una teoría de la justicia.

A pesar de todo, la postura de Posner y, por tanto, su crítica a Calabresi lejos de socavar las bases de análisis de este autor, más bien contribuye a centrar en su exacto lugar sus posiciones en torno a la necesidad de un concepto más amplio de bienestar que no gire en torno al criterio eficientista. Y en ese sentido bien puede decirse que la obra de Calabresi ha contribuido incluso a modificar los planteamientos de su principal oponente; tal es así, que en la segunda edición de su *Economic Analysis of Law*, Posner reconoce que la eficiencia no es necesariamente la única función social que debe alcanzarse ni el único objetivo deseable, pues existen otros conceptos fundamentales tales como la igualdad, legitimidad, entre otros.

Por ende, uno de los principales aportes de Calabresi y que, que le ha valido el reconocimiento como principal crítico del modelo neoclásico ha sido el rescate de la influencia de la noción de justicia para discusiones actuales sobre cuestiones de relevancia jurídica, teniendo en consideración, eso sí, que se ha de rechazar como arbitrario, el simple alegato de que ciertas formas de actuación lesionan los sentimientos de justicia, pero se admite que la actuación será reprimible como injusta si se demuestra que en nada contribuye su permanencia al logro del objetivo social o que, incluso, entorpece su materialización.

5. VILFREDO PARETO

A. Generalidades: Su concepto de utilidad.

Vilfredo Pareto, nació en Turín, Italia, el año 1848 y falleció el año 1923. Sin embargo, algunos autores señalan como su lugar de nacimiento a París un 15 de julio. Este autor italiano se graduó el año 1869 de Ingeniero y durante 23 años se dedicó a trabajar como director de empresas de ferrocarriles privados y en la industria de la fundición. Desde ese mismo año de 1869 empieza a escribir y meditar sobre Economía y se transforma en un profesional de primer rango en el ámbito internacional, a pesar que los adelantos de la época se comunicaban en lengua inglesa y él lo hacía en francés o italiano. En el año 1892 ocupa la cátedra de Economía de la Universidad de Lausana en Suiza, sucediendo en ella al también célebre economista León Walras, posición que ocupara hasta 1906. De 1912 hasta su muerte en 1923 se dedicó a la sociología política, como lo hacían sus colegas de aquella época.

Wilfredo Pareto no llegó a fundar una Escuela para la Economía, pero sí tuvo una profunda influencia en los medios europeos, sobre todo en Italia. Fuera del continente, en

Inglaterra y los Estados Unidos su influencia fue mínima hasta ya bien entrada la primera mitad del siglo XX.

Dentro de sus obras, *El Manual de Economía Política* (del año 1909) es una de las más importantes, la cual se destaca porque estudia la Teoría de la Demanda del Consumidor y porque de ella ha de arrancar toda investigación moderna sobre la materia. En efecto, Vilfredo Pareto fue el economista que reelaboró las Teorías de la utilidad y la Demanda vigentes en su época. Esto, porque los primeros Utilitaristas pensaban que la utilidad era una magnitud cardinal como la longitud o la temperatura, medibles en “útiles” y que era posible realizar comparaciones interpersonales en tal sentido. Así, por ejemplo, que una cabaña de 20 troncos proporcionaría al Sr. Williams 30 útiles y al Sr. Roberts 45 útiles.

Sin embargo fue Vilfredo Pareto, quien, a principios del siglo XX, negó la posibilidad de hacer comparaciones interpersonales de la utilidad y reconstruyó la Teoría del Consumo y la Demanda sobre una nueva base: el concepto ordinal de la utilidad.

Esto, porque Pareto puso de manifiesto el denominado “modo paretiano de pensar”, el cual no pretende dar explicación de los fenómenos, sino sólo que existen y con qué características. El “significado profundo” que pudiera tener, no le interesa. El análisis paretiano es de total generalidad. Con esto queremos señalar que, para este autor, la Economía Cuantitativa puede así librarse, aunque suene a paradoja, de la necesidad de cuantificar, de medir, operación que por imposible, aprisionaba a la ciencia económica en un callejón sin salida; a partir de Pareto podrá contentarse con lo efectivamente realizable:

compara sin medir. La medida (número cardinal ⁶⁵) es así suplantada por la comparación (el número ordinal ⁶⁶). En efecto y, siguiendo un ejemplo presentado por Pareto, el concepto ordinal permite afirmar tan sólo que para un individuo determinado tres pasteles tienen más utilidad que dos, sin determinar si ese “más” significa el doble o el triple.

Partimos señalando en el encabezado de este párrafo que Pareto reelaboró las Teorías sobre la Utilidad, pues bien, para entender aquello y sobre todo para comprender el pensamiento de Pareto⁶⁷ es que nos adentraremos un poco en el concepto de utilidad.

El concepto de utilidad debe caracterizarse cuidadosamente, pues el sentido que le asigna la Teoría Económica se aleja mucho del que se le concede en el lenguaje usual⁶⁸. En este último, la utilidad es una propiedad objetiva de las cosas. Por ejemplo, la utilidad del carbón reside en su aptitud para producir calor. La utilidad es, así, un hecho válido para todos los hombres y no una relación entre un sujeto determinado y una cosa, también determinada. La utilidad resulta ser, entonces, una propiedad física de los bienes, independiente de todo aspecto cuantitativo. En el lenguaje corriente, lo útil se opone a

⁶⁵ *Gram*. Dícese del adjetivo numeral que expresa exclusivamente el número, la cantidad. (Diccionario Enciclopédico Éxito. Edición año 1991. Barcelona, España. Grupo Editorial Océano).

⁶⁶ *Gram*. Clase de numerales (adjetivos o pronombres) que expresan la idea de disposiciones sucesivas. Se presentan como calificativos en lo que respecta a su significación: primero, segundo, último. Desde el punto de vista formal se combinan con los mismos morfemas que los adjetivos calificativos y, como ellos, se anteponen o posponen al sustantivo. (Diccionario Enciclopédico Éxito. Edición año 1991. Barcelona, España. Grupo Editorial Océano.).

⁶⁷ Esto, porque luego veremos y desarrollaremos uno de los grandes aporte de Vilfredo Pareto a la economía, el llamado “Óptimo de Pareto”

⁶⁸ De hecho, se le define como: “Provecho, conveniencia, interés o beneficio que se saca de una cosa” (Diccionario Enciclopédico Éxito. Edición año 1991. Barcelona, España. Grupo Editorial Océano).

lo dañino, de tal forma que no podría decirse que tiene utilidad una cosa que es física o moralmente perjudicial.

Muy distinto es el concepto de utilidad que nos da la Teoría Económica. Para ella, la utilidad no es una aptitud inherente a las cosas, sino que nace de la relación entre el sujeto y el objeto.

El hombre experimenta o prevé necesidades y -acertada o erradamente- considera que ellas pueden satisfacerse mediante el empleo de ciertos medios que reciben el nombre de bienes. El sujeto establece una relación entre su necesidad y el bien que reputa apto para calmarla o hacerla desaparecer. Esta relación, que envuelve un juicio del sujeto acerca del objeto, es lo que constituye la utilidad. La utilidad es una apreciación del hombre. Las cosas no tienen utilidad sino cuando el hombre estima que reúnen las condiciones requeridas para satisfacer las necesidades que lo rodean. La utilidad es algo personal, psicológico. Las cosas tienen propiedades físicas y químicas inmutables. Sin embargo, la utilidad de estas cosas puede modificarse, pues no basta con que existan tales propiedades, sino que, además, se requiere que el hombre las conozca, desee y sepa aprovecharlas desde el punto de vista de la satisfacción de las necesidades que experimenta. Por ejemplo, que las caídas del agua no fueron útiles hasta que el hombre pudo transformarlas en energía. Podemos apreciar, entonces, el papel que la ciencia y la técnica desempeñan en la creación de nuevas utilidades. Sin embargo, aún hay más, puesto que las cosas pueden tener utilidad aunque estén desprovistas de las cualidades objetivas que el sujeto les atribuye. Por ejemplo, si una persona enferma cree que una hierba puede sanarlo, este hecho basta para que la hierba tenga utilidad, aun cuando, realmente, carezca de tales aptitudes; es la utilidad de los remedios imaginarios. Si el hombre desea algo, simultánea o automáticamente le confiere utilidad. La utilidad surge dondequiera que descansa el deseo del hombre. En consecuencia, la utilidad varía de uno a otro individuo y, respecto de una misma persona, puede modificarse también en razón de la intensidad de las necesidades, el conocimiento o desconocimiento de las cualidades reales de las cosas, etc.

La Economía no considera la utilidad como el atributo de un bien apreciado abstracta o genéricamente. No se trata de un bien en general, sino por el contrario, se trata de la utilidad que, para un sujeto determinado, presenta una cantidad determinada de un cierto bien. Es una categoría concreta que depende, por una parte, de las cantidades necesitadas y, por la otra, de las cantidades disponibles. No es la utilidad de ese cierto bien para todos los hombres, sino que es la utilidad de una determinada cantidad de ese bien para un sujeto, también determinado, que experimenta necesidades de una determinada intensidad.

La utilidad, ¿se confunde, entonces, con lo que los clásicos llamaron valor de uso⁶⁹? El problema no es simple y se presta a alguna discusión. Así, ambos conceptos tienen un carácter eminentemente subjetivo, pero los distinguen diferencias sustanciales. La utilidad resulta del juicio que un individuo emite acerca de un bien determinado. El sujeto confronta el bien con sus deseos y, de acuerdo con esto, lo juzga reconociendo o negando su utilidad. El valor de uso siempre involucra un juicio de importancia relativa: supone una comparación, explícita o implícita, entre diversos objetos. La utilidad existe como atributo independiente y un objeto puede ser útil aunque sea único. A la inversa, el valor no se manifiesta sino cuando se comparan distintos objetos, diversas utilidades. La utilidad es una categoría individual. El valor, es una categoría social o colectiva.

⁶⁹ Se le define como: "El que posee un producto por sus cualidades materiales intrínsecas. Está en relación con su aptitud para satisfacer una necesidad humana". (Diccionario Enciclopédico Éxito. Edición año 1991 Barcelona, España. Grupo Editorial Océano).

Para los clásicos el asunto no aparece claro y confunden las nociones de utilidad y valor de uso, haciéndolas sinónimas. La utilidad de los clásicos es genérica; es la utilidad de un cierto bien para todos los hombres. En cambio, el concepto moderno de utilidad es específico y concreto; es la utilidad de una determinada cantidad de un cierto bien para un determinado sujeto.

La utilidad de un bien no envuelve apreciación acerca de los aspectos morales de la satisfacción que procura. La utilidad es, en suma, un atributo neutro que adquiere todo bien por el simple hecho de ser apetecido por el hombre. Por ejemplo, la morfina -dice Pareto- no es útil en el sentido ordinario de la palabra, ya que es nociva para el morfinómano, pero es útil desde el punto de vista económico, pues satisface una necesidad⁷⁰.

La ciencia económica no formula juicios morales, no le corresponde hacerlos. A la Política Económica le compete juzgar si es conveniente limitar ciertos consumos o favorecer otros, atendidas ciertas consideraciones de diversas índoles como es la ética.

La utilidad de un bien puede variar, además, a causa de la acción de factores que, indirectamente, influyen sobre el juicio que formula el sujeto. Tales influencias derivan, sobre todo, de las relaciones de complemento y sustitución que es posible existan entre algunos bienes. Pongamos un ejemplo para graficar aquello: la bencina, por sí sola, carece de utilidad para el sujeto que no dispone de un vehículo motorizado. Su utilidad surge cuando ese individuo adquiere, por ejemplo, un automóvil. En este caso, la utilidad de un bien (la gasolina) se debe a que complementa otro bien (el automóvil).

Otro ejemplo: la utilidad de la seda natural disminuyó cuando se produjo la seda sintética; en este ejemplo, la utilidad de un bien -la seda natural- disminuye debido a que otro bien -las telas sintéticas- pueden sustituirla en el deseo y el consumo efectivo de los sujetos⁷¹.

B. Su aporte a la Economía: El Criterio u Óptimo Pateriano

En el párrafo anterior hicimos referencia a uno de los elementos importantes dentro de la obra de Pareto, como lo es el concepto de utilidad. Será, a partir de ese concepto que desarrollaremos en este párrafo el criterio denominado Criterio u Óptimo de Pareto.

Pues bien, hemos analizado en nuestra Memoria que el gran problema que debe hacer frente la Ciencia Económica es la escasez, éste, como cualquier otro se analiza exclusivamente sobre la base del comportamiento del individuo. Los grupos o colectivos que forman la dinámica social serán, en todo caso, analizados como resultado del comportamiento de los individuos que los componen. El bienestar social es considerado como el bienestar de cada uno de sus miembros e, incluso, las acciones o decisiones del gobierno o Estado se contemplarán como resultados del comportamiento de los individuos que conforman los diferentes cuerpos burocráticos.

De este presupuesto individualista se derivan, por lo demás, dos importantes proposiciones:

Que los individuos son capaces de juzgar su propio bienestar y;

⁷⁰ Pareto, Vilfredo. 1945. Manual de Economía Política. Buenos Aires, Argentina. Editorial Atalaya P. 157

⁷¹ Baltra Cortes, Alberto. 1968. Teoría Económica (segunda edición). Santiago de Chile. Editorial Andrés Bello. P.57.

Que sus juicios no dependen del bienestar o de la situación de los demás individuos, es decir, que se excluye decididamente el comportamiento altruista como norma general de acción económica.

La primera de ellas puede ser reformulada diciendo que el objetivo perseguido por el sujeto económico es la maximización de su propio beneficio o utilidad y que ello se lleva a cabo racionalmente. Racionalidad que no ha de interpretarse más que en el sentido de que el individuo procede siempre a realizar elecciones consistentes, que elige aquellas alternativas que le resulten mejores entre las que están a su alcance. No se trata de saber por qué los individuos prefieren una cosa a otra, una situación a otra, sino que se establece que si una alternativa ha sido elegida es porque le reporta una mayor satisfacción, *utilidad* o beneficio.

Del modelo neoclásico no cabe deducir, por otra parte, que todos los individuos sean racionales o que todos los supuestos de los que parten sus elecciones sean realistas. Solamente que a través del supuesto de racionalidad es posible conocer qué consecuencias consistentes se derivan de un comportamiento predeterminado.

La segunda de las proposiciones puede ser interpretada tanto desde la perspectiva de que al individuo le interesa la consecución de su propio interés, como desde el punto de vista de la negación de la posibilidad de la conducta social altruista. En cualquiera de los casos lo determinante es que el individuo se enfrenta a los demás con una determinada función de utilidad, porque la racionalización de la elección humana en función de la maximización de la utilidad, no afirma que los individuos están motivados por el placer o por evitar el dolor. La utilidad puede, incluso, no proporcionar placer o dolor en una situación de elección concreta; unos fines pueden ser más importantes que otros. Más aún, no se puede afirmar que los individuos son egoístas como opuestos a altruistas. Ello, porque el interés de uno hacia los demás es una parte de la función de utilidad, así como lo es el interés por uno mismo.

Así, del presupuesto de racionalidad, se siguen, a su vez, tres importantes conclusiones:

1. Todos los bienes son sustituibles, de manera que siempre habrá una combinación de intercambio entre dos bienes que proporcione idéntica satisfacción, es decir, que, en tal proporción sean igualmente preferidos.

2. El individuo siempre llevará a cabo una conducta maximizadora. Preferirá siempre, como suele decirse, lo más a lo menos y tratará en cualquier situación de maximizar su beneficio o utilidad o minimizar costes. Esto significa que ante expectativas de cambios en los costes o beneficios de sus acciones actuará de forma predecible.

3. No sólo el individuo tratará de que los beneficios superen a los costes sino que para que aquéllos resulten adecuados a su conducta maximizadora, su nivel de actividad o el límite hasta donde llevara a cabo sus acciones vendrá determinado por la igualdad entre su beneficio y su coste marginal.

Básicamente, estos presupuestos conforman el núcleo central del modelo neoclásico. Los demás que puedan surgir, consistirán en aplicarlos en cada caso concreto. Sin embargo, es necesario destacar otros dos conceptos ideáticamente esenciales para comprender el desarrollo del modelo neoclásico:

1. El supuesto de estabilidad de las preferencias de los individuos y;
2. El concepto de coste de oportunidad.

El primero de ellos es, en cierto sentido, consecuencia del principio de racionalidad. Sobre la base de ello, se ha señalado que si las preferencias cambian, habría de entenderse que las elecciones previamente efectuadas carecen de consistencia, tirándose así a la basura con dicho requisito de la conducta individual. Sin embargo, es evidente la debilidad de tal afirmación, que precisamente origina profundas críticas a la validez del modelo. Quizá la opinión más sincera sobre el tema la exponga el economista Le Roy Miller quien aclara suficientemente el papel del supuesto de estabilidad: “De hecho -dice Le Roy- es posible explicar *todo* sobre la base de supuestos cambios en los gustos y preferencias. Por lo tanto, si apelamos a los cambios en el comportamiento de los individuos, acabamos por usar simples verdades evidentes. Los economistas no tienen una teoría para explicar los cambios en los gustos. Es más no tenemos una medida de supuestos cambios en los gustos...Por esta razón, suponemos que los gustos son constantes y que se han de buscar otras características que puedan afectar el comportamiento del consumidor”.

El concepto de coste de oportunidad, que puede definirse como “el valor de un recurso en su mejor uso alternativo”, resulta un concepto esencial en cuanto liga el problema de la escasez y la alternativa de los recursos no es necesariamente igual a su valor o coste financiero.

Sobre la base de todos estos criterios y postulados, el modelo neoclásico establece la posibilidad de que sea alcanzado un máximo de utilidad o bienestar individual. Sin embargo, el verdadero problema económico es como trasladar el propio concepto de bienestar individual y sus propios condicionantes a escala social, a nivel de toda la sociedad porque, ciertamente, el problema de alcanzar un máximo social a partir de los deseos individuales es precisamente el problema que ha sido siempre primordial en el campo de la economía del bienestar.

El criterio tradicionalmente adoptado en tal sentido es el que se conoce como “Óptimo de Pareto”, el cual establece que un movimiento de una situación a otra constituye una mejora del bienestar social si no se reduce el bienestar individual y, si al menos, mejora la situación de un individuo. Tal criterio se funda en que el individuo es el mejor juez de su propio bienestar y que el bienestar de la sociedad depende del bienestar de los individuos que la componen.

Se llegará a un “Óptimo de Pareto” cuando el bienestar de un individuo no puede aumentar sin disminuir el bienestar de otros miembros de la sociedad. Y, el modelo neoclásico establece que bajo determinadas circunstancias que conforman un mercado de competencia perfecta se alcanzara dicha situación óptima. Aunque nadie persiga el bien de la comunidad, aunque cada individuo persiga exclusivamente su propio interés, el resultado será el mejor para todos, y los recursos, sin necesidad de ninguna influencia exógena al propio mercado, gravitarán hacia donde su valor económico sea mayor.

Si los recursos sociales fueran inicialmente distribuidos de otra forma entre los individuos, la demanda de bienes y servicios podría ser distinta, los precios -que vienen determinados por la oferta y la demanda- también variarían y se alcanzaría, por lo tanto, una combinación óptima distinta a la anterior. Es decir, el modelo neoclásico propugna que dada una distribución inicial de recursos determinada, un mercado de competencia perfecta proporciona un estado de cosas que se define como “Óptimo de Pareto” y que proporciona el mayor grado posible de eficiencia social.

Ahora bien, si recordamos, analizamos en capítulos anteriores la Teoría del Equilibrio General el cual, a modo de resumen, señalaba que el comportamiento maximizador de productores y consumidores puede generar, y bajo ciertas condiciones generará, una

situación de equilibrio entre las cantidades demandadas y ofrecidas de cada producto y cada factor de la economía. Esta idea que, dijimos, es conocida como la Teoría del Equilibrio General presume que en cada bien particular transado en el mercado se llegará a un equilibrio parcial y que, sumados los equilibrios de todos los bienes de un mercado, se llegará al equilibrio general, que se expresará para cada bien transado en un precio de equilibrio, ya que con dicho precio, señalan los autores SCHAFFER Y OTT⁷², “se ofertarán y demandarán exactamente los mismos bienes. No surgen excedentes ni de oferta ni de demanda”⁷³.

Así entendida, la palabra “equilibrio”, en palabras del economista Richard Posner, significa “punto estable, esto es, un punto en el que no hay ningún incentivo para que los vendedores alteren el precio o la producción, a menos que cambien las condiciones de la demanda o de la oferta”⁷⁴. Por ello, si se produce cualquier tipo de modificación como, por ejemplo, que existan más personas dispuestas a comprar o más productores dispuestos a vender, producirá un desequilibrio, que propenderá a restablecerse si hay exceso de demanda, habrá escasez del bien, lo que hará aumentar su precio, disminuyendo, por consiguiente, la demanda hasta un nuevo punto de equilibrio y así, pero en sentido inverso, ocurrirá con el exceso de oferta.

La Teoría del Equilibrio General, además de explicar los equilibrios en la producción y consumo de bienes dentro de un mercado, tiene una importancia elemental: si se cumplen ciertas condiciones, un punto donde se maximiza el bienestar colectivo, entonces, estaremos en presencia de una situación social que se conoce con el nombre de *Óptimo de Pareto*⁷⁵. Este Óptimo de Pareto nos ha de servir, además, como criterio para establecer comparaciones entre distintas situaciones económicas.

Los autores Hans-Bernd Schaffer y Claus Ott, definen la Eficiencia u Óptimo de Pareto en los siguientes términos: “es una situación social en la que sólo se consigue una mejora para alguien, si al menos otra persona sufre por tal motivo un perjuicio”⁷⁶. De esta manera, en el estado eficiente de Pareto, no es posible ningún cambio en la distribución de los bienes o recursos para mejorar la situación de alguien, sin perjudicar a otro. Por ello, cuando se está en una situación en que no es posible encontrar ningún cambio que permita que alguien mejore sin que nadie empeore, entonces se dice que estamos frente a un Óptimo de Pareto (o también a una asignación eficiente en el sentido de Pareto)

Dicho de otra manera: un Óptimo de Pareto se caracteriza porque no es posible encontrar otra asignación de recursos en que nadie empeore y al menos una persona mejore. Para algunos autores, el Óptimo de Pareto se define de la siguiente manera: “es eficiente en el sentido de Pareto si no existe ninguna otra asignación que permita a todo el mundo disfrutar al menos del mismo bienestar y que mejore estrictamente el de algunas personas.”

Incluso podría decirse de otra forma: cuando dada una asignación de recursos, cualquier cambio que se haga para mejorar a una persona necesariamente implique un perjuicio para otra, entonces, estamos ante un Óptimo o Eficiencia de Pareto.

⁷² Schaffer, Hans-Bernd y Ott, Claus. 1991. Manual de Análisis Económico del Derecho Civil. Editorial Tecnos S.A. Madrid, España.

⁷³ Ugarte, José Luis. 2001. Op. cit. p. 6

⁷⁴ Posner, Richard. 1998. El Análisis Económico del Derecho. Editorial Fondo de Cultura Económica. México P. 16.

⁷⁵ Ugarte, José Luis. 2001. Op. cit. p. 7

⁷⁶ Ugarte, José Luis. 2001. Op. cit. p. 7.

Este concepto de eficiencia, que describe un estado óptimo (todos en la mejor situación posible sin cambios que perjudiquen a otro) implicará una regla para la toma de decisiones sociales: una sociedad debe pasar de una situación X a Y, si todo miembro de dicha sociedad prefiere la situación Y a X. En este caso, por tanto, la decisión toma el nombre de “Mejora de Pareto o Mejoramiento Paretiano”⁷⁷ y, como es fácil de advertir, supone una regla de unanimidad en la toma de decisiones públicas.

Las condiciones para que un mercado competitivo y en equilibrio logre este estado de Óptimo Paretiano, que durante siglos, desde Adam Smith, se atribuyó a la acción de una “mano invisible”, fueron explicadas por la década del sesenta, estableciéndose que, en ausencia de bienes públicos, efectos externos y rendimientos crecientes, si existen muchos agentes compradores y vendedores y un mercado para cada bien en el que se forma un precio competitivo por todos, el sistema de precios proporcionará información suficiente acerca de los datos de la economía para que las decisiones descentralizadas e interesadas de todos los agentes conduzcan a través de los mecanismos de la oferta y la demanda a un estado económico caracterizado por la eficiencia (en el sentido de Pareto) en la asignación de los recursos.

La consecuencia de la conexión de estas ideas, a saber: que la conducta individual maximizadora de beneficios extendida a productores y consumidores llevará a una situación social de equilibrio general, por efecto de la “mano invisible” de la competencia del mercado, será el surgimiento del estado óptimo de aprovechamiento de los recursos (Óptimo de Pareto). En efecto, como vimos en párrafos anteriores, el modelo neoclásico establece que bajo determinadas consecuencias que conforman un mercado de competencia perfecta se alcanzara dicha situación óptima. Aunque nadie persiga el bien de la comunidad, aunque cada individuo persiga exclusivamente su interés individual, el resultado será el mejor para todos, y los recursos sin necesidad de ninguna influencia exógena del mercado, gravitarán hacia donde su valor económico sea mayor. Así, dicho en palabras de Richard Posner, a la maximización de la riqueza se llega a través de operaciones de intercambio dentro de un mercado libre donde cada cual produce y oferta lo que quiere, e intenta captar, usando los medios que le parecen convenientes, a sus clientes y siendo la posibilidad de elección de los individuos la manera más eficiente de maximizar el bienestar individual. Es, según sus palabras, el sistema del liberalismo capitalista: el juego de la demanda no intervenida por un factor externo o extraño a la propia actividad económica. Dicho en otras palabras, la libre competencia entre los agentes económicos. El final, según Posner, es el Óptimo de Pareto, donde ningún individuo puede aumentar su bienestar sin disminuir el de los demás miembros de la sociedad.

Es importante resaltar un punto planteado por este autor y que se encuentra vinculado con el principio de unanimidad que será tratado más adelante. En efecto, Richard Posner, en su artículo “Maximización de la Riqueza y *Tort Law*: Una Investigación Filosófica”, indica que “el Principio de Pareto, que es que un cambio (incluso un cambio causado por un accidente o una acción intencional) es bueno si beneficia al menos a una persona y no perjudica a nadie. Este es un principio liberal, por cuanto todos tienen derecho a la mayor cantidad de libertad posible mientras sea consistente con la libertad de las demás personas. El principio de Pareto protege a una persona de actividades dañinas realizadas por otros por la vía de insistir que todas las personas que son potencialmente perjudicadas por aquellas actividades, consientan en los efectos que tendrán sobre ellas. Las personas normalmente

⁷⁷ La *Mejora de Pareto* establece que una asignación de recursos es mejor que otra cuando en el cambio de una a otra situación económica alguien mejora y nadie empeora. Dicho en otras palabras, *Mejoramiento Paretiano* significa todo cambio en el que algún individuo obtiene más utilidad sin que disminuya la utilidad total de ningún otro.

consentirán en ser perjudicados sólo si han recibido algún tipo de compensación, cuyo resultado es, haciendo un balance, que no han sido perjudicados por la actividad dañina. Por el hecho de que requiere unanimidad, el principio de Pareto en su forma pura evita las objeciones del mayoritarismo.

Ahora bien, devolvámonos un poco en el análisis y adentrémonos en un punto anteriormente tratado, como lo es el principio de la unanimidad. Ello, porque una de las más importantes variables utilitaristas es, precisamente, el principio de la unanimidad basado en el criterio del Óptimo de Pareto, según el cual una política es buena si a algunos les va “mejor” (en términos de ser capaces de satisfacer las necesidades) con dicha política y a ninguno le va “peor”. Una versión estricta del Óptimo de Pareto implica unanimidad: toda persona aceptará una acción gubernamental con la que cree le irá mejor o, en todo caso, no peor. En efecto, en los últimos años se ha subrayado con energía este principio de la unanimidad como base de un acuerdo libre con acuerdos voluntarios y contractuales.

Este principio ofrece grandes atractivo a los economistas deseosos de emitir juicios políticos, porque, con mucha mayor razón que en el caso de la simple mayoría, un economista puede defender con seguridad una economía favorablemente acogida por todos los miembros de una comunidad. Pero, aunque a primera vista este principio de la unanimidad es atrayente para los adherentes a una economía liberal, lleva en su propio núcleo una grieta vital e irreparable: que la bondad de los contratos libres o de los cambios -aprobados por unanimidad- respecto de la situación actual depende enteramente de la bondad o de la justicia de esa situación en sí misma considerada. Pues bien, ni el Óptimo de Pareto ni su variante del principio de la unanimidad pueden decirnos algo sobre la bondad

o el beneficio de ese *status quo*⁷⁸, ya que se centran tan sólo en el tema de los cambios frente a esa situación, es decir, en el punto cero. Y eso no es todo: la exigencia de que los cambios cuenten con aprobación unánime congela forzosamente el *status quo* actual. Si esta situación es injusta o represora, el principio de unanimidad se convierte en un grave obstáculo a la justicia y la libertad, no en un baluarte en el que apoyarse.

Por ello, se ha criticado este Óptimo de Pareto, precisamente porque el concepto técnico de eficiencia económica sólo describe un estado óptimo de bienestar dada una asignación inicial de recursos, sin embargo nada dice sobre si dicho estado es justo, porque como destaca Calsamiglia “el concepto de eficiencia u Óptimo de Pareto es totalmente insensible a las consideraciones distributivas y, por tanto, no está claro que sea un objetivo socialmente legítimo”⁷⁹. Un sencillo ejemplo, agrega Calsamiglia, explicará este punto: “si tenemos cuatro manzanas a repartir entre A y B y se las damos todas a A alcanzaremos una asignación eficiente (para mejorar a B es inevitable quitar una manzana a A lo cual le perjudica). En realidad todas las distribuciones que reparten manzanas son eficientes. No todas ellas serán justas. Las distribuciones ineficientes son aquellas que no reparten todas las manzanas: siempre será posible repartir la manzana no distribuida y alcanzar una situación unánimemente preferida a la inicial”⁸⁰.

Además, otra de las críticas, no obstante ser factible la demostración técnica de la posibilidad de llegar al Óptimo de Pareto y su mérito ético de fundarse en la unanimidad, la

⁷⁸ *Lat.* Se refiere al estado existente de las cosas. Suele emplearse en la expresión: *mantener el status quo*, es decir, mantener la posición social o el nivel de vida adquirido. (Diccionario de locuciones usuales y voces extranjeras. 1991. Barcelona, España. Editorial Océano)

⁷⁹ Calsamiglia, A. 1998. Justicia, eficiencia y derecho. España. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 1.

⁸⁰ Ugarte, José Luis. 2001. Op. cit. p. 7

eficiencia entendida al modo paretiano presenta muchos límites para la toma de decisiones colectivas: “la preferencia discrepante de una persona supone ya un obstáculo para la decisión”⁸¹. Como señala POSNER “el criterio de la superioridad en el sentido de Pareto es la unanimidad de todas las personas afectadas. Siendo esta una concepción muy austera de la eficiencia, con pocas aplicaciones prácticas en el mundo real, porque la mayoría de las transacciones tiene efectos sobre terceras personas”⁸². En efecto, porque a pesar que el beneficio que se obtenga de dañar a la otra parte o a un tercero sea mayor que la pérdida que se provoca, dicho acto no deberá realizarse, con la consiguiente pérdida de bienestar social. De ahí esta segunda crítica, en el cual se plantea que no considera a la justicia distributiva⁸³, al estimar el status quo como una situación justa.

Fue por esta razón, que a finales de la década del treinta (específicamente en el año 1939), dos economistas: John Hicks y Nicholas Kaldor, propusieron un criterio alternativo, de corrección a la falla del criterio de eficiencia paretiano, que al ser más operativo, se presentó como superior al de Pareto. Es el llamado *Criterio del Equilibrio Eficiente* o *Criterio Corrector Kaldor-Hicks*, el cual será tratado en el capítulo siguiente.

TEORIA DEL EQUILIBRIO EFICIENTE DE KALDOR-HICKS

A. Generalidades

KALDOR, NICHOLAS (1908-1986).

Nicholas Kaldor nació en Budapest. Estudió en el Model Gymnasium de Budapest y en la London School of Economics. Fue profesor de esta última entre los años 1932 y 1947. Posteriormente fue docente en el Kings College de Cambridge.

Socialdemócrata y keynesiano, se especializó en desarrollo económico, siendo asesor de varios países subdesarrollados. Asimismo, fue asesor económico del gobierno laborista y Consejero del Tesoro.

Nicholas Kaldor elaboró un modelo de crecimiento estable que complementaba el modelo de R.F. Harrod y E.D. Domar, conciliando la tasa de crecimiento “garantizado” con la tasa de crecimiento “natural”.

Su teoría de la distribución supuso una superación del Óptimo Paretiano. Consideraba que si un cambio en la distribución de la renta permitía que los que se beneficiaban de él compensasen plenamente a los perjudicados, el resultado sería un aumento del producto y del bienestar general.

HICKS, JOHN (1904-1989).

Este economista británico ha sido una de las figuras más destacadas del pensamiento económico del siglo XX. Licenciado en Oxford, fue profesor de la London School of Economics entre los años 1926 y 1935. Posteriormente ejerció la docencia en las Universidades de Cambridge, Manchester y Oxford. Seguidor de Walras y Pareto, aplica la técnica de las curvas de indiferencia a los bienes, reconvirtiendo así la teoría de la demanda.

⁸¹ Schaffer y Ott. Op. cit. p. 39

⁸² Posner. Op. cit. p. 21

⁸³ *Justicia distributiva*. La que arregla la proporción con que deben distribuirse las compensaciones y los castigos. (Diccionario

Enciclopédico Éxito. 1991. Barcelona, España. Grupo Editorial Océano)

John Hicks obtuvo el Premio Nóbel de Economía en 1972, compartido con K.J. Arrow, “por sus contribuciones pioneras a la Teoría del Equilibrio Económico General y a la Teoría del Bienestar”.

Quizá su aportación más popular fue el artículo del año 1937 publicado en la revista *Econométrica*: “Mr. Keynes and the Classics: A suggested interpretation.” En él realizó un esfuerzo de conciliación del pensamiento de Keynes, cuya obra fundamental fue publicada conjuntamente con los modelos clásicos de equilibrio. De ello resultó un modelo, posteriormente conocido como el *Modelo Hicks-Hansen* o *Curvas IS-LM*. Este modelo, el cual Hicks diseñó junto a Alvin Harvey Hansen, representa las relaciones entre la teoría de la demanda efectiva y la teoría de la preferencia por la liquidez. Este modelo es el más exitoso intento de expresar las ideas de Keynes como un sistema de ecuaciones fácil de explicar. A pesar de ello, es un modelo muy criticado, tanto por su falta de consistencia interna como por su pretensión de representar las ideas de Keynes.

B. Teoría del Equilibrio Eficiente

Como el concepto de Eficiencia Económica no ha resultado ser una noción unívoca dentro del Análisis Económico del Derecho, las diversas Teorías de la Elección Social han postulados diferentes criterios para definirlo. Así, señalamos en el capítulo anterior que uno de estos conceptos lo había dado Vilfredo Pareto, a través del Criterio u Óptimo que lleva su nombre, no obstante, también indicamos que su postura había sido objeto de varias críticas⁸⁴ y que una de ellas correspondía a la realizada, en la década del treinta, por los economistas Nicholas Kaldor y John Hicks. Sin embargo, es importante resaltar que estos autores no modificaron radicalmente el Criterio de Pareto sino que, por el contrario, sin necesidad de alterar rotundamente los presupuestos de Pareto, propusieron un matizado concepto de eficiencia también referido al alcance de una situación óptima.

En efecto, estos dos economistas, en el año 1939 propusieron un criterio alternativo, de corrección a la falla del óptimo de eficiencia paretiano, que al ser más operativo, se presentó como superior al de Pareto; el criterio es denominado Teoría del Equilibrio Eficienteo Criterio Corrector de Kaldor-Hicksel cual señala lo siguiente: una decisión es eficiente y debe llevarse a cabo si, al menos, un miembro de la sociedad resulta favorecido y, como mínimo, otro resulta perjudicado, resultando *posible* indemnizar⁸⁵ al perjudicado con el beneficio del favorecido y si, a pesar de ello, éste último sigue teniendo alguna ventaja. Simplemente proponen que el análisis de coste-beneficio demuestre que los beneficios logrados superen a las pérdidas.

Dicho en otras palabras, un estado es Kaldor-Hicks, siempre y cuando las ganancias de quienes ganan con ese estado social sean superiores a las pérdidas de quienes con él pierden, aún cuando quienes ganen no compensen a quienes pierden.

Este Criterio de Kaldor-Hicks es mejor que el de Pareto, según sus autores, porque no exige ningún acuerdo del perjudicado por la decisión y, más aún, ni siquiera exige que *efectivamente* se le indemnice sino, nada más, que exista la posibilidad de hacerlo, no

⁸⁴ Una de ellas correspondía al hecho de que el Óptimo Pareto, era un criterio restringido por cuanto exigía la **unanimidad** para la toma de decisiones públicas.

⁸⁵ Es decir, no será necesaria la indemnización efectiva.

obstante que en la realidad por diversos motivos (por ejemplo, altos costos administrativos) no sea oportuno o razonable hacerlo⁸⁶.

Así entendida, esta variante (la más aceptada) del Óptimo de Pareto también se le ha conocido como “Principio de la Compensación”, la cual exhibe todas las deficiencias del estricto principio de la unanimidad y añade algunas nuevas de su propia cosecha. Según este principio y las acepciones de éste dadas en líneas anteriores, una política pública es “buena” si los que salen ganando (en capacidad de satisfacción de sus necesidades) con ella pueden compensar a los que salen perdiendo y obtener además ganancias netas. Por consiguiente, aunque en un primer momento hay quienes pierden capacidad de satisfacción a causa de esta política, ya no lo habría cuando se lleva a cabo la compensación.

Ahora bien, este principio da por supuesto que es conceptualmente posible sumar y restar las satisfacciones de diferentes personas y medir, por ende, sus pérdidas y ganancias; y asume también que puede calcularse con precisión las pérdidas y ganancias individuales. Pero la Economía nos informa que las “utilidades” y, por consiguiente, también las ganancias y pérdidas de “utilidad”, son conceptos psíquicos puramente subjetivos que no se pueden medir y ni siquiera estimar. Así, pues, no es posible sumarlas, restarlas, ponderarlas o compararlas con las de otros, y mucho menos descubrirse las compensaciones precisas. Los economistas concuerdan, en general, en medir las pérdidas psíquicas de “utilidad” mediante el precio monetario de un activo o de una propiedad. Así, por ejemplo, si el humo de las locomotoras de un ferrocarril daña una granja, los compensacionistas suponen que puede calcularse el daño sufrido por el granjero mediante el precio de mercado de la finca. Pero semejante presupuesto ignora el hecho puede muy bien ocurrir que nuestro granjero sienta hacia su granja un afecto muy superior al precio de mercado. E ignora asimismo que es imposible descubrir qué apego podía sentir el propietario de su tierra. No tiene sentido *preguntárselo* al granjero mismo porque éste podría jurar que no hay dinero en el mundo con que pagárselo: ante esto podríamos pensar que está mintiendo. Así visto no existen medios, sean a través de políticas gubernamentales o acciones de una economía liberal, para descubrir la verdad. Por ello, el tema de la compensación dentro del Criterio Kaldor-Hicks no es un tema menor, sin embargo, hay que hacer hincapié en que su criterio no plantea la compensación efectiva, sino sólo la posibilidad de ésta.

Por otro lado y, atendido todo lo anteriormente expuesto, el criterio del Equilibrio Eficiente de Kaldor-Hicks ha de resultar tremendamente importante para el Análisis Económico del Derecho, ya que ha de desembocar en la denominada Regla de la Subasta desarrollada por Richard Posner, según la cual, la eficiencia se logra cuando los recursos a través de intercambios voluntarios son llevados hacia aquellos usos en los cuales su valor (entendiéndose como tal, la voluntad de pagar por parte de dicho titular de dicho uso), es máximo.

La trascendencia para Posner de la citada Regla de la Subasta, según los seguidores del Análisis Económico del Derecho, es indiscutible: el sistema jurídico, ya sea por intermedio del juez o del legislador, debe preferir aquella solución que signifique atribuir el derecho a quien este dispuesto a pagar más por su titularidad, única forma de alcanzar el estado de eficiencia óptima. La eficiencia, a fin de cuentas, para el Análisis Económico del Derecho, equivale al mayor aumento posible de la riqueza, lo que quiere decir que toda situación jurídica debe ser preferida, también por el Derecho, cuando aumenta el nivel total de la riqueza en nuestras relaciones sociales.

⁸⁶ Ugarte, José Luis. Op. cit. p. 8

Por esta razón, Richard Posner señala que “sólo tienen valor, y son susceptibles por ello, de intervenir en la definición de aquello cuya maximización se puede lograr, aquellas satisfacciones personales, y solamente aquellas que están en alguna medida apoyadas por una voluntad y capacidades reales de pago.”⁸⁷

Para Posner, la riqueza corresponde a todo lo que tiene “valor en dólares o equivalente en dólares a lo que exista en la sociedad” y la única manera de medirla es la voluntad y la capacidad de pago.

Así, Posner no deja dudas de lo anterior, cuando señala que “la idea más importante que tenemos que tener presente con relación al concepto de valor es que está basado en lo que la gente está deseando pagar por algo, más que la felicidad que derivará de su tenencia”. A ello añade “el individuo que desearía enormemente tener un bien pero no quiere o es incapaz de pagar por él (quizás por que es indigente) no valora el bien en el sentido en el que estar usando el término valor.”⁸⁸

En otro punto y, relacionado con lo anterior, pese a que le propio concepto de eficiencia ha requerido ser considerado como un concepto contextual que debe matizarse en cada acción económica, tanto su generalización como objetivo superior y la dificultad de contrastación de lagunas de las bases de partida para lograrla han dado lugar a una importante controversia en el Análisis Económico del Derecho. Porque si el objetivo de eficiencia no es alcanzable siempre y en toda circunstancia, la consecuencia natural es plantearse si es aceptable como objetivo único a alcanzar en todo momento o si no es más consecuente proponerse como tales otros que vayan más allá de la asignación técnicamente eficiente.

Finalmente, a modo de resumen, respecto del Criterio corrector Kaldor-Hicks podemos destacar dos aspectos esenciales:

Este Criterio es un principio de maximización de la riqueza. Por ello, la acción o conducta sólo debe poder realizarse, si el beneficio social es mayor que los costos sociales de efectuarlo. Es importante destacar que dicho coste y beneficio social deben comprender la internalización de todos los costes; así, por ejemplo, si una fábrica decide contaminar un río con desechos tóxicos, pero para ello sólo se considera compensar a los pescadores que perderán su fuente de trabajo, no se consideran todos los costes. Para internalizar todos los costes debe valorarse la pérdida para las generaciones futuras, respecto del goce del río o considerar el perjuicio de los propietarios ribereños, que verán devaluado el valor de sus propiedades o no podrán gozar más del referido río.

En virtud de este principio, sólo debe existir la *posibilidad* de compensar. Los fundamentos de esta restricción parecen estar en la libertad contractual, pero dicho fundamento sólo es aceptable respecto de las partes y no respecto de terceros (de esta forma se tratan de evitar externalidades negativas que incentivan la toma de decisiones ineficientes).

⁸⁷ Posner, Richard. Op. cit. p. 39.

⁸⁸ Posner, Richard. Op. cit. p. 21

CAPITULO SEGUNDO ESTUDIO DE LAS NORMAS PROTECTORAS DE LA MATERNIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL Y SOCIAL

A. Consideraciones previas:

Hemos de partir señalando que las normas protectoras de la maternidad son una consecuencia de la preocupación del legislador de proteger a los trabajadores más débiles ya sea por su edad, sexo, o ciertas circunstancias que disminuyen su capacidad de trabajo, como en el caso del embarazo que constituye el objeto de protección de las normas protectoras de la maternidad.⁸⁹

Protección de la maternidad en nuestra Constitución y el principio de no discriminación

La protección a la maternidad es uno de los tópicos de mayor relevancia tanto a del derecho laboral como de la Seguridad social en general.

La maternidad tiene el carácter de bien jurídico tutelado en el más amplio sentido de la palabra, que debe ser consagrado en la legislación social, por cuanto al tutelarse a la madre no sólo se le cuida a ella sino, también al hijo y con ello a toda la comunidad. Por esto estas normas de carácter general van más allá de lo meramente laboral e interesan a la comunidad nacional como un todo y son un derivado del derecho a la vida, que es el primero de los derechos humanos.

La Constitución Política de la República de 1980 asegura en su artículo 19 N° 1 el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. Además señala que la ley protege la vida del que está por nacer.

Claramente las normas sobre protección a la maternidad del Código del Trabajo, tienen como fin asegurar este derecho constitucional, protegiendo la vida de la mujer embarazada, su hijo, y con ello a toda la sociedad.

La Constitución política de la República de 1980, en su artículo 19 N° 16 asegura a todas las personas la libertad de trabajo y su protección, y señala que se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

Este concepto se complementa con lo dispuesto en el Código del Trabajo, que señala en su artículo 2 que son contrarios a los principios de las leyes laborales las discriminaciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de color, sexo,

⁸⁹ Humeres Noguera, Héctor. 2000. Derecho del trabajo y la seguridad social. Editorial Jurídica de Chile. 190 p.

sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social. En consecuencia ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a estas circunstancias.

Este principio denominado de la no discriminación, es fundamental en el derecho laboral y social. Para el profesor Américo Plá Rodríguez⁹⁰, considera que el principio de la no discriminación debe llevar a poner término con todas aquellas diferenciaciones que coloquen a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto, sin una razón válida o legítima.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), por su parte señala que el termino discriminación laboral, en su recomendación N° 111 de 1958, comprende cualquier exclusión o preferencia que tenga por objeto alterar la igualdad de oportunidades o tratos en el empleo o ocupación.

Las Naciones Unidas, consideran como discriminatorios todos los motivos de distinción, exclusión o restricciones 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.

La discriminación puede ser directa o indirecta.⁹¹ En el primer caso, el único criterio que sostiene la discriminación es el sexo de la persona, en cambio en la discriminación indirecta, se aplican exigencias como talla, peso, altura sin justificación alguna.

En Chile la discriminación laboral de la mujer se registra durante los años de fertilidad, pues las empresas asocian este periodo con un aumento de licencias médicas y de otros costos vinculados a este periodo, como el mantenimiento de salas cunas, si se contare con más de 20 trabajadoras.

En el caso chileno, este punto es particularmente importante, pues con el mayor ingreso de La mujer al mundo laboral actual, pueden producirse graves conflictos entre el acceso al trabajo de la mujer y aquellas normas destinadas a salvaguardar la maternidad. Se presenta la dificultad de conciliar la protección de la empleabilidad de la mujer en el mundo moderno, y su derecho a ser madre.

Las causas de la discriminación laboran en nuestra sociedad son ⁹² :

El doble rol de la mujer trabajadora y de madre, que la hacen víctima de supuestos discriminatorios por parte de los empleadores, por ejemplo, la creencia de que descuidan el trabajo por preocuparse también de los quehaceres del hogar.

Mayores tasa de ausencia por problemas domésticos (por ejemplo, el cuidado de hijos enfermos).

Sin embargo, con respecto a este tema, el porcentaje de mujeres que se ausentó en forma injustificada alcanza al 4,3 % del total de mujeres, mientras que en los hombres, la cifra llegaba al 4,5 %, lo que demuestra que tal causa de discriminación en el empleo, se basa sólo en mitos y supuestos, sin representar la realidad del caso.

Respecto a las ausencias con permiso del empleador (que incluyen a las licencias por maternidad en caso de las mujeres), donde el total de mujeres con justificaciones de esta clase alcanza al 5.0 % del total, versus un 4,7 % en el caso de los hombres. Si se toma en cuenta el hecho que las mayores ausencias por el cuidado de los niños enfermos se

⁹⁰ Plá Rodríguez, Américo.1998. Los principios del derecho del trabajo. Buenos Aires, Argentina. Editorial de Palma. P. 14.

⁹¹ José Luis Ugarte.1997. Mujer, discriminación y derecho. Revista Laboral Chilena. P.55.

⁹² Encuesta Laboral ENCLA. 1999. Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios. Agosto 2000. P.35 a 49.

concentran en las mujeres (representando un 3,2 % del total de mujeres), en comparación que por esta causa los hombres representan ausencias de sólo un 0,02 % del total. Con la diferencia de un solo 3 % de ausencias entre hombres y mujeres por esta causa, y que son las mujeres las que asumen el cuidado de los hijos enfermos lo que revela una falta de igualdad en las responsabilidades asumidas por los padres en el cuidado de los hijos, se demuestra que es mito esta mayor tasa de ausencia, si se quiere decir de alguna forma, que esta mayor tasa de ausencia sea significativa en comparación con los hombres, que justifique una menor contratación de mujeres.

Menor disponibilidad que sus pares hombres en términos de viajes, de horarios.

La creencia popular que todavía existe en algunos empleadores, de que las mujeres no requieren el mismo nivel de acceso al trabajo, o bien de nivel de renta, porque detrás de ella siempre hay un hombre proveedor que mantiene el hogar, lo cual se traduce en que el empleador privilegia el acceso de hombre al trabajo, y que los ingresos de las mujeres sean inferiores a los de los hombres por cuanto, según esta visión, la función de la remuneración de la mujer es complementar a la del hombre y no en sí sostener a la familia.

Estos mitos y supuestos se traducen en prácticas discriminatorias en contra de la mujer al momento de su contratación como:

Dificultad de acceso de la mujer en el trabajo en edad fértil (empleabilidad).

Entrevistas personales enfocadas a determinar las expectativas familiares de las postulantes.

Insinuación directa o indirecta de que la mujer debe evitar el tener hijos si quiere hacer carrera en la organización.

Se hace todo lo posible por despedir a la mujer trabajadora en relación directa o indirecta con el embarazo, a pesar de las normas sobre fuero maternal.

Los empleadores evitan contratar 20 o más mujeres en su empresa, porque ello les significaría cumplir con la exigencia de disponer de salas cuna para sus trabajadoras en edad fértil.

Si se llega a contratar a una mujer, la remuneración de ésta es notablemente inferior, a la que recibe un hombre por desarrollar el mismo trabajo, con igual nivel de estudio, capacidad y experiencia.

B) Protección de la maternidad a nivel legal:

Regulación:

La protección a la maternidad se encuentra regulada en el título II del Libro II del Código del Trabajo chileno, denominada "De la Protección a la Maternidad". Entre los artículos 194 a 208 se contienen las normas que regulan la protección a la maternidad en nuestro país.

El objetivo de estas normas es ⁹³ :

Proteger la vida y salud de la madre trabajadora. Sin embargo estas normas protegen indirectamente la vida familiar y con ella a la sociedad entera.

Proteger la vida y salud del niño que esta por nacer, al recién nacido, al lactante y al hijo menor de 1 año, de un menor de 18 años, de una madre o padre trabajador.

⁹³ Thayer Arteaga, William. 2002. Texto y comentario del código del trabajo. Santiago – Chile. Editorial Jurídica de Chile. P.191.

C) Asegurar en lo posible la igualdad de opción para el trabajo de la mujer y el hombre, cargando a la Seguridad Social y no a cada empleador el costo de esa protección especial.

D) Corregir en relación con lo dicho, los defectos de la primitiva legislación, que imponía al empleador los costos o gastos de estos permisos.

Las normas que protegen estos derechos son fundamentalmente de dos órdenes:

1º Normas de Derecho de la Seguridad Social:

Estas normas de la seguridad social protegen a la maternidad de distintas maneras:

Otorgando prestaciones médicas durante el embarazo, durante el parto, y en el periodo post natal o puerperio, asistencia materno - infantil.

A través de prestaciones pecuniarias que pueden ser:

Subsidios por el tiempo no trabajado.

Prestaciones familiares.

Prestaciones maternas.

Prestaciones en especie o servicios.

Estas asistencias médicas y prestaciones pecuniarias que se otorgan durante el periodo que precede u sucede al nacimiento del hijo de la mujer trabajadora, son de responsabilidad social y conforme a nuestro derecho, deben ser otorgadas por los respectivos entes gestores de la Seguridad Social.

2º Normas del Derecho del Trabajo:

Estas normas protegen a la mujer trabajadora en la estabilidad y condiciones de su empleo, a través de un conjunto de normas jurídicas de derecho público tutelativas del trabajo de las mujeres embarazadas o puerperas otorgándoles:

Fuero maternal.

Descanso pre y post natal.

Subsidio maternal.

Permisos maternales para el padre o la madre que tengan un hijo menor de un año, menor de 18 años, que requiera atención personal de sus padres en los casos que establece la ley, o para la trabajadora o trabajador que tenga a su cuidado un menor de 6 meses en los casos que establece la ley.

Establecimiento de trabajos prohibidos para la mujer embarazada y el derecho a cambiar de trabajo.

Derecho a salas cunas y el derecho de la madre de dar alimento a su hijo.

B. Estudio de las Normas Protectoras de la Maternidad desde el punto de vista Laboral.

Introducción:

En este Capítulo, se procederá a tratar en forma particular y detallada, cada artículo de nuestro Código del Trabajo, que regulan la protección a la maternidad en nuestro país, analizando cada uno de los derechos otorgados por éstos a favor de la madre, y en algunos casos el padre y terceros en razón de la maternidad u otra circunstancia, con el objeto de desarrollar una visión global de la regulación nacional vigente sobre el tema.

Ámbito de aplicación de las normas sobre protección a la maternidad:

Se encuentra establecido en el artículo 194 del Código del Trabajo.

Art. 194 CT: “La protección a la maternidad se regirá por las disposiciones del presente título y quedan sujeto a ellas los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y de todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado.

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

Estas disposiciones benefician a todas las trabajadoras que dependan de cualquier empleador, comprendidas aquellas que trabajen en su domicilio, y en general, a todas las mujeres que estén acogidas a un sistema provisional.

Ningún empleador podrá condicionar la permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines, certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de “gravidéz”.

Es interesante advertir la amplitud del ámbito de protección de esta norma, y la claridad que emplea el empleador para dar protección a todas las trabajadoras, independiente del lugar donde desarrollan sus trabajos.

Como se observa en este artículo, el Código del Trabajo sobrepasa su propia aplicación que corresponde al ámbito privado y no al público que en materia de contratación de personal, se encuentra regulada en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado del 5 de diciembre de 1986, ya que quedan sujeto a este artículo los servicios de la administración pública, semifiscales, de administración autónoma, municipales y todos los establecimientos, empresas y cooperativas, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular, o perteneciente a una corporación de derecho público o privado. Se incluye además, a las dependencias o sucursales de dichos organismos.

Por lo tanto se concluye que el título II del libro II del Código del Trabajo se aplica tanto en materia de contratación de trabajadores para una empresa o servicio, como para la contratación de personal para el estado y sus organismos.

Esta norma no distingue si el trabajo es realizado por la mujer trabajadora dependiente de un empleador realizada en el establecimiento de la empresa, servicio o cooperativa, o bien si el trabajo se realiza en el domicilio de la propia trabajadora.

Este artículo establece además que las normas de protección a la maternidad se aplican “en general” a todas las mujeres que estén acogidas a un sistema provisional. Por lo cual estas normas se aplican también a aquellas mujeres que no dependen de

empleador alguno, durante el periodo pre natal, durante el parto, y el periodo post-natal, en lo aplicable a ellas, como sería los subsidios maternales otorgados por los entes gestores de la seguridad social (FONASA, ISAPRES).

Nos parece que al legislador, le interesa no sólo la igualdad de acceso al trabajo entre hombres y mujeres ya tratado anteriormente, si no también, la igualdad en la mantención de su trabajo y promoción en él en el hombre y la mujer, de tal forma que un embarazo no constituya una barrera para el desarrollo laboral, profesional y personal de la mujer.

1º PROHIBICION DE REALIZAR TEST DE EMBARAZO:

Se encuentra establecido en el artículo 194 inciso tercero del Código del Trabajo.

Consiste en que el empleador no podrá condicionar la contratación de las trabajadoras, su permanencia en el empleo o la renovación de contrato, la promoción (ascenso) o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines algún certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez.

Esta norma hace referencia al principio de no discriminación hecho referencia en el párrafo anterior.

De no existir esta norma, claramente se pretendería por parte del empleador, en el caso específico, evitar la aplicación de las normas protectoras a la maternidad, mediante la realización de la conducta descrita.

2º SISTEMA DE DESCANSOS PRE Y POST-NATALES:

Se encuentra establecido en el artículo 195 y 197 del Código del Trabajo.

Art. 195 CT: “Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él.

Si la madre muriera en el parto o durante el periodo de permiso posterior a éste, dicho permiso o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo, corresponderá al padre, quien gozará del fuero establecido en el artículo 201 de este Código y tendrá derecho al subsidio a que se refiere el artículo 198.

El padre que sea privado por sentencia judicial del cuidado personal del menor, perderá el derecho a fuero establecido en el inciso anterior.

Los derechos referidos en el inciso primero no podrán renunciarse y durante los periodos de descanso queda prohibido el trabajo de las mujeres embarazadas y púerperas.

Asimismo, no obstante cualquiera estipulación en contrario, deberán conservárseles sus empleos o puestos durante dichos periodos”.

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

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

Estos certificados serán expedidos gratuitamente por los médicos o matronas a que se refiere el inciso final del artículo anterior (Art. 196).”

El contenido del descanso pre y post natal esta referido a⁹⁴:

A la licencia maternal propiamente tal.

Ésta tiene una duración de 6 semanas antes del parto y de 12 semanas después de él. (Este es el periodo de tiempo que se denomina descanso maternal). La OIT ampara los derechos de que trata este título en el Convenio N° 3, revisado en 1952 por el convenio N° 103, ambos ratificados por Chile. Este Convenio, establece un descanso mínimo de 12 semanas, una parte de la cual deberá tomarse antes del parto, exigencia que es cumplida con creces con este artículo.⁹⁵ El reposo establecido en la legislación chilena es comparativamente alto y uno de los más extensos de América Latina.

Formalidades:

De acuerdo al artículo 197, para hacer uso del descanso de maternidad, se debe presentar un certificado médico o de matrona al jefe del establecimiento que compruebe que el embarazo a llegado al periodo fijado por la ley para obtenerlos. Estos certificados serán gratuitos si son otorgados por médicos o matronas que por cualquier concepto reciban remuneración por parte del Estado.

El derecho al descanso maternal, tiene en nuestra legislación el carácter de un derecho irrenunciable, lo cual obliga a hacer uso de él por parte del beneficiario. En la práctica no es poco habitual que este permiso se negocie entre la trabajadora y el empleador de acuerdo a los requerimientos y necesidades de la primera, como sería que ésta deseara menos semanas de descanso pre natal, para aumentar el descanso post natal y tener más tiempo con el hijo recién nacido.

Nos parece dudoso desde ya el carácter irrenunciable del permiso maternal, porque hemos podido ver en nuestra practica profesional, que el carácter de tal de este derecho tiene el carácter meramente nominativo, y que habitualmente se renuncia por parte de la trabajadora a este descanso maternal y al derecho al subsidio correspondiente en la audiencia de conciliación de un juicio de fuero maternal iniciado por ésta en contra de su empleador.

En un juicio de fuero maternal, en el cual se pretende por parte de la trabajadora hacer valer su legítimo derecho a que se respete su fuero maternal, donde se le ha despedido sin cumplir con las formalidades que establece la ley para despedir a un trabajador (a) que goza de fuero (juicio de desafuero), donde el empleador de niega a reintegrar a la trabajadora ante el requerimiento de la Inspección del Trabajo respectiva, y más encima no ha cumplido con la obligación de integrar las cotizaciones previsionales correspondientes de la trabajadora en los Institutos Previsionales (apropiación indebida), de tal forma, que la trabajadora no cumple con los requisitos que establece el D.F.L N° 44 de 1978 para tener derecho a subsidio maternal, en el caso de que haya sido despedida antes del periodo en el cual tenga derecho al descanso maternal y por lo tanto al subsidio (6 semanas antes del parto) con el cual en el hecho, durante la tramitación del juicio, la trabajadora se ve sin derecho a remuneración y demás beneficios, sin subsidio maternal por no cumplir con los requisitos de cotizaciones correspondiente, sin un debido descanso maternal, (si ya esta en el periodo de hacer uso del descanso maternal) que su condición necesita, que no es acorde el estado psicológico que la situación le produce al verse asumiendo todos los costos de la situación de la cual ha sido víctima, y además sin posibilidades de encontrar un nuevo

⁹⁴ Thayer Arteaga, William. Y Novoa Fuenzalida, Patricio. 1998. Manual de derecho del trabajo. Tomo III. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. P. 133.

⁹⁵ Thayer Arteaga, William. 2002. Op. cit. p. 192

trabajo, por cuanto, el nuevo empleador se haría cargo del fuero maternal, cosa que ningún empleador aceptaría, y además que se entiende por parte de nuestra Jurisprudencia que se renuncia al fuero maternal con el empleador anterior, y a todos los derechos a los cuales por tal causa tenía la trabajadora a demandar.

Frente a esta a esta situación, que por desgracia habitualmente se ve en Tribunales, si bien nuestra legislación en el artículo 174 y 201 del Código del Trabajo, se establece que la trabajadora tendrá derecho al pago integro de las remuneraciones y beneficios a que tenga lugar del tiempo en el cual haya permanecido indebidamente fuera del trabajo, si durante ese tiempo no tuviese derecho a subsidio, en la practica, frente a un juicio de fuero maternal, si el empleador no quiere reintegrar a la trabajadora a su trabajo y no quiere cancelar la totalidad de las remuneraciones y beneficios de la trabajadora de todo el periodo en el cual ésta goza de fuero (desde la concepción, hasta un año después de expirado el descanso de maternidad), la trabajadora con el objeto de evitar un juicio que pueda durar años, en el cual tenga el peso de la prueba ,y que al final no se tenga a quien cobrar, se “negocia” el periodo de fuero de la trabajadora, se renuncia por parte de esta a la totalidad de las remuneraciones y beneficios a las cuales tenía derecho a percibir por su trabajo, por unos cuantos meses de remuneración, en la cual en la misma audiencia se fija la forma de pago, y se pone termino a la relación laboral que existía entre las partes por la causal del articulo 159 N° 1 del Código del Trabajo, es decir “mutuo acuerdo entre las partes”. Incluso, si se da el caso descrito en el ejemplo, y el empleador no integro las cotizaciones previsionales correspondientes de las trabajadora, no se hace cargo de integrar estos aportes del periodo de suspensión, menos del periodo de fuero, por cuanto las cotizaciones previsionales en nuestra legislación son de cargo del trabajador, y además en esta audiencia, se ha renunciado por parte de la trabajadora a la totalidad de sus derechos que el fuero le otorga, para evitar un juicio largo y las complicaciones que aquello le causaría.

Como se puede ver en la práctica, en tales casos, la trabajadora, al ser el sujeto débil de la relación laboral, que no cuenta con las mismas condiciones económicas que su empleador, se ve obligada a no contar con las remuneraciones y beneficios que su trabajo le provee, a no poder tener un nuevo trabajo, por cuanto se entiende que por la existencia de un nuevo contrato de trabajo renuncia al fuero maternal con el empleador anterior, a no tener un debido descanso maternal respetado por su empleador, a no tener derecho a subsidio maternal, si fue despedida antes de tener derecho a este y su empleador no le integro los aportes previsionales en las instituciones correspondientes, sin tener por lo tanto derecho a subsidio.

b) Eventual uso del permiso por el padre en caso de fallecimiento de la madre.

Hay que señalar en primer lugar, que la titularidad del descanso pre natal siempre corresponde a la madre, ya que su presupuesto jurídico, es la existencia de un embarazo, estar embarazada, situación que es por naturaleza imposible para el hombre⁹⁶.

Excepcionalmente, para gozar este derecho el padre se requiere que la madre muera en el parto o durante el periodo de permiso posterior a éste, dicho permiso o el resto de él que sea destinado al cuidado personal del hijo, corresponderá al padre, quien además gozará del fuero establecido en el artículo 201 y tendrá derecho al subsidio a que se refiere el artículo 198.

El padre pierde el derecho al fuero si es privado del cuidado personal del menor por sentencia judicial.

⁹⁶ Negrete Hill, Gabriela. 2001. De la protección a la maternidad en la legislación chilena del trabajo. Memoria de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Valparaíso. Universidad Católica de Valparaíso. Facultad de derecho. P. 28.

El derecho al descanso le corresponde al padre en el caso previsto por la ley, no tiene el carácter de irrenunciable, por cuanto la ley le dio este carácter sólo al descanso pre natal y pos natal ejercido por la madre.

c) La madre tiene derecho a subsidio por maternidad, el cual se encuentra regulado en el artículo 198 del CT, y en el DFL N° 44.

d) La prohibición de trabajar durante este periodo de 6 semanas antes del parto y de 12 semanas después de él ya sea en la misma empresa u otra, ya que se trata de normas jurídico públicas de protección, en que el bien tutelado es la salud y vida de la madre y del hijo que esta por nacer.

e) El derecho a gozar del descanso pre y post natal por la madre, y en subsidio por el padre, si se cumple con los requisitos del inciso segundo del artículo 195 del Código del Trabajo es irrenunciable en el caso de la madre y renunciabile en el caso del padre como ya se ha visto.

f) Se debe conservar el empleo durante el periodo pre y post natal a la madre o en subsidio al padre que estén haciendo uso del derecho al descanso pre o post natal, no obstante cualquier estipulación en contrario.

El Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 3143 del 17 de marzo de 1985 establece⁹⁷: “La mujer que interrumpe su estado de embarazo por un aborto, ya sea espontáneo o provocado, no tiene derecho a gozar del descanso post natal y del fuero maternal previstos respectivamente, en los artículos 95 y 100 del DL. N° 2.200.

La dependiente que sufre la pérdida de un hijo recién nacido o cuyo hijo nace muerto, tiene derecho a gozar del descanso post natal, pero carece del beneficio al fuero maternal contemplado en el artículo 100 del D.L. N° 2.200.”

De esto se desprende que la jurisprudencia administrativa, ha señalado que si la mujer tiene un hijo que nace muerto, o sufre la pérdida de un hijo recién nacido, tiene todos estos derechos excepto el derecho al fuero maternal contemplado en el artículo 2001 del Código del Trabajo, ya que el artículo 195 habla de parto y no de nacimiento, y por parto se entiende la expulsión natural del claustro materno del producto de la concepción. Para tener derecho al descanso post natal, sólo es requisito indispensable de que haya habido parto ya que la ley no condiciona a la circunstancia que la criatura resulte viva ni tampoco exige que sobre viva, en cambio si la trabajadora ha interrumpido su estado de embarazo por aborto espontáneo o provocado que no da lugar a parto, deja de ser beneficiaria del descanso post natal en razón que no se ha dado el supuesto, que es el hecho de haber habido parto. En opinión de la profesora Rosa María Mengod, el aborto espontáneo o accidental ocurrido dentro del periodo pre natal de seis semanas, si bien no se ha producido parto ni hijo que cuidar, deja a la mujer afectada física y mentalmente por lo que debiera tener derecho al descanso post natal. En cambio si se trata de un aborto provocado, se entiende que no hay parto, porque no se trata de una expulsión “natural” del producto de la concepción, por lo cual, no se tendría tales derechos.

El Dictamen N° 5.552, del 8 de agosto de 1996, de la Dirección del Trabajo, ha señalado⁹⁸ que: “La legislación laboral vigente no contiene disposición alguna que permita aumentar la duración del descanso post natal en el evento de producirse parto múltiple, quedando, en tal caso, la madre trabajadora afecta a las reglas generales que rigen el descanso maternal”.

⁹⁷ Negrete Hill, Gabriela. 2001. P.34.

⁹⁸ Negrete Hill, Gabriela. 2001. Op. cit. p. 7.

Por lo tanto, la jurisprudencia administrativa también ha señalado que la legislación laboral vigente no contiene disposición alguna, que permita aumentar el descanso pos natal en el evento de producirse un parto múltiple, por tanto, en tal caso, la madre trabajadora sigue afectada a las normas generales que regulan el descanso maternal.

3º DESCANSO SUPLEMENTARIO, PRORROGADO Y DE PLAZO AMPLIADO.

Se encuentra establecido en el artículo 196 del Código del Trabajo.

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

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.

Los certificados a que se refiere este artículo serán expedidos gratuitamente, cuando sean solicitados a médicos o matronas que por cualquier concepto perciban remuneraciones del Estado.”

La situación normal prevé que se tenga derecho a un descanso de 6 semanas antes del parto y de 12 semanas después de él. Pero estos plazos pueden parecer insuficientes para la protección de la mujer embarazada y del hijo que está por nacer o ya nacido, si se presentan complicaciones de salud antes del parto, o durante él, o después de él, ya sea de la madre o del hijo. Por eso es la razón del establecimiento de estos plazos superiores a los normales.

Así se establece un descanso suplementario al pre natal, si se produjere enfermedad en la mujer embarazada a consecuencia del embarazo y no por otra causa como lo establece expresamente el artículo 196 del CT. La duración de dicho descanso suplementario será el fijado en su caso por los respectivos organismos que tengan a su cargo las atenciones médicas preventivas o curativas. La comprobación de la enfermedad se realiza mediante certificado médico.

Nuestra legislación no establece la extensión de este descanso, por lo cual su duración, en cada caso en particular, será determinada por los facultativos de la salud correspondientes (médico o matrona), que tengan a su cargo la atención médica de la trabajadora embarazada.

Se establece un descansoprorrogado si el parto se produjere con posterioridad al inicio de las seis semanas del descanso pre natal. En este caso el descanso prenatal se extiende hasta el alumbramiento. A partir del parto comenzará el descanso post natal. Mediante certificado médico también se comprobará el inicio del descanso post natal el cual debe presentarse antes de expirar el plazo de descanso post natal fijado con anterioridad.

Claramente se observa, que nuestro legislador establece este descanso pre natal prorrogado, porque en el hecho, el alumbramiento carece de un determinismo cierto, por lo que el parto puede producirse con posterioridad a la fecha probable de parto pronosticada por el medico o matrona que atiende a la trabajadora embarazada, y referente a la cual, se cuenta el plazo de seis semanas antes del parto como descanso pre natal.

Por lo tanto, el descanso pre natal prorrogado, tendrá lugar cada vez que el parto tenga lugar con posterioridad a la fecha de parto asignada por el facultativo de la salud correspondiente y referente a la cual, se cuenta estas 6 semanas de descanso pre natal. Este descanso pre natal prorrogado comenzará a correr desde el momento en que se exceda el plazo de seis semanas de descanso pre natal hasta el parto, momento en que comenzará a correr el descanso post natal.

Se establece un descanso post natal de plazo ampliado si a consecuencia del alumbramiento y no de otra causa, se produjere enfermedad comprobada mediante certificado médico o de matrona, ya sea de la madre o del niño ya que el artículo no distingue, que impidiera regresar al trabajo por un plazo superior al descanso puerperal de 12 semanas. Este descanso se prolongara por el tiempo necesario que establezca quien otorgó la atención médica.

Nuestra legislación no establece límites a la duración de este descanso, por lo que quedará al criterio de los facultativos de la salud (médico matrona) a cargo de la atención médica del paciente.

Es importante señalar, que la duración de este descanso post natal prolongado incidirá en el fuero maternal establecido en el artículo 2001 del Código del Trabajo, ya que esta norma señala que el fuero se extenderá hasta un año de expirado el descanso de maternidad, en el cual se debe incluir al descanso ya señalado.

Como ya lo señalamos anteriormente, de acuerdo a lo establecido por la Dirección del Trabajo, la ley sólo exige que haya habido parto, sin requerir la circunstancia de que la criatura resulte viva o sobreviva con posterioridad al alumbramiento. Si estamos frente a un aborto, ya sea espontáneo o provocado, al no existir el presupuesto jurídico de “parto”, no hay derecho al descanso pos natal⁹⁹

Se observa claramente la importancia otorgada a la presentación de un certificado médico o de matrona según el caso, para el goce de tales derechos. Además se establece que estos certificados serán gratuitos si son otorgados por médicos o matronas que por cualquier concepto, reciban remuneración del Estado.

4º SUBSIDIO POR MATERNIDAD.

Se encuentra establecido en el artículo 198 y 195 inciso 2º del Código del Trabajo.

Art. 198 CT: “La mujer que se encuentre en el periodo de descanso de maternidad, señalado en el artículo 195, o de descansos suplementarios y de plazo ampliado señalados en el artículo 196, recibirá un subsidio equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba, del cual sólo se deducirán las imposiciones de previsión y de descuentos legales que correspondan”.

⁹⁹ Benítez Montiglio, M^a Carolina y Bustamante Sasmay, Carolina. 2002. Protección a la maternidad y sus incidencias en la relación laboral. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. P. 13.

De acuerdo a este artículo, la madre tiene derecho a un subsidio por maternidad igual al total de las remuneraciones que recibe en actividad, del cual sólo se pueden descontar las imposiciones de previsión y los descuentos legales que correspondan.

De acuerdo al artículo 195 inciso segundo del Código del Trabajo, si la madre muriera en el parto o durante el periodo posterior a éste, el permiso pos natal o el correspondiente, o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo, corresponderá al padre al igual que el fuero establecido en el artículo 201 del Código del Trabajo y también tendrá derecho a subsidio por maternidad a que se refiere el artículo 198 del Código del Trabajo.

Subsidio maternal:

Es el monto en dinero que recibe la trabajadora en reemplazo de su remuneración, mientras se encuentra en el período de descanso pre y post natal, equivale a la totalidad de sus remuneraciones y asignaciones que perciba, del cual sólo se deducirán las imposiciones de previsión y los descuentos legales que correspondan.

Para poder recibirlo, la trabajadora debe cumplir con los siguientes requisitos:

a) Trabajadoras dependientes:

Tener 6 meses de afiliación a algún sistema previsional

Tener a lo menos 3 meses de cotizaciones declaradas dentro de los 6 meses anteriores a la fecha en que se inicia su licencia (descanso)

b) Trabajadoras independientes:

Tener 12 meses de afiliación a algún sistema previsional

Registrar 6 cotizaciones canceladas dentro de los 12 meses anteriores a la licencia (descanso) y estar al día en el pago de las cotizaciones.

La finalidad del subsidio por maternidad, es la mantención de los niveles de ingreso durante el periodo de descanso. El cálculo y otorgamiento del subsidio esta regulado en el D.F.L. N° 44 de 1978 y en lo procesal administrativo, por el D.S. del ministerio de salud N° 3 del 4 de enero de 1984, Reglamento de Autorización de Licencias Médicas¹⁰⁰.

5° SUSPENSION DE LA RELACION LABORAL PARA ATENDER AL CUIDADO DEL HIJO.

Esta materia se encuentra regulada en el artículo 199 y 199 bis del Código del Trabajo.

Art. 199 C.T.: "Cuando la salud de un niño menor de un año requiera la atención en el hogar con motivo de enfermedad grave, circunstancia que deberá ser acreditada mediante certificado médico otorgado o ratificado por los servicios que tengan a su cargo la atención del médico de los menores, la madre trabajadora tendrá derecho al permiso y subsidio que establece el artículo anterior por el periodo que el respectivo servicio determine. En el caso que ambos padres sean trabajadores, cualquiera de ellos y a elección de la madre, podrá gozar del permiso y subsidio referidos. Con todo ello, gozará de ellos el padre, cuando la madre hubiere fallecido o el tuviere la tuición del menor por sentencia judicial.

Tendrá también derecho a este permiso y subsidio, la trabajadora o el trabajador que tengan a su cuidado un menor de edad inferior a un año, respecto de quien se le haya

¹⁰⁰ Thayer Arteaga, William y Novoa Fuenzalida, Patricio. 1998 Op. cit. p 136.

otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección. Este derecho se extenderá al cónyuge, en los mismos términos señalados en el inciso anterior.

Si los beneficios precedentes fueren obtenidos en forma indebida, los trabajadores involucrados serán solidariamente responsables de la restitución de las prestaciones pecuniarias percibidas, sin perjuicio de las sanciones penales que por este hecho les pudiere corresponder.”

Particularidades de la disposición:

Es una norma vanguardista, impregnada en la igualdad entre hombres y mujeres, que representa una evolución del criterio legislativo chileno.

Requisitos para impetrar el beneficio:

Se establece para el cuidado de la salud de un niño menor de un año requiera de atención en el “hogar” y además por motivo de enfermedad “grave”. Por lo tanto se descarta para el caso en que el menor se encuentre en un recinto hospitalario o bien, para el caso de una enfermedad que no revista el carácter de grave. Dicha circunstancia deberá ser establecida mediante certificado médico.

Por lo tanto, para ejercer este derecho la madre trabajadora o el padre trabajador, deberá acreditar que el niño menor de un año se encuentra afectado por una enfermedad “grave”, que requiera de atención en el “hogar”

Se deberá presentar frente al empleador un certificado médico que acredite dicha circunstancia. La duración de este permiso no está limitada por la ley, por lo que su duración quedará al criterio de los médicos tratantes del menor.

De acuerdo al Dictamen N° 16.125 del 20 de diciembre del año 96 de la Superintendencia de la Seguridad Social¹⁰¹. “Se entiende por enfermedad grave aquella que pone la vida en peligro o que son de gran importancia, no resultando procedente utilizar un criterio preventivo ante el pronóstico grave de una enfermedad, ya que cualquier enfermedad de un niño menor de un año, si no se trata, podría presentar complicaciones inmediatas graves o secuelas tardías desde leves a graves”.

La madre tendrá derecho a permiso y al subsidio establecido en el artículo anterior Art. 198 C.T.), por el periodo que el respectivo servicio de salud determine.

Este beneficio otorga a la madre o padre trabajador que lo ejerce un permiso para ausentarse del trabajo por el tiempo que sea necesario para que el menor recupere la salud, el cual, como ya lo hemos señalado, será determinado por el médico tratante del menor, y además se establecerá un derecho a gozar de un subsidio por todo este periodo.

También tendrá este derecho la trabajadora que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a un año, respecto del cual se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado del menor como medida de protección.

A elección de la madre, no por elección del padre, podrá gozar el padre del permiso y subsidio, si ambos padres son trabajadores. También el padre gozará del fuero y subsidio por el tiempo que el servicio de salud determine, si la madre hubiere fallecido o el padre tuviere la tuición del menor por sentencia judicial, o se le haya otorgado judicialmente el cuidado personal del menor como medida de protección. Esta norma recoge una sentida aspiración hacia la igualdad ante la ley de la madre y el padre trabajador y tiene que ver con la posibilidad de que ambos cónyuges tengan a su cargo los hijos y que no toda la responsabilidad recaiga sobre la mujer.

¹⁰¹ Negrete Hill, Gabriela. 2001. Op. cit. p. 105.

Este artículo establece la responsabilidad solidaria de los trabajadores que en forma indebida hayan obtenido los beneficios que la disposición establece, sin perjuicio de las sanciones penales que correspondan aplicar al caso. Claramente esta norma persigue evitar que se instrumentalice con la salud de los menores para obtener los beneficios que la norma otorga.

Art. 199 bis: “Cuando la salud de un menor de 18 años requiera de atención personal de sus padres con motivo de un accidente grave o de una enfermedad terminal en su fase final o enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte, la madre trabajadora tendrá derecho a un permiso para ausentarse de su trabajo por el número de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas a elección de ella en jornadas completas, parciales o combinación de ambas, las que se considerarán como trabajadas para todos los efectos legales. Dichas circunstancias del accidente o enfermedad deberán ser acreditadas mediante certificado otorgado por el médico que tenga a su cargo la atención del menor.

Si ambos padres son trabajadores dependientes, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del referido permiso. Con todo, dicho permiso se otorgará al padre que tuviere la tuición del menor por sentencia judicial o cuando la madre hubiere fallecido o estuviere imposibilitada de hacer uso de él por cualquier causa. A falta de ambos, a quién acredite su tuición o cuidado.

El tiempo no trabajado deberá ser restituido por el trabajador mediante imputación a su próximo feriado anual o laborando horas extraordinarios o a través de cualquier forma que convengan libremente las partes. Sin embargo, tratándose de trabajadores regidos por estatutos que contemplen la concesión de días administrativos, primeramente el trabajador deberá hacer uso de ellos, luego podrá imputar el tiempo que debe reponer a su próximo feriado anual o a días administrativos del año siguiente al uso del permiso a que se refiere este artículo, o a horas extraordinarias.

En el evento de no ser posible aplicar dichos mecanismos, se podrán descontar el tiempo equivalente al permiso obtenido de las remuneraciones mensuales del trabajador, en forma de un día por mes, lo que podrá fraccionarse según sea el sistema de pago, o en forma íntegra si el trabajador cesare en su trabajo por cualquier causa”.

La claridad de la norma reproducida no necesita mayor comentario, sólo cabe señalar que los permisos establecidos tanto en el artículo 199 del C.T., como los establecidos en el artículo 199 bis del mismo código, no son cargas de la Seguridad Social, sino de las entidades empleadoras, la ley les otorga a estos permisos pagaderos el carácter de “prestamos”, que los padres podrán pagar con cargo a feriados, horas extraordinarias o permisos administrativos, como señala la norma.

La finalidad de instituir esta norma mediante la Ley 19.505 de 1997, es¹⁰²:

Establecer un razonable procedimiento para distribuir las responsabilidades entre ambos padres y ambas empresas, si los dos fueren trabajadores, lo que refleja un criterio vanguardista de nuestra legislación en post de la igualdad entre hombres y mujeres.

Otorgar a la madre y eventualmente al padre un derecho subjetivo de estar junto a su hijo gravemente enfermo, y el derecho del hijo que está en tales condiciones, contar con la compañía de sus padres.

Además se señala que la compañía de la madre o del padre junto a su hijo, ayuda a la pronta recuperación del enfermo.

¹⁰² Thayer Arteaga, William y Novoa Fuenzalida, Patricio. 1998 Op. cit. p 138.

Del análisis de esta norma se desprende:

Un accidente grave, una enfermedad terminal en su fase final, una enfermedad grave o aguda o con riesgo de muerte, son las situaciones contempladas por la ley para el otorgamiento del beneficio.

Dicha circunstancia deberá acreditarse mediante certificado otorgado por el médico que tenga a su cargo la atención del menor.

El permiso que otorga la norma le asiste preferentemente a la madre trabajadora, pero podrá hacer uso de éste el padre si así lo ha decidido la madre.

El permiso corresponde al padre cuando éste tenga la tuición personal del menor por sentencia judicial, cuando la madre estuviere fallecida o estuviere imposibilitada de hacer uso de él por cualquier causa.

Si no hay padres, dicho permiso corresponde a quien acredite tener la tuición o cuidado personal, (obviamente, siempre que se trate de una trabajadora o trabajador dependiente).

El trabajador tiene derecho a ausentarse de su trabajo por el número de horas equivalentes a 10 jornadas ordinarias de trabajo al año.

La forma de compensar el tiempo no trabajado por la madre o padre trabajador, u otra persona trabajadora a cargo del menor que haya hecho uso de este permiso, será imputar estas horas a:

Su próximo feriado anual (en forma expresa).

Trabajando horas extraordinarias o,

Cualquier otra forma en que las partes convengan de mutuo acuerdo.

Tratándose de trabajadores regidos por estatutos administrativos, que contemplen días administrativos, el permiso utilizado deberá imputarse primeramente a ellos, luego podrá imputar el permiso utilizado a su próximo feriado anual o a días administrativos del año siguiente al uso del permiso a que se refiere el artículo, o a horas extraordinarias.

En caso de que no sea posible aplicar los mecanismos anteriores, la ley faculta al empleador a descontar el tiempo equivalente al permiso obtenido, de las remuneraciones mensuales del trabajador, en forma de un día por mes, lo que podrá fraccionarse según sea el sistema de pago convenido. Si el trabajador cesare en el trabajo por cualquier causa, la ley faculta al empleador para descontar en forma íntegra el tiempo equivalente al permiso de la remuneración del trabajador.

Si bien, en estricto sentido, no forma parte del sistema de protección a la maternidad, se incluye en ésta, por cuanto la situación señalada es consecuencia de la maternidad.

De los artículos 199 y 199 bis del Código del Trabajo se deduce que la madre y en subsidio el padre pueden faltar a su trabajo en los siguientes casos:

En caso de enfermedad grave del hijo/a menor de un año que requiera atención en el hogar en los casos que establece la ley. Para tener derecho a este permiso y al pago de un subsidio, la licencia médica deberá ser presentada al empleador dentro de las 48 horas (sector privado) y 72 horas (sector público) a contar de la fecha de inicio del descanso. Las trabajadoras independientes deberán entregar la licencia en la ISAPRE o COMPIN, dentro de sus 72 horas de emisión.

En caso de enfermedad de un hijo/a menor de 18 años que requiere la atención personal de sus padres, con motivo de un accidente grave o de una enfermedad terminal

en su probable riesgo de muerte (debe acreditarse por certificado médico), la madre y o en subsidio el padre, tendrá derecho a ausentarse de su trabajo por el número de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas a su elección.

Cabe hacer presente que de acuerdo con la legislación sobre la materia (Ley 19.670), se aplica la protección de las normas anteriores a las mujeres u hombres, solteros o viudos que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar un hijo en conformidad con la Ley de Adopción, debiéndose fijar mediante resolución del juez la fecha desde la cual se contará los plazos¹⁰³.

6° PERMISO Y SUBSIDIO DE IMPLANTACIÓN FAMILIAR:

Esta materia se encuentra regulada en el artículo 201 del Código del Trabajo.

Art. 200 C.T. : “La trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a seis meses, por habersele otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal del menor como medida de protección, tendrá derecho a permiso y subsidio hasta por doce semanas.

A la correspondiente solicitud de permiso deberá acompañarse necesariamente una declaración jurada suya de tener bajo su cuidado personal al causante del beneficio y un certificado del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor como medida de protección”.

Este artículo otorga permiso y subsidio a la trabajadora o trabajador que tengan a su cuidado un menor inferior a seis meses en las siguientes situaciones:

Quando se le haya otorgado judicialmente la tuición del menor.

Quando se le haya concedido el cuidado personal del menor como medida de protección.

Esta norma establece como requisitos:

Una declaración jurada de la madre o padre trabajador, de tener bajo su cuidado al menor causante del beneficio.

Un certificado del tribunal que hubiere otorgado la tuición o cuidado personal del menor como medida de protección.

La Dirección del Trabajo mediante dictamen N° 2753 – 128 del 9 de mayo de 1994 señala que siendo un matrimonio donde ambos detentan la calidad de trabajadores dependientes, y cumpliéndose con los requisitos establecidos en el artículo 200 del Código del Trabajo, tienen derecho al permiso y al subsidio que prevé el artículo 200 cualquiera de ellos a elección de la mujer.

7° ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y FUERO MATERNAL.

Esta materia se encuentra establecida en el artículo 201 del Código del Trabajo.

Art. 201 C.T.: “Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, la trabajadora estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174.

Tratándose de mujeres o de hombres solteros o viudos que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar un hijo en conformidad a las disposiciones de la Ley de Adopción, el

¹⁰³ Humeres Noguera, Héctor. 2000. Op. cit. p. 192.

plazo de un año establecido en el inciso precedente se contará desde la fecha en que el juez, mediante resolución dictada al efecto, confíe a estos trabajadores el cuidado personal de menor en conformidad al artículo 19 de la Ley de Adopción o bien le otorgue la tuición en los términos del inciso tercero del artículo 24 de la misma ley.

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

Si por ignorancia del estado de embarazo o cuidado personal o tuición de un menor en el plazo y condiciones indicadas en el inciso segundo precedente, se hubiere dispuesto el término del contrato en contravención a lo dispuesto en el artículo 174, la medida quedará sin efecto, y la trabajadora volverá a su trabajo para lo cual basta la sola presentación del correspondiente certificado médico o de matrona, o bien de una copia autorizada de la resolución del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor, en los términos del inciso segundo, según sea el caso, sin perjuicio del derecho a remuneración por el tiempo en que haya permanecido indebidamente fuera del trabajo, si durante ese tiempo no tuviere derecho a subsidio. La afectada deberá hacer efectivo este derecho dentro del plazo de sesenta días hábiles contados desde el despido.

No obstante lo dispuesto en el inciso primero si el desafuero se produjere mientras la mujer estuviere gozando del descanso maternal a que aluden los artículos 195 y 196, aquélla continuará percibiendo el subsidio de cesantía, si hubiere lugar a él, se entenderá que el contrato de trabajo expira en el momento en que dejó de percibir el subsidio maternal

¹⁰⁴

Generalidades

Hemos señalado en la segunda parte de nuestra Tesis que se han consagrado tanto en la Constitución Política de la República como en el Código del Trabajo derechos que consagran la protección de los trabajadores. Pues bien, uno de los temas trascendentales dice relación con la estabilidad de los trabajadores en el empleo, tema que se vincula con el fuero con que cuentan ciertos trabajadores. Así, por tanto, la estabilidad en el empleo y el fuero laboral son dos temas que están íntimamente ligados, aunque no son sinónimos.

Esto, porque en el sistema chileno si bien existe, en relación con la terminación de la relación laboral, un régimen de libertad de despido por parte del empleador con indemnización para el trabajador, lo que significa que éste puede, por regla general, ser despedido en cualquier momento sin estar obligado a ser reincorporado. Excepcionalmente, el trabajador posee estabilidad en el empleo (es decir, fuero) en ciertas ocasiones específicas, una de ellas, de gran importancia, es el caso de la mujer embarazada.

¹⁰⁴ El artículo 201 fue modificado en el sentido de suprimir su inciso final que indicada textualmente: “Lo dispuesto en este artículo no es aplicable a las trabajadoras de casa particular.” Según lo señalado en el N° 2, del Artículo Único, de la Ley N° 19.591, publicada en el Diario Oficial de 9 de noviembre de 1998. Posteriormente se agregaron los nuevos incisos segundo y tercero, pasando los primitivos incisos segundo y tercero a ser cuarto y quinto respectivamente y, finalmente, se intercalaron en el actual inciso cuarto las frases “o del cuidado personal o tuición de un menor en el plazo y condiciones indicados en el inciso segundo precedente” y “o bien de una copia autorizada de la resolución del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor, en los términos del inciso segundo, según sea el caso”, conforme a lo señalado en los N° 1 y 2, de la letra b), del Artículo Único de la Ley 19.670, que “Extiende en Determinados Casos el Beneficio del Fuero Maternal a las Mujeres que adoptan un hijo en conformidad a la Ley de Adopción”, publicada en el Diario Oficial de 15 de abril de 2000.

La estabilidad en el empleo se ha definido como: “El derecho que tiene todo trabajador a permanecer en su cargo (empleo), a no ser despedido, a menos que medie una causa justificada debidamente calificada por la autoridad competente y, en el caso de que el despido sea inmotivado, vale decir, sin causa, el derecho que tiene este trabajador a ser reincorporado en su empleo o, en subsidio, a ser adecuadamente indemnizado¹⁰⁵.”

Este concepto comprende 2 aspectos:

Estabilidad absoluta en el empleo:

1.1. Es el derecho que tiene el trabajador a permanecer en su cargo, mientras medie buen comportamiento y a no ser despedido a no ser que medie causa justificada por ley debidamente calificada por autoridad competente.

1.2 En el caso de que sea despedido por causa injustificada, el derecho a ser reincorporado a su empleo.

Hemos de hacer presente que existen ciertos conceptos que en el tiempo se han ido confundiendo con el de estabilidad absoluta en el empleo. En doctrina, por ende, ha habido enormes confusiones de conceptos. Así:

Estabilidad en el empleo con inamovilidad.

Muchos autores hablan de la “Inamovilidad del trabajador” como sinónimo de estabilidad absoluta en el empleo, sin embargo, ambos conceptos son bastantes diferentes, por cuanto la inamovilidad: “Es el derecho del trabajador del sector público de no ser removido de su cargo, a menos que medie un sumario interno que acredite su mal comportamiento¹⁰⁶.” Existen dos casos es que no es necesario seguir este sumario: en los empleados de confianza y en la reestructuración de un servicio público.

Así, ha sido hasta la propia legislación la que ha confundido estos conceptos, por ejemplo, la Ley N° 16.455 del año 1966 fue denominada “Ley de Inamovilidad del empleo” siendo que se refiere a la estabilidad relativa del empleo.

Estabilidad en el empleo con Propiedad en el Empleo.

La propiedad en el empleo no existe. La propiedad va mucho más allá de la estabilidad. Ello, porque ningún trabajador tiene derecho a permanecer a toda costa en sus labores, puesto que siempre existirá un sistema o mecanismo de terminación del contrato de trabajo.

Estabilidad con fuero

El fuero tiene una connotación netamente procesal; es la connotación procesal que tiene la estabilidad que rige a una persona que está protegida por ciertas normas en virtud del cargo que cumple. Por ejemplo: el cargo de dirigente sindical o el fuero de las trabajadoras madres desde el momento de la concepción y hasta un año después de finalizado el descanso post-natal.

2. Estabilidad relativa o impropia en el empleo:

“Es el derecho que tienen los trabajadores a permanecer en su empleo mientras dure su buen comportamiento y a no ser exonerados sino en virtud de una causal establecida en la ley. Si los trabajadores no han incurrido en la causal que les imputó el empleador, tendrán un derecho alternativo:

Ser reincorporado a su empleo; o

¹⁰⁵ Mengod Jimeno, Rosa María. 1999. Apuntes de Clases: Derecho Laboral I. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

¹⁰⁶ Mengod Jimeno, Rosa María. Op. cit.

Ser indemnizado por el término del contrato.

Todo ello a elección del empleador¹⁰⁷.”

El sistema imperante en la mayoría de las legislaciones, es el sistema de estabilidad relativa. Estas ideas decanta de los Convenios y Observaciones de la O.I.T., como por ejemplo: Convenio N° 158 del año 1982 o la Recomendación N° 166 del mismo año. En ambos textos se establece, en forma genérica, el sistema de estabilidad relativa, por lo tanto, no cabe el libre despido del trabajador sin derecho a indemnización alguna si el trabajador no ha incurrido en un mal comportamiento.

Dijimos en líneas anteriores que la estabilidad es un concepto que se relaciona con el fuero. Pues bien, el fuero tiene como finalidad el proteger al trabajador por un lapso determinado de tiempo, en razón de su cargo o función cuando ha adquirido una representatividad, como es el caso de los dirigentes sindicales, o bien, en situaciones como el de la mujer embarazada y puérpera, y que permite a dichos trabajadores mantener un grado de estabilidad laboral que impide su despido sin que medie previamente la autorización del juez correspondiente¹⁰⁸, a través de un juicio de desafuero.

En efecto, el fuero no confiere a los trabajadores sujetos a él inamovilidad absoluta en el empleo, ya que el empleador puede recurrir al juez competente para obtener de él la autorización para poner término a la relación laboral cuando el trabajador aforado incurra en alguna de las causales contempladas en la ley y que facultan a su despido sin derecho a indemnización, u otras causales como el vencimiento del contrato o la conclusión del trabajo que dio origen al contrato, es decir, deben darse alguna de las causales contempladas en los artículos 159 N° 5 Y 6 o 160 del Código del Trabajo. Una vez obtenido el consentimiento judicial, el empleador puede proceder a terminar la relación laboral con su trabajador.

“El fuero constituye un estado excepcional en relación con las facultades del empleador de poner fin al contrato de trabajo que abarca todas las causales de término de la relación laboral, y no sólo algunas de las como es el caso de la norma contenida en el artículo 161 inciso tercero del Código del Trabajo¹⁰⁹, la cual impide poner fin a una relación de trabajo en virtud de las causales establecidas en los dos primeros incisos del mismo artículo 161, norma esta última que, no establece a favor de los trabajadores¹¹⁰”. Con relación a esto último, interesante resulta lo que dispone el fallo de La Excelentísima Corte Suprema con fecha 4 de junio de 1997 que señala “el inciso tercero del artículo 161 del Código del Trabajo en vigor sólo contiene un impedimento, una prohibición, para invocar determinadas causales de término del contrato de trabajo respecto a trabajadores que gocen de licencia por enfermedad común, accidente del trabajo o enfermedad profesional otorgados conforme a la ley. Ello no importa de modo alguna, el establecimiento del fuero laboral a que se refiere el artículo 174 del mismo Código, que exige la autorización previa judicial para que el empleador pueda poner término al contrato de trabajo en determinadas circunstancias, norma legal que entra en aplicación de los casos precisos en que el

¹⁰⁷ Mengod Jimeno, Rosa María. Op. cit.

¹⁰⁸ Algunos tratadistas han definido al fuero laboral como: “El derecho que ampara la propiedad que el trabajador tiene de su fuente de trabajo y en cuya virtud sus servicios no pueden ser cesados por decisión del empleador.”

¹⁰⁹ En efecto, el inciso tercero del artículo 161 señala: “Las causales señaladas en los incisos anteriores no podrán ser invocadas con respecto a trabajadores que gocen de licencia por enfermedad común, accidente del trabajo o enfermedad profesional, otorgada en conformidad a las normas legales vigentes que regulan la materia.”

¹¹⁰ Belmar Altamirano, Rodney. 2001. La Maternidad y su Protección Legislativa. Visión de la Jurisprudencia Administrativa y Judicial. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

legislador otorga el fuero laboral o se remite al expresado artículo 174, como ocurre, por vía ejemplar, con los artículos 201, 243, 274, 302, 309 y 310 del Código citado. Nada de ello tiene lugar respecto de la norma del inciso tercero del artículo del artículo 161 de tal Código. Que, como se ha recordado en el fundamento 2°, el actor fue despedido por la demandada invocando ésta las causales de terminación del contrato de trabajo de falta de probidad y de incumplimiento grave de las obligaciones que imponía dicho contrato, establecidas en los números 1 y 7, respectivamente, del artículo 160 del Código del Trabajo. En consecuencia, no existió en el caso de autos el impedimento contenido en el inciso tercero y final del artículo 161 del mismo Código para proceder de la manera antes indicada, no obstante gozar el actor de licencia por enfermedad común, puesto que no se invocaron las causales de terminación de contrato establecidas en los incisos 1° y 2° del referido artículo 161¹¹¹.”

Fuero Maternal

El fuero maternal es, sin duda, la institución clave que permite la invocación de los demás derechos reconocidos a las madres trabajadoras y la que, en definitiva, asegura la protección a la maternidad. De esta forma, en resguardo de la maternidad, por regla general, las trabajadoras no pueden ser despedidas por la voluntad unilateral del empleador.

El tema del fuero maternal es motivo hoy en día de profunda controversia pues está en juego en este tema dos valores aparentemente contrapuestos que 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. Para algunos, el fuero tal como esta concedido, rigidaza enormemente las relaciones laborales y perjudica la integración de la mujer en el mundo del trabajo. Cabe destacar que en esta materia nuestra legislación está dentro de aquellas que protegen con más estrictez la estabilidad en el empleo de la mujer embarazada.

Señalado esto, podemos decir que el fuero maternal se define como aquel beneficio en virtud del cual la trabajadora no podrá ser despedida sin que medie previamente autorización judicial, durante el período que se extiende desde la concepción hasta un año después de expirado el descanso maternal post-natal.

Cabe destacar, por cierto, que tratándose del fuero maternal el bien protegido es la “maternidad”, que se traduce en la imposibilidad de poner término al contrato de trabajo de la mujer trabajadora que tiene derecho a esa prerrogativa, asegurando, de esta forma, su fuente de ingreso que le permite resguardar el normal desarrollo de su estado de embarazo y, posteriormente, solventar los gastos de alimentación y crianza de su hijo durante el lapso que comprende el referido fuero. La trabajadora que goza del fuero maternal previsto en el artículo 201 del Código del Trabajo y que renuncia voluntariamente a su trabajo goza, por tanto, de dicho fuero maternal al ser contratada por otro empleador, debiendo para los efectos de poner término al respectivo contrato de trabajo, solicitarse la correspondiente autorización judicial¹¹².

¹¹¹ Corte Suprema de Chile. 4 de junio de 1997. Revista de Derecho y Jurisprudencia, 1997. Tomo XCIV. P. 62

¹¹² Sobre esta materia, podemos citar el fallo de la Excelentísima Corte Suprema, en causa Rol N° 5.958 de fecha 11 de noviembre de 1987 que señala: “Los derechos que consagra la legislación laboral son irrenunciables, pero esa irrenunciabilidad debe entenderse en función de que no puede tener lugar en forma anticipada, pero nada obsta a que una persona que goce de un fuero determinado, como ocurre en este caso específico -fuero maternal- pueda en forma voluntaria, renunciar a sus funciones y, si esa renuncia ha cumplido con todos los requisitos legales y administrativos, produzca todos los efectos que le son propios. Sostener lo contrario haría que el empleador pudiese prolongar el contrato de trabajo, aun contra su voluntad, hasta el término del fuero, lo que hace que dicho fuero no sería ya en beneficio del trabajador.”

Resulta importante señalar que cuando el precepto legal establece que el período del fuero se extenderá hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, se debe entender que, en el evento que a la trabajadora se le amplíe su licencia post-natal, el plazo del año se contará desde el término de dicha fecha y no del término del período normal del descanso puerperal que son 12 semanas una vez ocurrido el parto. Es así como se ha interpretado la norma por nuestra jurisprudencia¹¹³.

Es fundamental recordar, como dijimos en líneas anteriores, que el fuero no le confiere a las trabajadoras una estabilidad absoluta en el empleo, ello, porque el empleador podrá recurrir al Juez de Letras competente para que autorice el despido de la trabajadora aforada cuando cometa alguna de las causales contempladas en la ley para ser despedida, es decir, algunas de las situaciones contempladas en el artículo 159 N° 5 y 6 (vencimiento del plazo del contrato o la conclusión del trabajo que dio origen al contrato, respectivamente) o del artículo 160 del Código del Trabajo.

114
Evolución histórica del derecho a fuero :

El 6 de abril del año 1925 el D.L N° 442 estableció por primera vez en Chile el derecho a fuero maternal, prescribiendo que durante el periodo de descanso por maternidad el empresario estaría obligado a conservársele el puesto a la trabajadora y no podría despedírsele sin justa causa.

Posteriormente el Código del Trabajo del año 1931, establecido a través del D.F.L. N° 178 del 28 de mayo de 1931, mantuvo dicho orden de cosas, sin embargo, como el texto legal amplió la duración del descanso por maternidad, seguidamente extendió la duración del derecho a fuero.

Durante la vigencia de dicho Código se discutió si las disposiciones respecto al fuero maternal se aplicaban también a las trabajadoras de casa particular, pues no existía norma expresa que solucionara el problema.

La posición mayoritaria, sostenida por nuestros tribunales de justicia, estableció que este derecho no se aplicaba a las trabajadoras de casa particular debido a la especial naturaleza de los servicios y al lugar donde éstos se prestaban. Además, el Código del Trabajo expresamente disponía que los empleados domésticos se regían exclusivamente por el Párrafo VII del Libro I, artículos 61 al 74 y por otros artículos a los que se remitía en forma individual, entre los cuales no figuraba el referido al fuero maternal.

Por modificación introducida en el año 1953 por la Ley N° 11.642 se extendió el ámbito de aplicación del régimen de protección a la maternidad a las empleadas del sector privado.

En el año 1978 el D.L. N° 2.200 de fecha 15 de junio, estableció lo que constituye la prolongación actual del fuero maternal indicando que se extendería desde el embarazo y hasta un año después de expirado el descanso maternal post-natal. Agregó el derecho a reincorporación que asiste a la trabajadora que fue despedida de su trabajo por ignorancia de su estado de embarazo.

En el año 1981 la Ley N° 18.018 modificó esta materia al disponer expresamente que las trabajadoras de casa particular no gozaban de fuero maternal. En consecuencia, si con anterioridad a la Ley N° 18.018 era discutible la aplicación de las normas sobre inamovilidad por causa de maternidad a las trabajadoras de casa particular, con la dictación de esta

¹¹³ Thayer Arteaga William; Novoa Fuenzalida, Patricio. 1998. Op. cit. p. 139.

¹¹⁴ Negrete Hill, Gabriela. 2001. Op. cit. p. 27.

Ley no cabía duda que ellas no gozaban de fuero maternal por expresa disposición del legislador.

El 9 de noviembre de 1998 la Ley N° 15.591 puso término a esta discriminación, restituyendo este beneficio a las indicadas trabajadoras.

Posteriormente el 15 de abril de 2000 la Ley N° 19.670 extendió el beneficio del fuero al padre del menor cuya madre falleciere en el parto o durante el período de permiso posterior a éste. Por otro lado, esta misma ley otorgó derecho a fuero a aquellos trabajadores, hombres o mujeres, solteros o viudos que se encuentren tramitando la adopción de un menor de conformidad con las disposiciones de la Ley de Adopción.

Requisitos para impetrar el fuero laboral:

La trabajadora que desea obtener dicho beneficio, deberá acreditar su estado de embarazo, mediante certificado otorgado por un médico o matrona, el que deberá exhibir ante el empleador.

Duración del fuero maternal:

El fuero maternal se extiende desde el día de la concepción hasta un año después de expirado el descanso maternal post-natal, el cual eventualmente podrá verse prorrogado en la medida que se hayan dado los supuestos exigidos en la ley, porque, como indicamos, al señalar el texto legal que dicho estatuto laboral se extiende “hasta un año después de expirado el descanso de maternidad”, se infiere que cuando el descanso post-natal haya sido ampliado, de las formas que señalamos en párrafos anteriores, el plazo de un año se ha de contar a partir del término de la ampliación y no desde el término del período normal de las doce semanas del descanso puerperal.

Titulares del derecho a fuero maternal:

Históricamente el beneficio de fuero maternal tuvo como única titular a la madre trabajadora. Actualmente son numerosas las disposiciones que han ido ampliando el derecho a fuero. Se terminó con la exclusión de este beneficio a la trabajadora de casa particular¹¹⁵, otorgando derecho a fuero a toda trabajadora que es madre, al padre y a todos aquellos que tiene bajo su tuición o cuidado a un menor por resolución judicial. Veamos cada uno de ellos:

Fuero maternal de las trabajadoras de casa particular.

La Ley 19.591 de fecha 9 de noviembre de 1998 suprimió el último inciso del artículo 201 del Código del Trabajo que señalaba, luego de consagrar el fuero maternal, que: “lo dispuesto en este artículo no es aplicable a las trabajadoras de casa particular.”

En virtud de esta reforma la trabajadora de casa particular adquiere el derecho a fuero laboral por maternidad, lo cual significa que la trabajadora de casa particular, en razón de su estado de mujer embarazada o púérpera, recibe la protección de la ley, consistente en la prohibición al empleador de poner término al contrato de trabajo, sin autorización previa del Tribunal competente, durante el período comprendido desde la concepción y hasta un año después de expirado el descanso post-natal.

La regulación del fuero maternal de las trabajadoras de casa particular queda entregada a las normas generales sobre la materia. De manera tal, que si el empleador vulnera el fuero, despidiendo a la trabajadora de casa particular aforada, dicho despido, por

¹¹⁵ Recordemos que fue la Ley N° 19.591 del 9 de noviembre de 1998 la que otorgó expresamente el derecho a fuero por maternidad a la trabajadora de casa particular

tratarse de un acto prohibido por la ley. Adolece de nulidad absoluta y acarrea como efecto el reintegro de inmediato de la trabajadora a la empresa, en este caso, al hogar.

Cabe preguntarse, ¿Qué ocurre en caso que el empleador persiste en impedir el reintegro? Ello, porque esta es una hipótesis bastante probable en el caso de las trabajadoras de casa particular. La respuesta la podemos encontrar en el Dictamen N° 4.630/199 de la Dirección del Trabajo, con fecha 20 de agosto del año 1992, que señala que: “sin la autorización judicial previa, un trabajador con fuero laboral no puede ser separado de sus funciones manteniéndose vigente el contrato de trabajo respectivo”, agregando que “mientras no medie una sentencia definitiva sobre la materia o se produzca un acuerdo de voluntades, además el empleador deberá dar cumplimiento a todas y cada una de las obligaciones que impone el contrato de trabajo, tanto las principales de proporcionar el trabajo convenido y pagar las remuneraciones como las accesorias en materia previsional, control de jornada, etc.”

Sin perjuicio de lo recién expuesto en relación con el carácter común y ordinario que tendría la extensión del fuero maternal a la trabajadora de casa particular, es posible revisar dos situaciones problemáticas que dicen relación con el carácter especial del contrato de trabajo de las trabajadoras de casa particular regulado en el Código del Trabajo en los artículos 146 a 152¹¹⁶:

Período de prueba: El artículo 147 ubicado en el capítulo IV del Código del Trabajo relativo al contrato de trabajadores de casa particular, establece una institución única en nuestro derecho laboral, que corresponde a la posibilidad que dentro de las dos primeras semanas de celebrado el contrato, las partes puedan poner término al contrato de trabajo sin expresión de causa, atendido que se considera dicho lapso como un período de prueba. Esta figura del período de prueba en nuestro país, a diferencia de varios países del derecho comparado, es peculiarísima de este contrato especial de trabajo, y plantea de inmediato la pregunta de qué ocurrirá si dentro de dicho período la mujer queda embarazada. La respuesta pasa por el carácter imperativo de las normas que regulan la maternidad, y específicamente el fuero maternal, ya que sólo se permite el despido, sin distinción ni excepción alguna hecha por la norma legal, previa autorización judicial.

De esta manera, durante el período de prueba de la trabajadora el fuero opera con plenitud de efectos, debiendo el empleador contar con autorización judicial para despedir, pero aún en dicho caso, tampoco la terminación de la relación laboral puede producirse por la sola voluntad contemplada en el artículo citado, sino que, como operan las normas del fuero laboral, sólo podrá producirse con arreglo al artículo 174 del Código del Trabajo, que no contempla el desafuero por la sola voluntad de una de las partes.

Enfermedades contagiosas: El artículo 152 del Código del Trabajo autoriza a las partes la facultad recíproca de poner término al contrato de trabajo, en caso de que una de ellas o una de las personas que habiten la casa estén afectadas “por una enfermedad contagiosa clínicamente calificada.”

Sin perjuicio de lo problemático de esta norma, atendida la considerable amplitud de concepto enfermedad contagiosa, la extensión del fuero maternal a las trabajadoras de casa particular genera una nueva interrogante: ¿Si durante el período de fuero la trabajadora adquiere una enfermedad contagiosa, puede el empleador término al contrato sin autorización judicial? La respuesta, al igual que en la situación anterior, va por la aplicación estricta de las normas del fuero laboral, que no contempla la posibilidad de

¹¹⁶ Ugarte, José Luis. 1999. Igualdad Jurídica y Protección a la Maternidad: Notas sobre la Reforma Laboral de la Ley 19.591.

despedir sin autorización judicial por razón alguna, ni tampoco, en caso de solicitar desafuero, preveen como causal para ello a la enfermedad contagiosa de alguna de las partes. En dicha situación, lo único que podría ocurrir, para no contravenir las normas del fuero respectivo, sería que una vez finalizado el respectivo período de fuero maternal, el empleador pusiera término al contrato de trabajo en razón de lo dispuesto en el artículo 152 del Código del Trabajo, pero en dicho caso es necesario que la enfermedad contagiosa se mantenga, de lo contrario, no se estaría en la hipótesis precisa que exige dicho artículo para despedir.

b) Fuero de los trabajadores que tengan a su cuidado un menor ¹¹⁷ .

En virtud de la modificación introducida al Código del Trabajo por Ley 19.670 de 15 de abril de 2000, se hizo extensivo el derecho de fuero a aquellos trabajadores, mujeres o varones, solteros o viudos, que se encuentren tramitando la adopción de un hijo de conformidad a las disposiciones de la Ley de Adopción.

La duración del fuero es de un año y se extiende desde la fecha en que el juez, mediante resolución dictada al efecto, confíe a estos trabajadores el cuidado personal del menor en conformidad al artículo 19 de la Ley de Adopción, o bien, le otorgue la tuición en virtud del artículo 24 de la misma ley. Ambos artículos facultan al tribunal competente para otorgar el cuidado personal del menor a los solicitantes de la adopción, en cualquier momento en que el interés superior del menor lo aconseje.

El fuero finaliza de pleno derecho desde que se encuentre ejecutoriada la resolución judicial que pone término al cuidado personal del menor o bien aquella que deniegue la solicitud de adopción. Cesará también el fuero en el caso de que la sentencia que acoja la adopción sea dejada sin efecto en virtud de otra resolución judicial.

En caso que se ponga término al contrato de trabajo por el empleador en desconocimiento que el trabajador cuenta con autorización judicial de cuidado o tuición del menor en trámite de adopción, procederá su reincorporación de conformidad a las reglas generales.

c) Fuero del padre

Durante los últimos años se han dictado algunas normas en materia de protección a la maternidad que tienden a integrar al padre en tareas de crianza de los hijos.

La justificación de estas modificaciones se encuentra en el principio de igualdad jurídica del hombre y la mujer, el cual permitirá al padre, en lo que es posible, el ejercicio de los derechos que integran el régimen de protección a la maternidad, los cuales tradicionalmente se habían reservado a la madre. Por medio de estas reformas, lo que la normativa laboral busca es garantizar a los trabajadores estabilidad en el empleo y seguridad de que contarán con el tiempo y apoyo suficiente para atender a sus hijos.

¹¹⁷ Ley N° 19.670, Artículo Único: "Tratándose de mujeres o de hombres solteros o viudos que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar un hijo en conformidad a las disposiciones de la Ley de Adopción, el plazo de un año establecido en el inciso precedente desde la fecha en que el juez, mediante resolución dictada al efecto, confíe a estos trabajadores el cuidado personal de menor en conformidad al artículo 19 de la Ley de Adopción o bien le otorgue la tuición en los términos del inciso tercero del artículo 24 de la misma ley. Sin perjuicio de lo antes indicado, cesará de pleno derecho el fuero establecido en el inciso precedente desde que se encuentre ejecutoriada la resolución del juez que decide poner término al cuidado personal del menor o bien aquella que deniegue la solicitud de adopción. Cesará también el fuero en el caso de que la sentencia que acoja la adopción sea dejada sin efecto en virtud de otra resolución judicial." (actuales incisos segundo y tercero del artículo 201 del Código del Trabajo)

De los derechos existentes en razón de maternidad, la ley otorga al padre, en casos determinados, el derecho a permiso post-natal o por enfermedad grave del hijo menor a un año, el derecho a subsidio y el derecho a fuero. Los tres primeros ya han sido tratados, ahora nos corresponde analizar el derecho fuero del padre.

Fue la Ley N° 19.670 de 15 de abril de 2000 modificó el artículo 195 del Código del Trabajo en su inciso segundo amplió el beneficio del fuero maternal, otorgándolo también al padre del menor cuya progenitora fallece en el parto o durante el período de descanso posterior a él.

Esta innovación introducida por legislador mediante la citada ley, atribuye fuero al padre para cuidar al hijo por todo el período de reposo del que no haya podido hacer uso la madre, y por un año más en los términos establecidos en el artículo 201 del mismo Código. Esto implica, que durante este período el padre recibe la protección de la ley, el cual consiste en la prohibición impuesta al empleador de poner término al contrato de trabajo, sin autorización previa del tribunal competente, durante el espacio de tiempo comprendido desde el fallecimiento de la progenitora y hasta un año más. Así, la regulación del fuero del padre ha de quedar entregada a las normas generales que rigen sobre la materia.

La reforma legal que otorgó derecho a fuero al padre, constituye una expresión más, como señalamos, del principio de igualdad jurídica del hombre y la mujer que, en este caso específico, se ve reflejada en nuestra normativa del trabajo. Las responsabilidades del cuidado de un hijo menor son conjuntas de ambos progenitores si viven juntos y así lo ha venido entendiendo nuestra legislación. No obstante, en este caso, si la madre ha fallecido durante el parto o bien durante el ejercicio del permiso maternal post-natal, en consecuencia será el padre quien detendrá en forma exclusiva las responsabilidades relativas al cuidado y mantenimiento del menor. Atendida esta circunstancia ha querido el legislador garantizar la estabilidad en el empleo del trabajador durante un período de tiempo que se extenderá por todo el tiempo de reposo que no pudo hacer uso la madre del menor y por un año más.

Despido de trabajadores que gozan de fuero

La legislación laboral otorga a diversos trabajadores la garantía del fuero, llamado a veces fuero de inamovilidad, fuero laboral, fuero sindical o simplemente fuero, sin otro adjetivo, que protege a dirigentes sindicales, delegados del personal, a la mujer trabajadora en caso de maternidad, a quienes negocian colectivamente, a los representantes de los trabajadores en los Consejos de las Cajas de Compensación de Asignación Familiar, etc.

La palabra fuero denota una expresión propia del Derecho Procesal como lo señalamos en un principio al tratar sobre este tema. Sin embargo, ante nuestro Derecho del Trabajo las expresiones fuero laboral e inamovilidad se las ha utilizado como sinónimas, aun cuando, en teoría no signifiquen lo mismo.

Causales que pueden autorizar el desafuero previo

A este respectivo rige lo dispuesto en el artículo 174, el cual en su inciso primero dispone lo siguiente: “En el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causas señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160.”

Ante todo, hay que señalar que la trabajadora sólo puede ser despedida por estas causales taxativamente señaladas en la disposición legal y siempre que medie un juicio de desafuero previo.

118

Esta norma dispone que el tribunal competente puede otorgar el desafuero cuando se configure alguna de las siguientes causales objetivas de terminación de contrato: causales N° 4 y 5 del artículo 159 es decir, se puede dar si la trabajadora ha sido contratada a plazo fijo o por una tarea o servicio determinado, respectivamente. La posibilidad de despedir a la trabajadora por el vencimiento del plazo fue introducida en nuestro derecho por el D.L. N° 2.200 en el año 1978, lo que fue muy censurado por el mundo laboral en su oportunidad.

Además, como se indico, se necesita un juicio de desafuero previo cuando el empleador desea poner término al contrato de trabajo por las causales del artículo 160 del Código del Trabajo, que corresponden a conductas muy graves por parte de la trabajadora que deben probarse debidamente. Tales son los casos de falta de probidad, conducta inmoral grave debidamente comprobada, abandono del trabajo, contravención a normas de seguridad al interior de la empresa, sabotaje y otras que, de alguna manera, significan incumplimiento grave de las obligaciones del contrato. De manera tal, que una vez obtenida la autorización de desafuero, el empleador puede poner término validamente al contrato de trabajo.

Las causales indicadas no operan automáticamente y siempre hay que solicitar la autorización del juez, tal como ya se ha señalado. Ello es particularmente importante en el caso de la mujer que ha sido contratada a plazo fijo, o por una obra o servicio determinado, por cuanto el juez podría negar la solicitud correspondiente de desafuero lo que significa, en la práctica, un obstáculo para contratos de corta duración de las trabajadoras mujeres.

En efecto, con relación a las causales del artículo 159 N° 4 y 5, median en la especie legítimos intereses en pugna, y cuando ello ocurre debe buscarse una solución:

De un lado, cabe advertir la posición del acreedor del trabajo, que contrató a una dependiente por un período determinado de tiempo. Es presumible y atendible inferir que, si fijó tal plazo, es porque no requerirá de los servicios de ella, por un tiempo superior. Igualmente si la contrató para la realización de una labor determinada, y dicha labor se concluye, ya sea por trabajadora misma o por otra, durante su ausencia por maternidad, no se requerirá más de sus servicios.

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

No sería justo omitir las consideraciones -muy serias- que inducen a esta conclusión. Ellas tienen que ver con mejorar la opción de trabajo de la mujer frente al hombre, particularmente con relación a los empleos de corto tiempo.

Con todo, la solución debe buscarse, en las reformas de las normas sobre seguridad social, en forma de que sea la comunidad quien asuma consecuencias económico-sociales del embarazo y la maternidad¹¹⁹.

Seguidamente -y es lo más común- puede el juez otorgar el desafuero por haber incurrido el trabajador en alguna de las causales de caducidad de contrato contempladas en el artículo 160 del Código del Trabajo. Dicho en términos negativos, el trabajador no puede ser desafuero si se invoca como causal de terminación de contrato el caso fortuito o

¹¹⁸ Con dicho termino, la normativa laboral da a entender que es facultativo para el juez conceder el desafuero solicitado por el empleador.

¹¹⁹ Thayer Arteaga William; Novoa Fuenzalida, Patricio. 1998. Op. cit. p. 141

fuerza mayor, y tampoco, naturalmente, incluso pagando indemnizaciones por necesidades de la empresa¹²⁰.

Despido de la trabajadora aforada sin autorización del juez competente¹²¹

Si la trabajadora estuviera gozando de fuero maternal y no obstante fuera despedida durante dicho período, sin la autorización del Juez de Letras competente, ésta deberá solicitar la reincorporación a sus labores en el plazo de sesenta días hábiles contados desde el momento del despido ante el correspondiente órgano jurisdiccional. Bastará que la trabajadora acredite su condición de embarazada mediante certificado otorgado por médico o matrona para que dicho despido quede sin efecto, debiendo el empleador pagar a la trabajadora las remuneraciones por el tiempo que estuvo separada de sus funciones a menos que durante dicho período la trabajadora estuviere percibiendo subsidio, caso en el cual no procede el pago. La Jurisprudencia de la Dirección del Trabajo es concluyente al disponer que “el empleador debe pagar a las trabajadoras embarazadas que han sido indebidamente separadas de su cargo la remuneración correspondiente a todo el período en que permanecieron alejadas de su trabajo, siempre que durante ese tiempo no hubieren tenido derecho a subsidio¹²².”

Si la trabajadora no solicita la reincorporación a sus labores dentro del plazo de sesenta días hábiles contados desde el momento del despido indicado, habrá caducado el derecho a reclamar su reincorporación.

Por otra parte, la dependiente a cuyo contrato de trabajo se le pusiere término por desconocimiento o ignorancia del estado de embarazo tendrá derecho a ser reincorporada a su mismo puesto de trabajo, siendo suficiente para ello, la sola presentación del certificado médico o de matrona, y sin perjuicio del derecho a remuneración que le asiste, por todo el tiempo que hubiere sido privada en forma indebida de su trabajo, si durante ese tiempo no se hubiese beneficiado circunstancialmente con el derecho a subsidio.

La afectada con la medida de despido deberá exigir su incorporación al trabajo, al igual que en el caso anterior, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contados desde la terminación del respectivo contrato de trabajo.

Efectos del despido de un trabajador aforado sin haberse solicitado desafuero previo¹²³

La sanción es la nulidad del acto, según ha señalado la jurisprudencia, conclusión que se aviene con la normativa, ya que en la especie se ejecutará un acto prohibido por la ley y, en consecuencia, con objeto ilícito. El trabajador puede solicitar la declaración de nulidad ante la justicia más el pago de las remuneraciones correspondientes al tiempo de la separación.

Situación de los trabajadores aforados en caso de quiebra de la empresa¹²⁴

Ante esta situación, el criterio que nuestra jurisprudencia ha dado ha sido que, extinguida la empresa por la declaratoria de quiebra y debiendo liquidarse ésta por mandato de la ley, desaparecen las razones que justifican la inamovilidad de los dirigentes sindicales.

¹²⁰ Thayer Arteaga William; Novoa Fuenzalida, Patricio. Op. cit. p. 115-116.

¹²¹ En esta materia rige lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 201 del Código del Trabajo.

¹²² Dirección del Trabajo, Ordinario 7341/120, de fecha 21 de septiembre de 1989.

¹²³ Thayer Arteaga William; Novoa Fuenzalida, Patricio. 1998. Op. cit. p. 116.

¹²⁴ Thayer Arteaga William; Novoa Fuenzalida, Patricio. 1998. Op. cit. p. 116-117

Dicha consideración ha sido fundada, además, en los siguientes términos. Los directores sindicales son mandatarios de la asamblea de trabajadores que laboran en la empresa, de manera que habiendo terminado su giro por la declaratoria de quiebra, que puso término a los servicios de todo el personal, resulta cuestionable que el mandato con que fueron investidos expiró junto con el despido de los mandantes, puesto que ya no tienen a quién representar en las relaciones laborales.

Será, por esta razón, que no se puede aceptar que los dirigentes sindicales sigan disfrutando de un fuero establecido para protegerlos en el desempeño de su cargo, ya que debe entenderse que tal fuero es protector sólo en el caso de una normal actividad de la empresa y no cuando ésta ha cesado totalmente su actividad por la declaratoria de quiebra.

No obstante, cuando el fuero de que goza el trabajador no es de origen sindical, sino por causa de maternidad, el raciocinio anteriormente señalado no se hace aplicable en orden a que el mandato ha expirado, y subsiste como válido el carácter personalísimo del fuero, independientemente de la vida de la empresa, por lo cual ha agregado nuestra jurisprudencia que él “ampara a la dependiente incluso después de extinguida la empresa”¹²⁵. Al no ser posible la reincorporación, tiene derecho a remuneraciones correspondientes a su fuero maternal.

Separación provisional

Aquí rige lo que dispone el artículo 174 del Código del Trabajo en su inciso segundo. Dicha norma regula un caso especial, ante situaciones de emergencia, que faculta al juez, como medida prejudicial y en cualquier estado del juicio, el decretar en forma excepcional y fundadamente, la separación provisional del trabajador de sus funciones, pero en este caso el juez, no el empleador, quien decidirá tal separación y, además, lo resuelto por la magistratura representa una forma de suspensión de la relación laboral y no de terminación de ésta.

Sin embargo, el empleador podrá, suspender de sus funciones al trabajador; si éste lo acepta, mientras obtiene autorización judicial, siempre que pague normalmente al afectado las remuneraciones y beneficios a que tenga derecho por todo el periodo de la suspensión. Para estos efectos, es recomendable que, junto con iniciar la acción judicial, en el caso que el empleador resuelva suspender al trabajador, se le envíe a éste una comunicación al respecto.

8° INCAPACIDAD DE OBRAR DE LA MUJER EMBARAZADA

Rige en esta materia lo dispuesto en el artículo 201 del Código del Trabajo, que dispone lo siguiente: “Durante el período de embarazo, la trabajadora que esté ocupada habitualmente en trabajos considerados por la autoridad como perjudiciales para la salud, deberá ser trasladada sin reducción de sus remuneraciones, a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado.

Para estos efectos se entenderá, especialmente, como perjudicial para la salud todo trabajo que:

Obligues a levantar, arrastrar o empujar grandes pesos;

Exija un esfuerzo físico, incluido el hecho de permanecer de pie largo tiempo;

¹²⁵ Corte del Trabajo de Santiago, sentencia de 19 de marzo de 1979, Cit. en J. Díaz S., *Código del Trabajo*, Tomo XX, pagina 42, Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de abril de 1990, Rol N° 2298.

Se ejecute en horario nocturno;

Se realice en horas extraordinarias de trabajo, y

La autoridad competente declare inconveniente para el estado de gravidez.”

Generalidades

El derecho a cambiar de trabajo por causa de embarazo fue incorporado a nuestra legislación por el D.L N° 2.200 de fecha 15 de junio de 1978. El referido beneficio no ha sido objeto de modificaciones desde que fue establecido.

La Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) considera que el embarazo, el parto y el período puerperal son tres fases de la vida procreadora de la mujer que supone peligros particulares para su salud, por lo que es necesario brindarles una protección especial en el lugar de trabajo. La Recomendación sobre la Protección a la Maternidad del año 1952, prohíbe el trabajo nocturno, las horas extraordinarias y el trabajo desarrollado en condiciones peligrosas para la salud de la madre o del niño. Sus disposiciones tienen por objeto reducir al mínimo la fatiga, el estrés físico y mental y evitar que las mujeres realicen trabajos peligrosos e insalubres. Nuestro país cumple con dicha normativa, precisamente, a través de lo dispuesto en el artículo 202 del Código del Trabajo.

El objetivo que persigue esta norma dice relación con el derecho a la integridad física de la mujer durante el tiempo de gravidez, es decir, la norma existe con el fin de dar la debida protección a la salud de la mujer que está embarazada y la conveniente gestación del hijo que está por nacer y, por tanto, bajo ningún respecto tiene como fin prohibir a la mujer realizar ciertos trabajos en su carácter de tal.

Dicho en otras palabras, en esta norma, como parte del derecho a la integridad física de la mujer embarazada, no es que se esté estableciendo una prohibición legal de trabajos específicos para la mujer en su calidad de tal, sino que se prohíbe que durante todo el embarazo realice trabajos considerados perjudiciales para su salud, debiendo tener el empleador la obligación de trasladar a la trabajadora embarazada a otro trabajo que no sea dañino para su estado.

Por tanto, la regla general es que la mujer embarazada no debe realizar trabajos perjudiciales para su salud y, si los desempeñaba, debe ser trasladada a otros que no lo sean, sin reducción de sus remuneraciones. Es dable destacar que, “si bien es cierto, la tecnología ha ido liberando al trabajador del empleo intensivo en fuerza física y el número de puestos con tales exigencias es hoy día menor; al mismo tiempo ha ido desarrollando otras formas de trabajo que implican riesgos para la salud, a veces desconocidos. Por ello, la formula general que emplea la ley permite incluir los empleos con nuevos riesgos.”¹²⁶

Pero, además de la formula general que indica la norma con el fin de proteger a la mujer embarazada la realización de trabajos considerados “perjudiciales para la salud”, el artículo en comento señala explícitamente y por vía ejemplar, algunas exigencias específicas de los empleos que las trabajadoras en estado de gravidez no deben desempeñar.

Esto quiere decir, que el legislador impone al empleador la obligación de que si existen ciertas labores realizadas por la trabajadora embarazada resultan perjudiciales para su estado de embarazo, éste debe, trasladarla a un puesto más acorde a su estado teniendo la

¹²⁶ Henríquez, Helia; Riquelme Verónica. Noviembre de 1996. Santiago, Chile. Cuaderno de Investigación N° 3. Las Normas que protegen la maternidad en Chile: El Comportamiento de las Empresas. Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo.

trabajadora el derecho a mantener el total de las remuneraciones que percibía en el cargo titular, ello, porque el traslado no puede importar una disminución de la remuneración¹²⁷.

Es importante destacar que en el caso de una mujer embarazada que cumple una labor perjudicial para su estado y que en atención a éste ha sido trasladada a otro trabajo, dicho cambio de funciones no se encuentra afecto a los requisitos del artículo 12 del Código del Trabajo, esto es, al *Ius Variandi*, y, por consiguiente, no procede exigir al empleador que le otorgue una labor similar y que no se produzca menoscabo para la trabajadora¹²⁸. Cuestionable, por cierto, es esta situación, por cuanto el estado de embarazo de la trabajadora no sólo dice relación con cuestiones de orden físico. Es de conocimiento general, que el embarazo puede producir cambios también cambios psicológicos o anímicos, por tanto, el hecho de que el empleador deba trasladar de trabajo a la mujer embarazada por menoscabo de su salud este no debe producir menoscabos o detrimentos psicológicos a modo de presión para la trabajadora, por cuanto la norma en comento, entonces, por no producir detrimentos físicos a la mujer podría crear detrimentos en otros orden siendo, por tanto, una norma contraproducente¹²⁹.

Finalmente creemos que iría en contra de lo que dispone el propio texto legal en el artículo 202 letra e), ya que al señalar “la autoridad competente declare inconveniente para el estado de gravidez”, creemos que no sólo se refiere a trabajos perjudiciales físicamente, sino que también hace alusión a que no se produzcan detrimentos psicológicos.

Procedencia del derecho a la integridad física

El artículo 202 del Código del Trabajo que dispone la protección de la trabajadora dependiente y que permite que sea trasladada de trabajo cuando las labores que desempeña ponen en peligro su integridad física, rige únicamente durante el periodo de embarazo de ésta, puesto que así lo dispone expresamente dicha disposición.

Además, y como lo señalamos en líneas anteriores, la norma también indica expresamente que dicha transferencia no puede significar una reducción de sus remuneraciones. Sin embargo, ha de hacerse presente que la trabajadora dejará de percibir aquellos estipendios que se encuentran sujetos a una condición que deja de cumplir al ser trasladada, como lo sería, por ejemplo, el bono por trabajo nocturno.

Requisitos para impetrar dicho beneficio

El legislador ha dispuesto esta norma con el fin de que la trabajadora que sea vea expuesta a riesgos que puedan afectar su embarazo a causa de labores que desempeña

¹²⁷ Podemos destacar al respecto Jurisprudencia administrativa por Dictamen N° 7.631 de fecha 12 de diciembre de 1985 de la Dirección del Trabajo que señala: “...Si bien el empleador se encuentra obligado a trasladar a otro trabajo que no sea perjudicial para el estado de embarazo de una dependiente, en ningún caso el cambio de labor puede producir una rebaja en la remuneración de la misma”

¹²⁸ Al respecto, la Jurisprudencia Administrativa por Dictamen N° 5.731 de la Dirección del Trabajo de fecha 28 de noviembre de 1983, señala que: “En el caso de una mujer embarazada que cumple una labor perjudicial para su estado y que, en atención a éste, ha sido trasladada a otro trabajo, la norma contenida en el artículo 101 del D.L. N° 2.200, prevalece sobre contemplada en el artículo 12 del Código del Trabajo.”

¹²⁹ En este sentido es destacable lo que señala el trabajo realizado por el Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo en el año 1995 que prescribe lo siguiente: “En la mayoría de los casos el traslado de puestos cumple el objetivo previsto de evitar el trabajo riesgoso, sin generar otro problema. Sin embargo hay casos en que el traslado no satisfizo a la trabajadora. Así, 35 de las 129 trasladadas (27%), estimó que el nuevo puesto les trajo perjuicios como **deterioro en el ambiente de trabajo**, desadaptación y depresión, **mal trato o mala recepción del nuevo jefe** e incluso, en algunos casos el trabajo resultó igualmente pesado.”

actualmente pueda ser trasladada y destinada a otro en el cual no se vea afectada a dichos riesgos.

Por tanto, para hacer uso de este beneficio se requiere que:

La trabajadora se encuentre embarazada, y

Desarrolle labores que puedan resultar perjudiciales para su estado de embarazo.

9° DERECHO A SALAS CUNAS

En esta materia ha de regir lo dispuesto en el artículo 203 del Código del Trabajo que dispone: “Las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, deberán tener salas anexas o independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo. Igual obligación corresponderá a los centros o complejos comerciales administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, cuyos establecimientos ocupen entre todos, veinte o más trabajadoras. El mayor gasto que signifique la sala se entenderá común y deberán concurrir en él todos los establecimientos en la misma proporción de los demás gastos de ese carácter.

Las salas cunas deberán reunir las condiciones de higiene y seguridad que determine el reglamento¹³⁰.

Con todo, los establecimientos de las empresas a que se refiere el inciso primero, y que se encuentren en una misma área geográfica, podrán, previo informe favorable de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, construir o habilitar y mantener servicios comunes de salas cunas para la atención de los niños de las trabajadoras de todos ellos.

En los períodos de vacaciones determinados por el Ministerio de Educación, los establecimientos educacionales podrán ser facilitados para ejercer las funciones de salas cunas. Para estos efectos, la Junta Nacional de Jardines Infantiles podrá celebrar convenios con el Servicio Nacional de la Mujer, las municipalidades u otras entidades públicas o privadas.¹³¹

Se entenderá que el empleador cumple con la obligación señalada en este artículo si paga los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que la mujer trabajadora lleve sus hijos menores de dos años.

El empleador designará la sala cuna a que se refiere el inciso anterior, de entre aquellas que cuenten con la autorización de la Junta Nacional de Jardines Infantiles.

El permiso a que se refiere el artículo 206¹³² se ampliará en el tiempo necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre para dar alimentos a sus hijos.

¹³⁰ El artículo 205 del Código, con su carácter reglamentario, reafirma esta idea.

¹³¹ Esta disposición es fundamental en situaciones como la que le ocurre con las trabajadoras agrícolas, puesto que, por regla general, es en verano donde principalmente desarrollan sus labores, concurriendo a éste un número importante de trabajadores. Como el empleador debe cumplir con la obligación que le impone este artículo, se suelen utilizar dichos establecimientos que, precisamente, en periodo estival no tiene la concurrencia de estudiantes.

¹³² Dicho artículo hace referencia a la facultad que posee la madre trabajadora para disponer e cierto período de tiempo para alimentas a sus hijos.

El empleador pagará el valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso del menor al respectivo establecimiento y el de los que deba utilizar la madre en el caso a que se refiere el inciso anterior¹³³ .”

Generalidades

La mujer que trabaja remuneradamente, se ve constantemente enfrentada a diversas tensiones producto de las exigencias que en el mundo domestico y el mundo del trabajo le demandan y que suelen ser difíciles de compatibilizar. Sin duda, el cuidado de los hijos es una de ellas y tal como lo establecen diversos estudios, es uno de los aspectos más cruciales a la hora de decidir incorporarse o salir del mercado de trabajo, optar por uno u otro trabajo o jornada laboral.

Por tal motivo, nuestra normativa laboral incluye, dentro de las normas de protección a la maternidad, disposiciones respecto del cuidado de los hijos. En este sentido es el artículo 203 es el que se refiere específicamente al tema. En efecto, el objeto de este precepto legal es que la mujer trabajadora que ha sido madre, pueda seguir prestando servicios en forma normal, es decir, esta norma prescribe el derecho que tiene toda trabajadora a que su hijo asista a una sala cuna mientras ella trabaja.

En este sentido, el artículo 203 del Código del Trabajo, establece como obligación que las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras¹³⁴ de cualquier edad o estado civil, deben tener salas anexas e independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan alimentar a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras están en el trabajo.

La Ley 19.408 hizo extensiva dicha obligación a los centros y complejos comerciales administrados bajo la misma razón social o personalidad jurídica, cuyos establecimientos ocupen, entre todos, veinte o más trabajadoras. Según la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, han sido entendidos éstos como: “el conjunto de locales o establecimientos comerciales, generalmente próximos unos a otros y ordenados bajo una dirección técnica y financiera común, donde se venden al público artículos de comercio, al por menor.” (Ord. N° 2225/86, de 15.04.96.).

En el caso de los complejos o centros comerciales que no están sujetos a una misma razón social o personalidad jurídica, no les resulta aplicable esta norma aun cuando en conjunto reúnan veinte o más trabajadoras.

Con todo, tratándose de establecimientos que integran un centro comercial y que, individualmente considerados, ocupen veinte o más trabajadoras, dichos establecimientos estarán obligados a otorgar el beneficio de sala cuna, en forma individual.

En su esencia, toda esta normativa está inspirada en la idea de que la sociedad y la empresa deben garantizar la compatibilidad entre el trabajo para el mercado que realizan las mujeres y la maternidad. Si bien la mayor parte de los costos de maternidad caen sobre

¹³³ Se agregaron al inciso primero del artículo 203 las frases que comienzan con “Igual obligación...” hasta “... ese carácter.”, de acuerdo a lo indicado en el N° 1, del Artículo Único, de la Ley N° 19.408, publicada en el Diario Oficial de 29 de agosto de 1995 y, en su inciso tercero, intercalada la expresión “o habilitar” entre las palabras “construir” y “mantener”, según lo dispuesto en el N° 2 del Artículo Único, de la Ley N° 19.408, que “Modifica el artículo 203 del Código del Trabajo”, publicada en el Diario Oficial de 29 de agosto de 1995.

¹³⁴ Importante es destacar el Dictamen N° 7489/346 de la Dirección del Trabajo, de fecha 30 de diciembre de 1992 que señala: “No resulta jurídicamente procedente que las empresas en que laboran menos de veinte trabajadoras autoricen su salida a fin de que den alimentos a sus hijos menores de dos años. La madre trabajadora que labora en una empresa que ésta obligada a mantener sala cuna tiene derecho a exigir el tiempo a que se refiere el Código del Trabajo, hasta que su hijo cumpla dos años de edad.”

el sistema de seguridad y el Estado, el cuidado de los hijos de las trabajadoras, como veremos, se les entregó a las empresas. Pero no se responsabilizó a todo el empresariado, sino exclusivamente a los empleadores de mujeres.

Evolución histórica del derecho a fuero

La normativa de protección a la maternidad en Chile, se remonta al año 1917. Una de las primeras leyes sociales fue la Ley N° 3.186 sobre Salas Cunas. En dicha ley se obligaba a los establecimientos, empresas, servicios industriales que operaban con cincuenta o más obreras mayores de 18 años, a mantener salas cunas anexas al trabajo para que pudiera dejar a sus hijos mientras trabajaba durante el primer año de edad, estableciendo que tendría derecho a disponer de una porción de tiempo para amamantar a sus hijos.

Posteriormente, en el año 1925 se dicta el Decreto Ley N° 442, primer texto legal que llevó como título la protección a la maternidad, pero siempre tomando como beneficiaria de sus normas a las mujeres trabajadoras obreras exclusivamente. Dicho decreto, entre otras normas, recogió la norma que obligaba a la mantención de salas cunas para la atención de los hijos durante el primer año de edad que introdujera la Ley N° 3.186, pero que amplió dicha carga a los establecimientos comerciales y no sólo a los industriales como en la anterior, incluso más, indicaba que aún cuando dichos establecimientos pertenecieran a personas jurídicas, fueran entidades de Derecho Público o destinadas a fines de beneficencia, mantendrían dicha obligación. Ampliaba también el límite del número de mujeres que se requería, ahora bastaban veinte y no cincuenta, no existiendo, por último, exigencia de edad en cuanto a ellas.

En 1931 se refundió y aprobó el texto definitivo de las leyes del trabajo en el Código del Trabajo de dicho año, establecido a través del D.F.L. N° 178. Sin embargo, aún era sólo para las madres obreras. A las empleadas sólo se las consideró en un artículo referido al subsidio por concepto de descanso pre y post-natal.

En el año 1953, la Ley N° 11.642 modificó el Código del Trabajo, ampliando las reglas sobre protección a la maternidad a las obreras y empleadas. Es decir, extendió la protección a las trabajadoras empleadas en el sector privado, incluidas aquellas que trabajaren en su domicilio.

En el año 1973, en virtud de la dictación de la Ley N° 17.928, se hizo aplicable el título sobre Protección a la Maternidad a las mujeres del sector público.

En el año 1978 se dictó, con fecha 15 de junio, el D.L N° 2.200, texto legal que fijaba las normas al contrato de trabajo y a la protección de los trabajadores. Este decreto también reglamentó la situación de las salas cunas en aquellos establecimientos en que laboren veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, para que las madres puedan dejar a sus hijos menores de 2 años, como así también les pueden dar alimentación, pero agrega la disposición pertinente, que se cumple con esta obligación si el empleador paga los gastos de la sala cuna directamente al establecimiento al que la mujer trabajadora lleva a su hijo menor de 2 años.

Le corresponde a la Junta Nacional de Jardines Infantiles velar por el cumplimiento de las disposiciones que dicen relación con ellas.

La Ley N° 18.620 del año 1987, refundió la legislación laboral vigente hasta esa fecha, constituyendo el nuevo Código del Trabajo, la que no introduce grandes innovaciones al D.L. 2.200.

El año 1993, se estableció por medio de la Ley N° 19.250 que en los períodos de vacaciones los establecimientos educacionales pueden ser facilitados para ejercer funciones de sala cuna.

Con posterioridad, a través de la Ley N° 19.408 del año 1995 el deber de la sala cuna se hizo extensiva a los centros o complejos comerciales administrados por una misma razón social o personalidad jurídica, cuyos establecimientos ocuparen entre todos veinte o más trabajadoras. Como en la época de la ley el cuidado de los niños se asociaba especialmente a las mujeres y no a la familia, se estableció como un derecho que sólo las trabajadoras pueden impetrar. Pero la ley no lo aseguró a todas las trabajadoras. A diferencia de los otros derechos de maternidad y seguramente con el fin de no gravar excesivamente a los pequeños empresarios en un momento de la empresa nacional, obligó sólo a los establecimientos que tienen a lo menos 20 trabajadoras, que puede presumirse son más grandes. Sin embargo, estos dos criterios, hasta el día de hoy, son factores de discriminación femenina.

Por último, en virtud de la Ley N° 19.951 de 9 de noviembre de 1998, la obligación de otorgar salas cuna no está limitada a los establecimientos, sino que será la empresa que ocupe veinte o más trabajadoras la llamada a cumplir con esa obligación, sumándose a ella los establecimientos que pertenezcan a la misma.

135

Modificaciones introducidas por la Ley N° 19.561 al derecho de sala cuna

La Ley N° 19.591 de 9 de noviembre de 1998 en su tercera línea de reforma modificó el artículo 203 del Código del Trabajo en dos sentidos: en primer lugar sustituyó en el inciso primero, la expresión “los establecimientos” por “las empresas” y, en segundo lugar, reemplazó en el inciso tercero la frase “los establecimientos a que se refiere el inciso primero”, por la oración “los establecimientos de las empresas a que se refiere el inciso primero.”

Dicha modificación, importa una reformulación del derecho a sala cuna, ya que extiende el ámbito de aplicación del beneficio. Así, mientras hasta antes de la Ley N° 19.591, la obligación de mantener sala cuna respecto de una trabajadora determinada, y el derecho correlativo, sólo surgía para su empleador cuando el establecimiento donde prestaba servicios reunía veinte o más trabajadoras, en la actualidad, en cambio, dicho deber legal surge cuando en la empresa en su conjunto, cualquiera sea el número de trabajadoras y su distribución en sucursales, presten servicios dicho número de mujeres.

Con la modificación, la mujer trabajadora ve facilitado su acceso a la titularidad del derecho a sala cuna, que no depende ya del restringido concepto de “establecimiento”, que a falta de definición legal había sido fijada por la jurisprudencia administrativa como “la unidad técnica o de ejecución destinada a cumplir o lograr las o algunas de las finalidades de la empresa” (Dictamen N° 471/18, de 23 de enero de 1995), sino de amplísimo y comprensivo concepto de empresa, entendido, según lo estipula el artículo 3 del Código del Trabajo, como “toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada.”

Por último, haciendo una proyección de los efectos de esta extensión del derecho a sala cuna cabe mencionar que se producirá una extensión, de manera directamente

¹³⁵

Ugarte, José Luis. 1999. Igualdad Jurídica y Protección a la Maternidad: Notas sobre la reforma laboral de la ley 19.59. En Revista Laboral Chilena. Santiago, Chile. P. 65 y siguientes.

proporcional, en otro derecho constitutivo de la protección a la maternidad, denominado derecho de dar alimentos.

Como es fácil advertir, esta extensión del beneficio de sala cuna pone fin a un tratamiento distinto en perjuicio de la trabajadora embarazada sobre la base de una razón meramente organizativa de la respectiva empresa, específicamente su organización geográfica, reforzando de alguna manera su derecho fundamental a recibir del Estado una protección igualitaria de sus derechos básicos.

Contenido del derecho a sala cuna

El derecho a sala cuna involucra tres beneficios. Estos se obtienen sólo en el caso de que la trabajadora deje a su hijo menor de dos años en la sala cuna de la empresa y no cuando éste permanece en su hogar o en otro sitio¹³⁶. Estos beneficios son:

Tiempo para alimentar al menor.

La trabajadora tiene derecho a disponer de dos porciones de tiempo que no excedan de una hora de tiempo para dar alimentos a sus hijos, tiempo que se considerará efectivamente trabajado para todos los efectos legales. Este beneficio lo trataremos más detalladamente en párrafos posteriores.

Tiempo razonable para ida y regreso de la madre a la sala cuna.

La madre trabajadora dispondrá del tiempo necesario y razonable para el viaje de ida y vuelta para ir a proporcionar alimento a sus hijos.

Pago de los pasajes.

El empleador debe pagar el valor de los pasajes por el transporte que se debe utilizar para la ida y regreso del menor al establecimiento y los que debe utilizar la madre para su alimentación.

Carga de la obligación de las salas cunas

El pago de la sala cuna es un gasto de las empresas, el cual se suele descontar tributariamente y para la trabajadora no constituye remuneración. Sin embargo, si se le da a la mujer un bono para que alguien cuide a su hijo mientras ella 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 que esta ligada exclusivamente con la sala cuna. Esto, porque la obligación se cumpliría cuando el empleador pague los gastos de la sala cuna directamente al establecimiento al que la trabajadora lleve a sus hijos menores de dos años¹³⁷.

A este respecto es importante la crítica realizada por el profesor William Thayer Arteaga quien señala: "El artículo 203 mantiene el absurdo de gravar a las empresas que dan trabajo a veinte o más trabajadoras (de cualquier edad o estado civil) con la obligación de disponer de salas anexas e independientes del local de trabajo, en donde las madres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras ellas estén en el trabajo, o

¹³⁶ Importante resulta destacar que dice la Jurisprudencia Administrativa al respecto en su Dictamen N° 8365/252 de fecha 15 de marzo de 1988 que prescribe: "Si la madre trabajadora opta por no hacer uso del beneficio de la sala cuna, no nacen para el empleador las obligaciones de ampliar el permiso para dar alimento al hijo y de pagar los pasajes del transporte utilizados para cumplir con dicho fin, sin perjuicio de lo cual dichas obligaciones se hacen plenamente exigibles en el evento que la dependiente decidiera, en cualquier momento, dejar a su hijo en la sala cuna que mantiene el empleador."

¹³⁷ Veremos al final del tema sobre las Salas Cunas, el Dictamen Ordinario N° 620/37, de la Dirección del Trabajo, del 5 de febrero de 1997 que hace alusión a esta situación.

pagar el costo de ese servicio (inciso 5° del mismo artículo). De manera que si no contratan mujeres, o su número es inferior a veinte, se ahorran el gasto. Consecuencia inevitable de no reconocer este gasto como contingencia derivada de la seguridad social es que, siendo este cargo patronal, bajan la remuneración y la oportunidad de trabajo de la mujer y, algo más grave, se desconoce el derecho natural de la criatura a la leche materna, salvo que en la empresa se empleen veinte o más trabajadoras¹³⁸.”

Por ello, juzgamos que toda la reglamentación relativa a las salas cunas debiera reclinarsse hacia la seguridad social y no implicar un recargo en los costos para el empleador o la empresa, pues ello conspira -y en este punto coincidimos con el profesor Thayer Arteaga- contra la igualdad de opción al trabajo de la mujer.

Formas de cumplir con la obligación relacionada con las salas cunas

El modo en que el empleador puede dar cumplimiento a la obligación impuesta en el artículo 203 puede realizarse a través de 3 alternativas:

1. Creando y sosteniendo una sala cuna anexa e independiente de los lugares de trabajo, es decir, a través del mantenimiento directo de salas cunas exclusivas.

La construcción y mantenimiento de salas cunas propias, que fue la dirección que señaló la Ley N° 3.185, de 1917, estuvo acorde con la realidad de la época. Flexibilizar el cumplimiento de esta obligación y optar por otras alternativas adicionales, ha parecido una necesidad, la que probablemente requiera aún nuevas manifestaciones. De ahí, por cierto, que la norma permite cumplir la obligación de las otras dos modalidades que faculta la ley.

2. Construyendo o habilitando y manteniendo servicios comunes de salas cunas para los establecimientos que se encuentran en una misma área geográfica previo informe favorable de la Junta Nacional de Jardines Infantiles. En este caso, los propietarios de los establecimientos respectivos deben someter previamente los planos a la aprobación de la comisión técnica del plan nacional de edificaciones escolares del Ministerio de Educación. A este respecto, podemos señalar el artículo 204 del Código del Trabajo, que actúa como norma reglamentaria relativa a la aprobación de los planos de las salas cunas. En efecto, este artículo dispone que: “Cuando se trate de construir o de transformar salas cunas, los propietarios de los establecimientos respectivos deben someter previamente los planos a la aprobación de la comisión técnica del plan nacional de edificaciones escolares del Ministerio de Educación Pública.” Con anterioridad a la dictación de la Ley N° 17. 301, sobre Jardines Infantiles, esta autorización correspondía a la Inspección del Trabajo.

Si el empleador opta alguna estas dos alternativas, entonces se hace aplicación a lo dispuesto en el artículo 205 del Código del Trabajo que señala: “El mantenimiento de las salas cunas es de costo exclusivo del empleador, quien deberá tener una persona competente a cargo de la atención y cuidado de los niños, la que deberá estar, preferentemente, en posesión del certificado de auxiliar de enfermería otorgado por la autoridad competente.”

3. Pago de los gastos de la sala cuna a la cual la mujer trabajadora lleve a sus hijos. Esta fórmula ha tendido a generalizarse en los últimos tiempos modernos, sobre todo al nivel de determinadas empresas. Ello, en razón de la mayor facilidad que esta posibilidad le otorga para cumplir con la obligación que le impone la norma.

Una de las cuestiones más importantes que ha debido resolver la Jurisprudencia Administrativa hace alusión a la irrenunciabilidad del derecho a sala cuna de la madre trabajadora en relación con la forma en que este deber ha de ser cumplido por el empleador,

¹³⁸ Thayer Arteaga, William. 2001. Op. cit. p. 193-194.

sobre todo por la tercera posibilidad que le otorga la ley. Así, se ha resuelto que el beneficio de la sala cunas es irrenunciable y no puede ser compensado en dinero.

Al respecto, es trascendental destacar el Dictamen Ordinario N° 620/37, de la Dirección del Trabajo, del 5 de febrero de 1997 expresa que: “la obligación de disponer de salas cunas puede ser cumplida por el empleador a través de tres alternativas: a) creando y manteniendo una sala cuna anexa e independiente de los lugares de trabajo; b) construyendo o habilitando y manteniendo servicios comunes de sala cuna con otros establecimientos de la misma área geográfica; y c) pagando directamente los gastos de sala cuna al establecimiento al que la trabajadora lleve sus hijos menores de dos años. Como es dable apreciar, las normas previstas en el artículo 203 del Código del Trabajo, establece en forma categórica las modalidades específicas para dar cumplimiento a la obligación de proporcionar servicios de sala cuna, de suerte tal, que no resulta procedente aludido en términos distintos a los señalados.

Lo anterior, permite concluir que el empleador no puede dar por satisfecha la obligación en comento mediante el procedimiento de entregar directamente a la mujer una suma de dinero, supuestamente equivalente o compensatorio a los gastos que irrogaría la atención en una sala cuna.

A mayor abundamiento, cabe agregar que el pago directo a la trabajadora de una suma de dinero para solventar los gastos de sala cuna implica una renuncia a una derecho laboral por parte de ésta, la que conforme a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 5° del Código del Trabajo, se encuentra prohibida en tanto se mantenga vigente la relación laboral.

La Tesis sustentada en el cuerpo del presente informe se encuentra en armonía con lo sostenido por este Servicio en los dictámenes N° 5.831, de 10.12.84 y 8265/252, de 17.11.87.

En consecuencia, sobre la base de la disposición legal citada y consideraciones expuestas, cúmpleme informar que no resulta jurídicamente procedente que el empleador cumpla con la obligación prevista en el artículo 203 del Código del Trabajo, pagando directamente a las respectivas trabajadoras una suma de dinero acordada con cada una de ellas para solventar los gastos de sala cuna.”

10° DERECHO A ALIMENTACION DEL MENOR

Esta materia se encuentra reglamentada en el artículo 206 del Código del Trabajo.

Art. 206 C.T.: “Las madres tendrán derecho a disponer, para dar alimento a sus hijos, de dos porciones de tiempo que en conjunto no excedan de una hora al día, las que se considerarán como trabajadas efectivamente para los efectos del pago de sueldo, cualquiera sea el sistema de remuneración.

El derecho a usar de este tiempo con el objeto indicado, no podrá ser renunciado en forma alguna.”

Generalidades

El derecho de alimentación es un beneficio de gran trascendencia porque permite que los hijos de madres trabajadoras puedan gozar de los innumerables beneficios que reporta ser alimentado con leche materna.

En tal sentido, “los médicos son muy claros en recomendar la alimentación del niño con leche materna y suelen señalar estudios que comprueban cómo el amamantamiento

influye en un mejor desarrollo psicomotor, el aumento de las defensas y, en definitiva, mejor salud física y psíquica”¹³⁹.

El Código del Trabajo hace ya largos años que recogió esta idea y más aún, ha ampliado el sentido de esta norma. En efecto, el Código hace referencia al permiso para alimentar y no para amamantar, estimando así que incluso cuando ya no exista lactancia, es valioso mantener el contacto de la madre con el hijo¹⁴⁰.

Un estudio difundido en el año 1996 por la Junta Nacional de Jardines Infantiles plantea que, entre los factores que dificultan a las madres que trabajan la mantención de la lactancia por un período seis meses a lo menos, está en primer lugar la falta de tiempo para extraer la leche. Luego, la falta de un lugar privado donde hacerlo y, en tercer lugar, no contar con sala cuna. Otros factores mencionados son la falta de apoyo de los empleadores, no contar con la hora completa de tiempo rara amamantar y la falta de apoyo de los compañeros de trabajo. Todas estas dificultades se traducen en que las madres opten por no amamantar a sus hijos.

Evolución histórica

En el año 1917 la Ley N° 3.186 instituyó por primera vez en nuestro país el derecho irrenunciable de las madres obreras a amamantar a sus hijos. Este beneficio se reconoció a las obreras que gozaban a su vez del beneficio de sala cuna. Para amamantar, las trabajadoras disponían de dos porciones de tiempo que en conjunto no excedían de una hora al día, período que no podría ser descontado del salario de la madre.

El 6 de abril del año 1925 el Decreto Ley N° 442 amplió el beneficio a consecuencia de haber hecho extensiva la titularidad del derecho de sala cuna¹⁴¹.

Posteriormente, en el año 1931, el Código del Trabajo establecido a través del D.F.L. N° 178 de fecha 28 de mayo mantuvo el derecho a amamantar a las madres obreras sin introducir modificaciones.

En el año 1953, a través de la Ley N° 11.462 se hizo extensiva la protección a las empleadas del sector privado, incluidas aquellas que trabajen en su casa.

En 1978 el Decreto Ley N° 2.200 de fecha 15 de junio de 1978, amplió el sentido de la norma, estableciendo que el permiso es para alimentar, permitiendo que incluso cuando ya no exista lactancia pueda asistir la madre a alimentar a su hijo, el permiso se extendió, asimismo, al tiempo necesario para el viaje de ida y vuelta a la empresa poniendo de cargo del empleador el pago de los pasajes.

No se han introducido modificaciones desde dicha fecha al derecho de alimentación, empero, por la vinculación que este beneficio tiene con el derecho a sala cuna, las recientes

¹³⁹ Henríquez, Helia; Riquelme Verónica. Op. cit. p. 47.

¹⁴⁰ A este respecto es importante destacar el Dictamen Ordinario N° 7486/171 de fecha 19.10.90 de la Dirección del Trabajo que aclara el sentido de la expresión dar alimento. En efecto, esta disposición señala: “Los vocablos “dar alimento” utilizados en el inciso 1° de los artículos 188 y 191 del Código del Trabajo, tienen una acepción amplia, comprensiva de cualquier alimento que la madre proporciones al hijo y no están restringidas sólo al amamantamiento y la leche materna.”

¹⁴¹ Art. 3 D.L. 442 señala que: “Toda fabrica, taller o establecimiento industrial que ocupe veinte o más mujeres, de cualquiera edad o estado civil, deberá disponer de una sala, acondicionada en la forma que señala el Reglamento respectivo, para recibir en las horas de trabajo a los hijos de las obreras, durante el primer año de edad.” Art. 4 D.L. 442 indica que: “Las madres a que se refiere al artículo anterior, tendrán derecho a disponer, para amamantar a sus hijos, dos porciones de tiempo, que en conjunto no excedan una hora al día.”

reformas introducidas al beneficio de sala cuna han importado una extensión de este beneficio también

Quién tiene derecho a alimentación

La facultad de la madre trabajadora para disponer de cierto período de tiempo para la alimentación del hijo si bien aparece como un beneficio laboral distinto al derecho de sala cuna ha sido supeditado normativamente por la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo a éste último porque, aún cuando no lo establezca expresamente el artículo 206 del Código del Trabajo, esta disposición se ha interpretado restringiendo su validez sólo a las empresas que tienen 20 mujeres o más por establecimiento, es decir, las que tienen la obligación de sala cuna.

Esta interpretación, como indicamos, ha sido fijada por diversos dictámenes de la Dirección del Trabajo. A modo de ejemplo podemos señalar el Dictamen Ordinario N° 7486/171 de 19.10.90 que indica que “se desprende que el propio legislador ha vinculado el derecho de la madre de dar alimento a sus hijos, previsto en el artículo 206 del Código citado, a la obligación que impone la ley a los empleadores que ocupan veinte o más trabajadoras..., de mantener salas anexas e independientes del local.”

De lo anterior se puede concluir que tendrá derecho a alimentar a su hijo aquella trabajadora que labore en una empresa que está obligada a tener sala cuna, por cuanto la empresa que no está obligada a tener sala cuna ya que tiene menos de veinte trabajadoras, tampoco está obligada a otorgar permiso para alimentación. Así, aún cuando sean derechos independientes entre sí, el legislador ha querido subordinar el derecho de dar alimento a la obligación del empleador de mantener sala cuna.

Esta tesis sostenida por la Dirección del Trabajo es discutible, pues el derecho a sala cuna es un derecho distinto del que tiene una madre trabajadora para alimentar a sus hijos. Sería trascendental determinar cuál es el fundamento para que sólo aquellas madres que trabajen en empresas con más de veinte trabajadoras tengan este derecho; si el argumento sostenido es de tipo económico, éste puede resultar débil si se piensa que el bajo empleo femenino (menos de veinte trabajadoras) no siempre significa tener bajo empleo, por consiguiente no todas las empresas que cuentan con menos de veinte mujeres trabajando son pequeñas y carentes de recursos económicos.

Requisitos para recibir el beneficio de alimentación

La normativa concede a las madres trabajadoras permiso para dar alimento a sus hijos, en la medida que concurren los siguientes requisitos:

1. Madre trabajadora debe desempeñarse en una empresa sobre la cual pesa la obligación de contar con salas cunas para sus dependientas, según lo ha establecido la jurisprudencia administrativa.

2. Se ha interpretado, de la misma forma, que el hijo de la trabajadora deberá ser menor de dos años, por la relación existente, como señalamos, entre el derecho de alimentación y el derecho a sala cuna. Sin embargo, es necesario recalcar que la legislación laboral no se ha pronunciado sobre este punto.

Forma de cumplir con el derecho de alimentación

Según señala expresamente la disposición que estamos analizando, el derecho de alimentación tiene una duración de dos porciones de tiempo, que en conjunto no deben de exceder de una hora al día, las que se consideran trabajadas para todos los efectos de su pago, cualquiera sea el sistema de remuneración que tenga la trabajadora.

Además, según señala expresamente la disposición en comento, es importante destacar que el derecho a usar de este tiempo con el objeto indicado, no puede ser renunciado bajo ningún concepto.

Este permiso se ampliará en el tiempo necesario para el viaje de ida y vuelta para dar alimentos a su hijo. Además, el empleador deberá pagar el valor de los pasajes por el transporte que deba emplear para la ida y regreso de la madre¹⁴².

Es importante que mencionemos en este punto, el Dictamen Ordinario N°5712/330 de fecha 20.10.93 de la Dirección del Trabajo en cuanto a que sostiene la no procedencia de aumentar el tiempo destinado para dar alimento si la trabajadora tiene más de un hijo menor de dos años. En efecto, este dictamen indica: "No procede aumentar el tiempo destinado para dar alimento a que se refiere el artículo 191 del Código del Trabajo, en el evento que la madre trabajadora tenga más de un hijo menor de dos años." Este criterio sostenido por la Dirección del Trabajo es susceptible de ser criticada por cuanto es difícil suponer que una madre que tiene, por ejemplo, dos hijos, y que hace uso de una porción de tiempo, cuya duración máxima es de treinta minutos, pueda alimentar adecuadamente a cada uno de ellos en sólo quince minutos. Quizás se debería ampliar el tiempo en estos casos especiales, pero, nuevamente nos encontramos con el problema económico que subsiste detrás de este tipo de decisiones.

Duración del beneficio

Como señalamos en líneas anteriores, si bien es cierto que la norma en comento nada ha dicho respecto a la duración del derecho de alimentación, se ha interpretado por la Jurisprudencia Administrativa de la Dirección del Trabajo que la madre trabajadora podrá ejercer este derecho para alimentar a su hijo, mientras el menor concurre a la sala cuna de la empresa, es decir, hasta el momento en que el niño cumpla dos años. Ello, porque si se considera que la disposición del artículo 203 del Código del Trabajo indica que el derecho que le asiste a la madre trabajadora para mantener al hijo en la sala cuna se extiende hasta que éste cumple dos años, cabe inferir que hasta por el mismo plazo le asistirá la facultad para interrumpir la jornada de trabajo con el objeto antes indicado.¹⁴³

10° FISCALIZACION Y SANCIONES

En esta materia nos hemos de regir por lo dispuesto en los artículos 207 y 208 del Código del Trabajo que, respectivamente, señalan:

Art. 208 C.T.: "Corresponde a la Junta Nacional de Jardines Infantiles y a la Dirección del Trabajo velar por el cumplimiento de las disposiciones de este título.

Cualquiera persona puede denunciar ante estos organismos las infracciones de que tuviere conocimiento.

¹⁴² A este respecto podemos mencionar el Dictamen Ordinario N° 8912/152 de la Dirección del Trabajo de fecha 17.11.89 que indica: "El empleador esta obligado a pagar el valor de los pasajes de ida y regreso a la sala cuna por el transporte de ida y vuelta que deban emplear sus trabajadoras para llevar a sus hijos menores de dos años y para concurrir a darles alimento, si para ello incurrieren en gastos y existe un servicio de locomoción colectiva que cubra el trayecto que debe utilizarse para la alimentación del menor."

¹⁴³ Thayer Arteaga William; Novoa Fuenzalida, Patricio. Op. cit. p 146.

Las acciones y derechos provenientes de este título se extinguirán en el término de sesenta días contados desde la fecha de expiración del período a que se refiere el artículo 201¹⁴⁴ .”

A su vez, el artículo 208 señala: “Las infracciones a las disposiciones de este artículo se sancionaran con multa de catorce a setenta unidades tributarias mensuales en vigor a la fecha de cometerse la infracción, multa que se duplicará en caso de reincidencia.

En igual sanción incurrirán los empleadores por cuya culpa las instituciones que deban pagar las prestaciones establecidas en este título no lo hagan; como asimismo aquellos empleadores que infrinjan lo dispuesto en el inciso final del artículo 194¹⁴⁵ .

Sin perjuicio de la sanción anterior, será de cargo directo de dichos empleadores el pago de los subsidios que correspondieren a sus trabajadoras.

Los recursos que se obtengan por la aplicación de este artículo, deberán ser traspasados por el Fisco a la Junta Nacional de Jardines Infantiles, dentro de los treinta días siguientes al respectivo ingreso.

La fiscalización del cumplimiento de las disposiciones de este artículo corresponderá a la Dirección del Trabajo y a la Junta Nacional de Jardines Infantiles.”¹⁴⁶

Generalidades

1. La fiscalización del cumplimiento de todas las normas relativas a la protección de la maternidad, incluso aquellas referentes a las salas cunas, corresponde a la Dirección del Trabajo.

2. La Junta Nacional de Jardines Infantiles de debe fiscalizar el cumplimiento de tales normas, sólo en lo relativo a las condiciones de los establecimientos y funcionamiento técnico y sanitario de las salas cunas y no compete a la citada Junta la fiscalización de las restantes normas sobre protección a la maternidad, que son de exclusiva competencia de la Dirección del Trabajo.

El cumplimiento de normas sobre protección a la maternidad se sanciona administrativamente por la Dirección con multa de 14 a 70 U.T.M., en vigor a la fecha de cometerse la infracción, multas que, como señala el artículo 208 del Código del Trabajo, se duplica en caso de reincidencia. Lo anterior es sin perjuicio de la responsabilidad directa del empleador ante la dependiente, cuando, a causa de la infracción la trabajadora no puede impetrar subsidios que le correspondieren. Como podemos apreciar, el legislador se preocupó de dar un tratamiento especial en lo que dice relación con la infracción a las normas protectoras de la maternidad, puesto que no se atuvo alas sanciones genéricas establecidas en el artículo 477 del mismo cuerpo legal, el cual prescribe una multa genérica

¹⁴⁴ Es decir, sesenta días después de finalizado el año siguiente al descanso post-natal.

¹⁴⁵ El artículo 194 inciso final hace alusión a la prohibición de realizar test de embarazo, es decir, la prohibición del empleador de condicionar la contratación de las trabajadoras, su permanencia en el empleo o la renovación de contrato, la promoción (ascenso) o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo ni exigir para dichos fines algún certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez. (Este tema fue tratado en extenso en párrafos anteriores, por lo que no haremos mayor referencia a este tema en estas líneas)

¹⁴⁶ El artículo 206 fue modificado en el sentido de agregar en su inciso segundo a continuación del punto a parte (.) que pasa a ser punto y coma (;), la siguiente oración: “Como asimismo aquellos empleadores que infrinjan lo dispuesto en el inciso final del artículo 194.”, conforme a lo indicado en el número 4 del Artículo Único de la Ley N° 19.591, que “Modifica el Código del Trabajo en Materia de Protección a la Maternidad”, publicada en el Diario Oficial de fecha 9 de noviembre de 1998.

de 1 a 20 U.T.M., según la gravedad de la infracción. Si el empleador tiene cincuenta o más trabajadoras la multa se duplica; y en caso de tener 200 o más trabajadoras, la multa ascenderá de 3 a 60 U.T.M.

Si la trabajadora considera que se han violado sus derechos laborales ¿Dónde puede recurrir?

Las trabajadoras en este caso tienen dos alternativas:

La vía Administrativa:

Por medio de esta opción, la trabajadora puede presentar un reclamo o denuncia ante la Inspección Comunal del Trabajo correspondiente al domicilio (comercial) del empleador.

En este caso, si el empleador no concurre a la Inspección del Trabajo o las partes no llegan a un acuerdo, se puede recurrir a la vía judicial.

La vía Judicial:

A través de esta vía, la trabajadora puede presentar una demanda ante el Juzgado del Trabajo correspondiente al domicilio del demandado o del lugar donde se presten los servicios, a elección de la trabajadora (como demandante que es, según dispone el artículo 422 del Código del Trabajo), sin perjuicio de lo que dispongan leyes especiales. En las comunas que no sean territorio jurisdiccional de los Juzgados de Letras del Trabajo, la demanda se ha de presentar ante el Juzgado de Letras en lo Civil correspondiente, según la forma establecida en líneas anteriores. En todo caso, para presentar la demanda requiere de ser patrocinada por un abogado(a). Si no tiene recursos para contratar los servicios de un abogado, puede recurrir a la Corporación de Asistencia Judicial de la comuna de la trabajadora.

El plazo para presentar la demanda es de sesenta días hábiles contados desde la separación de su trabajo, si se pone término a su contrato por cualquier causa, y la trabajadora considera que el despido es injustificado, indebido o improcedente. Este plazo de sesenta días se suspende si dentro de éste la trabajadora interpone un reclamo ante la Inspección del Trabajo por cualquiera de las causales indicadas. Este plazo seguirá corriendo una vez concluido el trámite administrativo ante la Inspección del Trabajo, pero en ningún caso podrá recurrirse al tribunal una vez transcurridos noventa días hábiles desde la separación de la trabajadora.

C. Estudio de las Normas Protectoras a la Maternidad desde el punto de las Normas de la Seguridad Social:

Aspectos generales:

El derecho de la Seguridad Social en nuestro sistema de protección a la maternidad, se preocupa de la salud de la mujer embarazada y del hijo durante todo el periodo de gestación y después de él, otorgándoles: asignación maternal, subsidio por el tiempo no trabajado, prestaciones en dinero, especies o servicios cuyo objetivo es la protección de la salud de la madre trabajadora y su hijo.

Por la amplitud de derechos y prestaciones reguladas por la Seguridad Social, nos abocaremos a tratar solamente el subsidio maternal y la asignación maternal, por ser a nuestro parecer la base de los beneficios regulados por esta rama.

A) Subsidio Maternal.

De acuerdo a lo establecido por la Comisión de Estudios Laborales¹⁴⁷, el subsidio maternal es una prestación pecuniaria que recibe la trabajadora que esta ejerciendo su derecho al descanso maternal, el cual será equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que percibía. De dicho monto, sólo se deducirán las imposiciones de previsión y descuentos legales que correspondan.

Finalidades del subsidio:

La finalidad del subsidio es mantener la continuidad de los ingresos de la mujer durante el periodo de descanso maternal, para que esta reciba una suma equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que ésta recibía por parte de su empleador por desempeñar su trabajo.

El pago y administración de este subsidio corresponde al instituto de previsión u organismo auxiliar a la que se encuentre afiliada la trabajadora, todo lo cual será tratado en ésta presentación.

El subsidio maternal, se enmarca dentro del rol del Estado de dar protección a la salud de la población, y el resguardo de la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Considerando el objetivo que persigue este subsidio, corresponde uno de carácter laboral de responsabilidad del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Un examen a su naturaleza permite afirmar que se trata de un subsidio a la maternidad de la mujer que cotiza. En efecto, el objetivo de esta prestación es hacer compatible la maternidad con el desempeño laboral de la mujer, para lo cual la sociedad destina recursos que se destinan en su pago. Debe destacarse que no es un mero subsidio a la maternidad, pues, esta sólo no basta para recibirlo, se requiere además la calidad de trabajador y cotizante. Dada su característica de reemplazar a la remuneración de la beneficiaria hasta un tope de 60 UF como máximo, como se verá a continuación, este no es un subsidio focalizado desde el punto de la distribución del ingreso, pues el Estado entrega un monto mayor a las mujeres que perciben más ingresos. Este subsidio tiene por objeto remediar la carencia de ingresos durante estas licencias y permitir reemplazar la renta de la mujer que goza de aquellas. En este caso podríamos afirmar que estamos en presencia de un objetivo socio cultural que el Estado financia pues considera deseable que no sea incompatible para la mujer la actividad laboral con la maternidad. Por otro lado, no se esta asociado a un subsidio asociado a la salud propiamente tal y el hecho de que éste sea pagado a través de las instituciones del sector de salud es un aspecto mas bien practico.

Regulación:

Los subsidios establecidos para los descansos maternales y relacionados, establecidos en la legislación laboral y en leyes complementarias, se encuentran regulados en los siguientes cuerpos legales señalados a continuación:

D.F.L. N° 44 del 1 de junio del año 1978, que establece las normas comunes por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado.

¹⁴⁷ Comisión de Estudios Laborales. 1999. Código del Trabajo, comentarios, concordancias, jurisprudencia administrativa y judicial. Santiago. P. 944.

Este mismo cuerpo legal, regula el otorgamiento de los subsidios por incapacidad laboral para los trabajadores de instituciones y empresas del Estado afectos a los regímenes de subsidios señalados en el artículo 1º de dicho D.F.L. Se regula también el otorgamiento de dicho subsidio para los trabajadores de las municipalidades regidos por la ley N° 15.565 del año 1964.

Ley N° 18.469, del año 1985, que regula el ejercicio constitucional a la protección a la salud y crea un régimen de prestaciones de salud, regulando también, los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores independientes.

En el caso de los trabajadores regidos por el estatuto administrativo (ley 18.834), y los profesionales de la salud afectos al Estatuto Docente (ley 19.070 del año 1991 artículo N° 36), si bien, no tienen derecho al subsidio propiamente tal, mantienen durante los periodos de licencia medica, el derecho al pago de sus remuneraciones. Sus empleadores tienen el derecho de recuperar de los servicios de Salud, Instituciones de salud Previsional o Cajas de Compensación, según corresponda, una suma equivalente al subsidio que les habría correspondido de acuerdo a las disposiciones generales que regulan los subsidios por incapacidad laboral.

Recordemos que los permisos regulados por el Código del Trabajo y por leyes Complementarias que otorgan subsidios son ¹⁴⁸ :

Permisos regulados por el Código del Trabajo:

1. Permiso pre natal de la madre. (Artículo 195 del Código del Trabajo).
2. Permiso post natal de la madre. (Artículo 195 del Código del Trabajo).
3. Permiso post natal del padre. (Artículo 195 del Código del Trabajo).
4. Permiso pre natal suplementario. (Artículo 196 del Código del Trabajo).
5. Permiso pre natal prorrogado. (Artículo 196 del Código del Trabajo).
6. Permiso post natal prolongado. (Artículo 196 del Código del Trabajo).
7. Permiso por enfermedad grave de un hijo menor de un año. (Artículo 199 del Código del Trabajo).
8. Permiso por el cuidado de un menor inferior a seis meses de edad. (Artículo 200 del Código del Trabajo).

Permisos regulados por la ley 18.867:

1. Permiso para el cuidado de un menor de seis meses respecto del cual se haya iniciado el juicio de adopción plena.
2. Permiso por enfermedad grave del menor de un año en juicio de adopción plena.

Permisos regulados por la ley 18.703:

1. Permiso para el cuidado personal de un menor inferior a seis meses, (hasta por 12 semanas) respecto del cual se haya iniciado un juicio de adopción plena en los términos del Título Tercero de la ley 18.703¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Poblete Jiménez, Carlos. 2001. Op. cit. p. 12.

¹⁴⁹ Poblete Jiménez, Carlos. 2001. Op. cit. p. 12-a.

2. Permiso para el cuidado personal de un menor inferior a 1 año, en caso de enfermedad grave que requiera de atención en el hogar, respecto del cual se haya iniciado un juicio de adopción plena en los términos del Título Tercero de la ley 18.703¹⁵⁰.

Titulares de los subsidios:

Del estudio de las normas protectoras a la maternidad reguladas en nuestro Código del Trabajo y en leyes complementarias, se desprende en cuanto a la titularidad de los subsidios otorgados por nuestra legislación, como ya se ha señalado anteriormente al comentar las características del artículo 194 del Código del trabajo, que corresponde a todas las trabajadoras dependientes e independientes de los sectores público y privado, cualquiera sea la entidad donde se desempeñen, incluso a las trabajadoras independientes que coticen en algún sistema previsional (FONASA O ISAPRES).

Por regla general, la percepción del subsidio corresponde a la madre trabajadora, pero en forma excepcional corresponderá al padre por ausencia o imposibilidad de la madre o por acuerdo con la misma.

Eventualmente, este subsidio corresponderá a aquél trabajador (a), a quién se haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal del menor como medida de protección.

De igual forma, este subsidio se otorga en ciertos casos específicos, como en caso de enfermedad del menor, en caso de adopción de un menor, los cuales serán detallados a continuación.

Considerando los permisos que el Código del Trabajo y Leyes Complementarias establecen, que fueron señalados anteriormente, y en consecuencia, los subsidios que se establecen en relación a estos; los titulares de estos subsidios son:

1. La trabajadora que esta siendo uso de su descanso pre natal. (Artículo 195 del Código del Trabajo).

2. La trabajadora embarazada que esta siendo uso de su descanso pre natal suplementario. (Artículo 196 del Código del Trabajo).

3. La trabajadora embarazada que esta siendo uso de su descanso pre natal prorrogado. (Artículo 196 del Código del Trabajo).

4. La trabajadora que esta siendo uso de su descanso pos natal. (Artículo 195 del Código del Trabajo).

5. La trabajadora que esta siendo uso de su descanso post natal prolongado por enfermedad comprobada por certificado medico, por causa del alumbramiento. (Artículo 196 inc. 3º del Código del trabajo).

6. El padre trabajador que esta siendo uso del descanso post natal. (Artículo 195 del Código del Trabajo).

7. Trabajador o trabajadora, según corresponda, por permiso por enfermedad grave del hijo menor de un año. (Artículo 199 inciso 1º del Código del Trabajo).

8. Trabajadora o trabajador, según corresponda, que hace uso del permiso por enfermedad grave de un menor de edad inferior a un año, respecto del cual se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal del menor como medida de protección. (Artículo 199 inciso 2º del Código del Trabajo).

¹⁵⁰ Poblete Jiménez, Carlos. 2001. Op. cit. p. 12.

9. La trabajadora, según corresponda, que hace del permiso por enfermedad grave del niño menor de un año, respecto del cual ha iniciado un juicio de adopción plena y esta bajo su cuidado personal. (Ley 18. 867).

10. La trabajadora, según corresponda, que hace uso del permiso por enfermedad grave del menor de seis meses, respecto del cual haya iniciado un juicio de adopción plena, y se encuentre a su cuidado personal. (ley 18.867).

11. La trabajadora, según corresponda, que hace uso del permiso para el cuidado personal de un menor inferior a seis meses, (hasta por 12 semanas) respecto del cual haya iniciado un juicio de adopción plena en los términos del Título III de la ley 18.703.

12. La trabajadora, según corresponda, que hace uso del permiso para el cuidado personal de un menor inferior a un año, por causa de enfermedad grave que requiera de atención en el hogar, respecto del cual haya iniciado un juicio de adopción plena en los términos del Título III de la ley 18.703.

13. La trabajadora o el trabajador, según corresponda, que tengan a su cuidado un menor inferior a seis meses, respecto del cual se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal del menor como medida de protección. (artículo 200 del Código del Trabajo).

Requisitos que se deben cumplir por las personas señaladas anteriormente para tener derecho a subsidio:

Los requisitos necesarios establecidos por las normas laborales para hacer uso del permiso por parte del titular; como por ejemplo: certificados médicos o de matrona, plazo, declaración jurada, etc.

Cumplir con los requisitos establecidos en las leyes sociales referentes a la afiliación, distinguiéndose entre:

B. 1) Trabajadores dependientes:

Los requisitos se encuentran establecidos en el D.F.L N° 44 de 1978 que establece:

Un periodo de afiliación de al menos 6 meses anteriores a la fecha de la licencia médica correspondiente.

Un periodo de cotizaciones de al menos 3 meses dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de inicio de la licencia medica respectiva.

Si se trata de trabajadores dependientes contratados por turnos o jornadas, se establece un periodo de cotización distinto que el señalado anteriormente, requiriéndose sólo 1 mes de cotización dentro de los 6 meses anteriores al inicio de la licencia médica respectiva.

B.2) Trabajadores independientes:

Se encuentra establecido 18 de la ley N° 18.469 y se establecen como requisitos:

Contar con una licencia medica autorizada.

Tener 12 meses de afiliación previsional anteriores al mes en que se inicia la licencia.

Tener por lo menos 6 meses de cotizaciones continuas o discontinuas, dentro del periodo de 12 meses de afiliación previsional anterior al mes de inicio de la licencia.

Estar al día en el pago de las cotizaciones, entendiéndose por tal, haber pagado la cotización correspondiente al mes anterior a aquel en que se requiera el subsidio.

Calculo de los subsidios por maternidad ¹⁵¹ :

Para establecer la cuantía y la base de cálculo de estos subsidios hay que distinguir de qué tipo de permiso se trata, así, respecto de los siguientes permisos:

Permiso pre natal de la madre. (artículo 195 del Código del Trabajo).

Permiso post natal de la madre. (Artículo 195 del Código del Trabajo).

Permiso post natal del padre. (Artículo 195 del Código del Trabajo).

Permiso pre natal suplementario. (Artículo 196 del Código del Trabajo).

permiso pre natal prorrogado. (Artículo 196 del Código del Trabajo).

Permiso post natal prolongado. (Artículo 196 del Código del Trabajo).

Permiso por enfermedad grave de un hijo menor de un año. (Artículo 199 del Código del Trabajo).

Permiso para el cuidado de un menor de seis meses respecto del cual se haya iniciado el juicio de adopción plena. (ley 18.867)

Permiso por enfermedad grave del menor de un año en juicio de adopción plena. (ley 18.867).

Permiso para el cuidado personal de un menor inferior a seis meses, (hasta por 12 semanas) respecto del cual se haya iniciado un juicio de adopción plena en los términos del Título tercero de la ley 18.703¹⁵².

Permiso para el cuidado personal de un menor inferior a 1 año, en caso de enfermedad grave que requiera de atención en el hogar, respecto del cual se haya iniciado un juicio de adopción plena en los términos del Título tercero de la ley 18.703¹⁵³.

De acuerdo al artículo 198 de nuestro Código del Trabajo, este subsidio será “equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba, de la cual, sólo se deducirán las imposiciones de previsión y descuentos legales que correspondan”.

La base de calculo de estos subsidios, se encuentra regulada en el artículo 8 del D.F.L N° 44 de 1978, tratándose de trabajadores dependientes, y en el artículo 2° de la ley 18.469¹⁵⁴ si se trata de trabajadores independientes:

Trabajadores dependientes:

La base de calculo de los trabajadores dependientes, será: “una cantidad equivalente al promedio de la remuneración mensual neta, del subsidio o de ambos, que se hayan devengado en los tres meses calendarios más próximos al mes en que se inicia la licencia”

El artículo 7 del D.F.L. N° 44 entiende en su artículo 7 por remuneración neta: “la remuneración imponible con deducción de la cotización personal y de los impuestos correspondientes a dicha remuneración”.

Trabajadores independientes:

¹⁵¹ Poblete Jiménez, Carlos. 2001. Op. cit. p. 12.

¹⁵² Poblete Jiménez, Carlos. 2001. Op. cit. p. 12-a.

¹⁵³ Poblete Jiménez, Carlos. 2001. Op. cit. p 12-a.

¹⁵⁴ Publicada en el Diario Oficial el 23 de noviembre de 1985.

Se encuentra regulado en el artículo 2º de la ley N° 18.469, estableciendo en este caso como base de calculo: “el promedio mensual de las rentas por las que hubiere cotizado en los últimos seis meses anteriores al que se inicia la licencia por incapacidad laboral”.

El artículo 21 inciso 3º de la ley 18.469, establece que tratándose de trabajadores independientes afiliados al Nuevo Sistema de Pensiones, no pueden considerarse rentas mensuales que tengan entre sí una diferencia superior al 25 % en el cálculo de los subsidios... Si existe esta diferencia, se considerará en el mes o meses en que ella se produzca, el 25 % de la renta mensual menor en el periodo respectivo.

De acuerdo a lo establecido en los artículos 8 inciso 4 y final del D.F.L. N° 44 y 21 de la ley N° 18.469, se consideraran como un sólo subsidio los originados en diferentes licencias medicas que se otorguen en forma continua y sin interrupción entre ellas, por lo tanto, la base de calculo utilizada para determinar un subsidio por reposo prenatal, se mantiene inalterable se mantiene inalterable por el subsidio que corresponda por la proroga del referido permiso y para el descanso post natal. Por lo tanto se ocupa la misma base de calculo desde el pre natal, hasta el post natal, si se esta si se esta siendo uso de subsidios originado en licencias medicas otorgadas en forma continua e ininterrumpidas.

De igual manera, tratándose de licencias medicas por descansos distintos a los señalados, igualmente se deberá mantener la base de calculo de la primera de ellas, cuando se otorguen por el mismo diagnóstico y en forma continua, como por ejemplo serían dos o mas licencias por síntomas de parto prematuro, dos o mas licencias por enfermedad grave del hijo menor de un año.

Si se esta haciendo un descanso maternal suplementario, se deberá efectuar una nueva base de calculo para determinar el subsidio del descanso maternal, que se mantendrá inalterable hasta el descanso post natal inclusive.

Si se presenta una licencia medica de descanso post natal, a continuación de un descanso maternal suplementario, sin que exista descanso pre natal, se deberá hacer de igual forma un nuevo calculo del subsidio.

De igual manera se deberá efectuar un nuevo calculo del subsidio correspondiente, si con posterioridad a un descanso post natal, se presenta una licencia medica por descanso maternal prolongado o por enfermedad grave del hijo menor de un año.

¿Qué sucede si las trabajadoras no reúnen las cotizaciones que establece la ley para impetrar el beneficio?

Para este caso específico, la Superintendencia de Seguridad Social, mediante el Dictamen N° 2506 de fecha 15 de marzo de 1990, ha señalado que las beneficiarias de los subsidios maternales que no cuenten con remuneraciones ni cotizaciones en el periodo de base de calculo (ya señalado anteriormente), tendrán derecho a percibir el subsidio diario mínimo que establece el artículo 17 del D.F.L. N° 44, que establece que “el monto diario de los subsidios no podrá ser inferior a la trigésima parte del cincuenta por ciento del ingreso mínimo que irga para el sector privado”.

Si se trata del caso de trabajadoras que tengan más de un empleador, o que revistan a la vez, las calidades de trabajadora dependiente e independiente, tendrán derecho al subsidio mínimo aludido en el evento de que la suma de los subsidios que hubieren devengado en un mismo periodo no supere en monto de aquél.

Respecto del permiso y subsidio establecido en el artículo 200 del Código del Trabajo, para la trabajadora o el trabajador que tengan a su cuidado a un menor inferior a seis

meses, por habersele otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal del menor como medida de protección:

Respecto de este subsidio, no existe norma legal expresa que señale que la forma de financiamiento de estos subsidios, sea la misma del subsidio devengado durante el post natal de la madre.

Pero podemos señalar que se aplica el mismo mecanismo establecido en el D.F.L. N° 44, por cuanto, la Superintendencia de Isapres respecto del subsidio establecido en el artículo 2 de la ley 18.867, que establece el permiso para el cuidado de un menor de seis meses respecto del cual se haya iniciado el juicio de adopción plena, y el permiso por enfermedad grave del menor de un año en juicio de adopción plena, ha señalado que el gasto en dicha prestación se imputara como si se tratara de un subsidio por reposo maternal, por lo tanto, al igual que los diferentes subsidios correspondientes a reposo maternal y por enfermedad grave del hijo menor de un año de edad, se financian con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares Y Subsidios de Cesantía¹⁵⁵ (ley N° 18.418) .

Limite al monto de los subsidios:

Con el objeto de evitar la utilización indebida de estos beneficios, la ley 19.299 de 1994 en sus artículos 2° y 3°, estableció limitaciones en cuanto al monto diario de estos subsidios.

Así, se establece limitaciones al monto diario de los siguientes subsidios devengados en:

Descanso pre natal.

Descanso post natal.

Descanso prenatal prorrogado.

Descanso que se concede a la trabajadora que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a seis meses y que haya iniciado un juicio de adopción plena (hasta 12 semanas).

Se debe distinguir entre:

Limite de los subsidios establecidos para trabajadores dependientes:

El monto diario de los subsidios por maternidad o relacionados con ellos, no puede exceder del equivalente a las remuneraciones mensuales netas, subsidios o de ambos devengados en los tres meses anteriores más próximos al séptimo mes calendario que precede al del inicio de la licencia, dividido por noventa, aumentado en el 100% de la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor en el periodo, de los siete meses anteriores al mes precedente al del inicio de las licencias medicas incrementado en un 10%.

Limite a los subsidios establecidos para los trabajadores independientes:

El monto diario de los subsidios por maternidad o relacionados con ella, no puede exceder al equivalente a las rentas imponibles deducidas de las cotizaciones previsionales, los subsidios o ambos por los cuales se hubiere cotizado en los tres meses anteriores al octavo mes calendario anterior al del inicio de la licencia medica, dividido por noventa, aumentado en un 100% de la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor en el periodo comprendido por los ocho meses anteriores al mes precedente al del inicio de la licencia médica, e incrementado en un 10%.

¹⁵⁵ Publicada en el Diario Oficial el día 12 de marzo de 1994.

Los tres meses a considerar en el cálculo del límite deberán estar comprendidos dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al séptimo o al octavo mes calendario que precede al mes del inicio de la licencia según se trate de trabajadores dependientes o independientes, respectivamente, sin importar que aquellos sean o no sucesivos, debiendo en todo caso ser los más próximos.

Si dentro de los correspondientes seis meses sólo se registraren uno o dos meses con remuneraciones, rentas y/o subsidios, para determinar el monto del subsidio diario, se dividirá por 30 o 60, respectivamente. Asimismo, se deben considerar los meses en que existan remuneraciones, rentas y/o subsidios, aun cuando éstos no se hayan devengados por completo.

En todos aquellos casos en que no se registraren remuneraciones ni subsidios dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al séptimo o al octavo mes calendario que precede al mes de inicio de la licencia, según sea el caso, y en todos aquellos casos en que el valor determinado sea inferior al subsidio diario mínimo a que se refiere el artículo 17 del D.F.L. N° 44 de 1978, esto es, a la trigésima parte del cincuenta por ciento del ingreso mínimo que rija para el sector privado, corresponderá pagar dicho subsidio mínimo, siempre que proceda.

Si se trata de trabajadores dependientes que posean más de un empleador, o se trate de trabajadores que a la vez sean dependientes e independientes, tendrán derecho al subsidio mínimo en el evento que la suma de los subsidios que se hubieren devengado en un mismo periodo, no supere el monto de aquél.

Cotizaciones que se deben efectuar sobre los subsidios por maternidad:

Se encuentra regulado en el artículo 17 del D.L. N° 3.500 que señala que: “las entidades pagadoras del subsidio deberán efectuar las retenciones correspondientes, declarar y enterar las cotizaciones en las instituciones que correspondan”. Estas cotizaciones deberán efectuarse “sobre la base de la última remuneración o renta imponible correspondiente al mes anterior en que se haya iniciado la licencia o en su defecto la estipulada en su respectivo contrato de trabajo en su caso”.

Financiamiento de los subsidios por maternidad.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 1 de la ley N° 18.418, se establecía que los subsidios devengados durante los descanso pre o post natales, y el permiso por enfermedad grave del hijo menor de 1 año, y los gastos de administración del sistema, se financian con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidios de Cesantía que se encuentra establecido en el artículo 20 del D.F.L. N° 150 de 1980. Este subsidio, beneficia a las a todas las mujeres trabajadoras, mujeres independientes de su adscripción a FONASA o a una ISAPRE, respecto a su cotización de salud. Este fondo, se encuentra constituido por aportes fiscales que se fijan en la Ley de Presupuesto del Sector Público de cada año.

Con la entrada en vigencia del Plan AUGE¹⁵⁶, que quiere decir Acceso con Garantías Explícitas en Materias de Salud, junto con el Programa Chile Solidario que favorecerá con un subsidio básico de unos \$10.000 pesos aproximadamente a unas 225.000 familias indigentes de este país, se transformará radicalmente el sistema de financiamiento de las licencias maternales y el subsidio por enfermedad del hijo menor de un año. Según el gobierno, estos programas, tendrán las siguientes fuentes de financiamiento¹⁵⁷:

¹⁵⁶ Chile. Ministerio de Salud. 2004. Ley 19.966. Régimen de Acceso con Garantías Explícitas. 25 de septiembre 2004.

¹⁵⁷ Stuardo, Antonio. 2002. El Plan AUGE y sus repercusiones. Santiago de Chile. <http://www.diarioelgong.cl> .

Un 27% se financiará con mayor crecimiento económico.

Un 30% con mayores reasignaciones presupuestarias.

Un 43% con mayor alza a los impuestos a las bebidas alcohólicas (vino, cerveza, pisco y whisky).

Al tabaco.

Al petróleo diesel y,

A los permisos de circulación de los vehículos petroleros.

Pero también el Plan AUGE, cuenta entre sus fuentes de financiamientos, la supresión del subsidio maternal fiscal de unos \$ 85 mil millones de pesos, entregados por el Fondo único de Prestaciones Familiares a las ISAPRES y FONASA.

También se establece la obligación sin distinción de sexo, de todos los trabajadores cotizantes, de aportar, para tal efecto, un 0,6% de su 7% de su cotización obligatoria para salud.

El objetivo de este descuento a la cotización obligatoria para salud, es crear un “Fondo de Maternidad” para financiar las licencias pre y post natales y el subsidio por enfermedad del hijo menor de un año enfermo, independiente al sistema de salud a la cual se encuentre afiliada la trabajadora.

Sin duda, el objetivo de prestar cobertura a 56 enfermedades gravísimas que persigue el Plan AUGE, es un fin loable. Pero la mayor crítica que se ha hecho a este programa es la supresión del subsidio maternal, y disminuir en un 0,6% la cotización obligatoria para salud. Este impuesto es regresivo¹⁵⁸, es decir, afecta proporcionalmente menos a los sectores de mayores ingresos que a los que tienen una menor capacidad económica. También origina efectos sobre el empleo y cambio en las decisiones de las personas. La imposición de un impuesto al trabajo causará una declinación del empleo en el sector dependiente¹⁵⁹. El efecto negativo sobre el empleo dependerá de la elasticidad de la oferta y la demanda de trabajo en nuestro país. En cuanto a la decisión de las personas, al ver encarecidos sus planes en la respectiva ISAPRE a la cual se encuentre afiliado/a, se originará un importante éxodo de cotizantes del sector privado al público.

En conclusión, el desvío de 0,6 puntos porcentuales de la cotización de salud que equivalen a sacar un 8,6 % del 7% mensual que impone todos los trabajadores cotizantes, significaría un alza en los planes de salud para los afiliados al sistema de ISAPRES, un efecto negativo en el empleo, un importante transferencia de cotizantes del sistema privado al público sobre todo entre los cotizantes de menos ingresos, afectando aún más la crítica situación de éste último.

Administración del sistema:

Las entidades administradoras y pagadoras de estos subsidios, al igual que de los demás subsidios por incapacidad laboral, encargadas son:

Las Instituciones de Salud Previsional, en caso de sus afiliados (FONASA E ISAPRES).

¹⁵⁸ Libertad y Desarrollo. 2002. Impuesto a los cotizantes y subsidio maternal. Santiago. <<http://www.lyd.com>>

¹⁵⁹ Aplicando la teoría de la oferta y la demanda, en el corto plazo esta declinación en la ocupación resulta del efecto escala la demanda por trabajo cuando el impuesto incrementa tanto los costos laborales como los precios de lo producido, con las consiguiente reducción en las ventas y el empleo. En el largo plazo, el efecto negativo sobre el nivel de empleo es aún mayor ya que la curva de la demanda de trabajo se hace más elástica, debido al efecto sustitución cuando las empresas reemplazan trabajo por capital.

Respecto del Fondo Nacional de Salud (FONASA), hay que señalar que se trata de un organismo público encargado de administrar el seguro público de salud que otorga cobertura de atención tanto a personas que cotizan el siete por ciento de sus ingresos mensuales para salud en dicho organismo, como a aquellas personas que carecen de recursos, en este último caso el Estado financia la cobertura en salud de estas personas a través de un aporte indirecto¹⁶⁰.

En FONASA se establecen dos sistemas para que la mujer embarazada beneficiaria del sistema obtenga las prestaciones que el organismo otorga, estos son la modalidad de libre elección o la modalidad de atención institucional, que serán elegidos por esta de acuerdo a su situación socioeconómica.

Así, en la modalidad de libre elección, no existe subsidio estatal, y la función de FONASA es actuar como un proveedor más de seguros de salud. Por lo tanto se establece una cotización obligatoria a FONASA (7%) y un co-pago que variará según el nivel arancelario en que se encuentre inscrito el prestador que realiza la atención de salud, que fluctúa entre el 25 y cincuenta por ciento del valor de la prestación, la cual deberá ser cancelada por el usuario al momento de requerir atención de salud.

En la modalidad de atención institucional, son los consultorios de atención primaria, postas rurales, hospitales públicos y servicios de urgencias los encargados de otorgar las prestaciones de salud correspondientes. Por lo que este sistema será utilizado por aquellas personas que no puedan efectuar el co-pago necesario señalado anteriormente para atenderse en instituciones privadas de salud, y así evitar las deficiencias que tiene el sistema público de salud nacional.

Las Cajas de Compensación Familiar, respecto de sus trabajadores afiliados que no estén incorporados a las Instituciones de Salud Previsional.

Los Servicios de Salud, en el caso de los trabajadores independientes y dependientes no afiliados a Instituciones de Salud Previsional ni a Cajas de Compensación.

Además se debe señalar como entidades Administradoras del Sistema respecto de sus afiliados a: Instituto de Normalización Previsional, las Cajas de Compensación de Asignación Familiar, las Mutualidades de Empleadores de la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, las Compañías de Seguros de Vida¹⁶¹.

B) La asignación maternal:

La asignación maternal de acuerdo a lo señalado por los profesores Héctor Humeres Magman, y Héctor Humeres Noguera constituye una clase de prestación familiar, entendida como aquellos beneficios en dinero, en especies o servicios que se otorgan a las familias para su mejor constitución y desarrollo y para realizar un proceso de implementación familiar.

Esta asignación maternal corresponde:

A las trabajadoras dependientes.

A las trabajadoras independientes.

A aquellas que están en goce de subsidio.

A las cónyuges causantes de asignación familiar de los trabajadores dependientes, independientes o en goce de subsidio que se encuentren embarazadas.

¹⁶⁰ Negrete Hill, Gabriela. 2001. Op. cit. p. 140.

¹⁶¹ Poblete Jiménez, Carlos. 2001. Op. cit. p. 13.

La asignación maternal se paga por todo el periodo de embarazo, pero sólo al quinto mes de embarazo, previa certificación médica se hace exigible.

La administración del sistema de prestaciones familiares y en consecuencia de las asignaciones maternales operan sobre la base de un programa anual aprobado por decreto supremo y su administración corresponde a las mismas instituciones señaladas respecto del subsidio por maternidad. Además se establece facultades fiscalizadoras de la Superintendencia de Seguridad Social, la Contraloría General de la República, y la Dirección del Trabajo¹⁶².

¹⁶² Humeres Magnan, Héctor y Humeres Noguera, Héctor. 2000. Derecho del trabajo y de la seguridad social. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. P.503.

CAPITULO TERCERO APLICACIÓN DE LAS DIVERSAS TEORIAS DEL ANALISIS ECONÓMICO DEL DERECHO A LAS NORMAS PROTECTORAS DE LA MATERNIDAD

A) Introducción:

Como ya lo señalábamos en el Capítulo I de esta presentación, el análisis económico del derecho, es una disciplina moderna que consiste en aplicar los principios y técnicas de la ciencia económica al estudio del derecho.

Se parte de la base que las “normas” de un sistema jurídico en especial, crean “incentivos” o desincentivos” que llevan a las personas destinatarias de tales normas, a actuar de tal o cual manera. Estos resultados a los cuales induce la norma jurídica pueden ser considerados “buenos” o “malos” en el modelo de aplicación en estudio como ya lo hemos señalados anteriormente, se trata de determinar si tales normas son “eficientes” o “ineficientes”, en el sentido de que la aplicación de aquella norma, arroja resultados que constituyen “beneficios” superiores a los de cualquier norma alternativa de aplicación o bien, el bienestar social alcanzado por la norma es el máximo posible para la sociedad.

El tema y finalidad principal de esta memoria, consiste en aplicar los distintos supuestos y postulados básicos del análisis económico del derecho, los cuales hemos seleccionado y expuesto en el Capítulo I de esta presentación, de acuerdo a su importancia y aceptación general, a las normas que protegen la maternidad en nuestro sistema jurídico, diseñar un modelo económico de aplicación, y señalar las consecuencias económicas de la aplicación de dichas normas a la realidad nacional, para lo cual iremos aplicando los presupuestos básicos o hipótesis desarrolladas aplicables a las normas que protegen la maternidad en nuestro país, analizando los costos laborales directos e indirectos de aquellas y señalando las consecuencias económicas que tales normas producen.

Desde ya manifestamos la dificultad en la cual nos hemos encontrado frente al capítulo en estudio, por cuanto no hemos encontrado en nuestra realidad nacional otra aplicación del modelo económico a normas jurídicas, por lo cual carecemos de un “modelo” a seguir, que nos pueda guiar en nuestra aplicación. De igual forma, es casi inexistente el desarrollo de los costos laborales, y las consecuencias económicas de las normas protectoras a la maternidad.

Aplicación de los principios del análisis económico del derecho a la movilidad funcional de la trabajadora embarazada.

A) Aplicación de la teoría de la elección racional u *homus economicus*.

La movilidad funcional de la trabajadora embarazada se encuentra establecido en el artículo 202 del Código del Trabajo que establece:

Art. 202 C.T.: “Durante el periodo de embarazo, la trabajadora que esta ocupada en trabajos considerados por la autoridad como perjudiciales para su salud, deberá ser trasladada, sin reducción de sus remuneraciones, a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado.

Para éstos efectos se entenderá, especialmente, como perjudicial para la salud todo trabajo que:

Obligues a levantar, arrastrar o empujar grandes pesos;

Exija un esfuerzo físico, incluido el hecho de permanecer de pie largo tiempo;

Se ejecuta en horario nocturno;

Se realiza en horas extraordinarias de trabajo, y

La autoridad competente declare inconveniente para el estado de gravidez”.

Si como ya lo establecimos en el capítulo primero de esta presentación, la teoría del *homus economicus*, constituye el supuesto inicial sobre el cual se constituye toda la base del análisis económico del derecho, ser racional significa tomar decisiones en base al criterio del costo – beneficio, lo cual significa que una persona debe realizar una actividad determinada, sólo si los beneficios de esa actividad, son superiores a los costos que ella genera, (criterio de la racionalidad basado en el egoísmo).

Esta norma por si sola no nos sirve para determinar si incentiva a los destinatarios de esta a actuar racionalmente, o más bien a comportarse como un *homus economicus*. Para esto, necesitamos de otra norma legislativa, que incentive al empleador al cumplimiento de dicha norma, de tal manera que el incumplimiento por parte de éste del artículo 202 del C.T., le arrojará mayores costos, que en el caso que cumpla la norma.

Si juntamos el artículo 202 del Código del Trabajo, con el artículo 208 del mismo Código que establece:

Artículo 208 C.T: “Las infracciones a las disposiciones de este titulo se sancionarán con multa de catorce a setenta unidades tributarias mensuales en vigor a la fecha de cometerse la infracción, multa que se duplicará en caso de reincidencia.

En igual sanción incurrirán los empleadores por cuya culpa las instituciones que deben pagar las prestaciones establecidas en este titulo no lo hagan; como asimismo aquellos empleadores que infrinjan lo dispuesto en el inciso final del artículo 194...”

Sin duda, el establecimiento de esta sanción, en caso de incumplimiento de la norma, cuyo monto es significativo, incentiva al empleador a comportarse como un ser racional que intentará maximizar su bienestar disminuyendo sus costos.

De acuerdo a la teoría de la elección racional, el empleador actuara racionalmente, y elegirá la alternativa que le reporte mayor utilidad o beneficio, o que disminuya los costos, que sin duda, será en el caso, cambiar a la trabajadora de funciones si esta labora en las condiciones que establece el artículo 202 del C.T, que implica un menor costo, que exponerse a una sanción económica de un elevado monto.

B) Aplicación de la teoría de la oferta y demanda.

Como ya lo explicamos en el capítulo I de esta presentación, la teoría de la oferta y demanda establece una relación inversa entre el precio de un bien y la cantidad demandada de este. De tal manera, que si el precio de un bien X sube, y los demás valores permanecen invariables, el producto costara relativamente más de lo que costaba antes ese mismo bien. Si el precio de un producto sube y todo los otros valores se mantienen sin variación, la cantidad de tal producto demandada por los consumidores disminuirá, y por lo tanto bajará la cantidad elaborada por los productores.

La teoría de la oferta y la demanda puede ser aplicada en el caso en estudio. Como en esta teoría debemos considerar dos factores; precio y cantidad, para nosotras entendemos las restricciones a tipos de trabajos realizados por mujeres embarazadas como costos, y como cantidad, sin duda, en este caso y en los análisis posteriores de esta presentación, a las mujeres en edad fértil.

Gráfico N° 1.

Como se puede apreciar en el gráfico expuesto, a medida que aumenta el precio, en el caso llámese, aumento de trabajos prohibidos para las mujeres embarazadas, o mayores requisitos que se deban cumplir por el empleador en caso que cuente con trabajadoras embarazadas, establecidas en nuestra legislación, disminuirá la contratación de mujeres en edad fértil por parte de los empleadores.

Sin duda, el empleador preferirá contratar otro tipo de trabajadores; hombres y mujeres que no estén en edad fértil, es decir, preferirá obstar por otro tipo de bienes sustitutos que le van a salir más baratos y menos complicados que contratar a este tipo de mujeres.

Sin duda, este artículo en forma aislada no concuerda con los postulados de la teoría de la oferta y demanda, a mayores requisitos, menor va a ser la cantidad de mujeres contratadas por los empleadores.

C) Aplicación del principio de que los recursos tienden a gravitar a sus usos más valiosos.

Como ya expusimos en el Capítulo I de esta presentación, este postulado expresa que los recursos son adquiridos por aquellos consumidores que están dispuestos a pagar un precio más alto que los otros consumidores por dichos bienes.

Para determinar si el establecimiento de la movilidad funcional de la trabajadora se enmarca o no dentro de este principio, debemos tomar tanto el artículo 202 del Código del Trabajo que establece los trabajos prohibidos por ley para la mujer embarazada, y el artículo 208 del Código del Trabajo que establece las sanciones a las violaciones a las normas protectoras a la maternidad. Si el empleador, no valora sus recursos, en el caso, el dinero que posee y que podría invertir en aumentar su producción, u otro negocio particular, en caso de infracción al artículo 202 y posterior aplicación de una multa por dicho

incumplimiento, estos recursos pasaran del empleador a la Dirección del Trabajo como ente administrador y sujeto que asigna mayor valor al recurso. Si a la inversa, es el empleador el que le asigna mayor valor al dinero que deberá pagar en caso de infracción y posterior multa, cumplirá con la disposición pertinente que prohíbe determinados trabajos para no incurrir en dicha multa.

Sin duda, si el empleador considera que puede obtener un precio más alto con el dinero o multa que debería pagar en caso de infracción, u obtener mayores ventajas con el uso de aquel, que los otros consumidores, en el caso la Dirección del Trabajo, y aplicando además el principio de la elección racional, cumplirá con la norma para si evitarse la multa aplicable en caso de incumplimiento.

D) Aplicación del principio de que los consumidores siempre tratan de maximizar su beneficio o utilidad, o minimizar sus costos.

Sin duda, este es un corolario directo del principio del *homo economicus*. A modo de resumen, porque ya fue estudiado en el capítulo I de esta presentación, lo importante es saber que al economista le interesa la noción de “costo de oportunidad”, es decir, el beneficio al cual se renuncia por emplear un recurso de tal modo que se niega su uso a alguien más. Representa el precio mínimo al cual un vendedor ofrecerá un bien, dado que a cualquier precio más bajo, el comerciante preferirá desviar los recursos utilizados en fabricar tal bien, hacia su segundo mejor uso.

Nuestra norma jurídica ha fijado el costo de oportunidad de cumplir o no con la norma que establece los trabajos prohibidos por la ley para la mujer embarazada, estableciendo una multa variable, en caso de incumplimiento. Nuestro legislador establece el precio del incumplimiento de la norma estudiada a través de una sanción aplicable en caso de infracción. Corresponde al empleador, el elegir si cumple o no con la normativa vigente y maximizar sus beneficios.

Aplicación de los principios del análisis económico del de derecho al fuero laboral.

A) Aplicación de la teoría de la elección racional u *homo economicus*.

El fuero maternal se encuentra establecido en el artículo 201 del Código del Trabajo.

El artículo 201 del Código del Trabajo, establece: Art. 201 C.T.: “Durante el periodo de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, la trabajadora estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174.

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

Artículo 174 del C.T: “En el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato de trabajo si no con la autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160.

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

De acuerdo a lo ya señalado respecto a la teoría de la elección racional, si el empleador es un ser racional, significará que tomara decisiones en base al criterio del costo – beneficio, lo que implica que una persona debe realizar una actividad determinada, sólo si los beneficios de esa actividad, son superiores a los costos que ella genera.

De acuerdo a estas dos normas que establecen el fuero maternal a favor de la mujer trabajadora embarazada (desde el momento de la concepción hasta un año después de expirado el descanso de maternidad), si el empleador fuere un ser racional, minimizador de sus propios costos, cumpliría con la normativa vigente, ya que mantener a la trabajadora embarazada en su puesto de trabajo hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, le saldría mucho más barato, que la aplicación de la sanción en caso de incumplimiento, ya que, que en caso de un juicio de fuero maternal, iniciado por la trabajadora afectada, implica reincorporar a la trabajadora a su trabajo, y cancelar integralmente sus remuneraciones y demás beneficios que tuviere derecho a percibir por causa del contrato de trabajo durante el periodo en el cual se encuentre fuera de su trabajo. Si el empleador no quiere reincorporar a la trabajadora a su trabajo, aparte de estas remuneraciones y beneficios que se devengaron mientras la trabajadora permaneció fuera del contrato de trabajo, deberá cancelar además estos mismos conceptos durante todo el periodo de fuero laboral.

Además hay que contar que esta suma se debe reajustada, y es sin perjuicio de las multas aplicadas por la Inspección del Trabajo respectiva en caso de negativa de la empresa de reincorporar a la trabajadora que goza de fuero. También hay que incluir los gastos de asesoría jurídica que son elevados.

Sin duda los costos de despedir a una trabajadora aforada son más amplios que mantener en el trabajo a la trabajadora que goza de fuero.

A pesar que en teoría sería económicamente racional mantener a la trabajadora en su puesto de trabajo, para evitarse los elevados costos en que debería incurrir el empleador en caso de incumplimiento, por lamentables resquicios legales creemos que es fácil para las empresas violar las normas protectoras a la maternidad despidiendo a trabajadoras sujetas a fuero. En un juicio de fuero maternal, en el cual se solicita el reintegro de la trabajadora la cual ha sido despedida injustificadamente y gozando de fuero; a menudo nos encontramos frente a un juicio eterno, en la cual la empresa cuenta con los medios para obtener una asesoría jurídica adecuada, frente a una trabajadora que no se encuentra en pie de igualdad, ya que se debe conformar por regla general, con la asesoría gratuita que le brinda la Corporación de Asistencia Judicial, que no goza de su fuente de ingreso

que constituía la remuneración que percibía, y que además no puede suscribir un nuevo contrato de trabajo por cuanto se entiende que renuncia al fuero maternal.

Frente a la negativa de la empresa de reintegrar a la trabajadora embarazada y de pagar todas las remuneraciones y demás conceptos que corresponden percibir a la trabajadora que ha sido despedida, ésta se debe conformar entre esperar un fallo favorable que establezca que la empresa debe reincorporar a la trabajadora si todavía ésta goza de fuero maternal, y pagar remuneraciones y demás conceptos que debía recibir la trabajadora por causa del contrato de trabajo, o bien, sólo esto último si ya por el tiempo transcurrido, la trabajadora ya no goza de fuero; y el posterior juicio ejecutivo si la empresa se niega a reintegrar y/o a cancelar después de haberse dictado sentencia, o conformarse con la propuesta que efectúa la empresa en la audiencia de conciliación y prueba, de solo pagar a la trabajadora una parte de las remuneraciones que corresponde que se le cancelen, y que se de por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes.

Frente a una trabajadora que se encuentra sin su medio de subsistencia, y sin posibilidad de encontrar otro, por regla general va aceptar la suma que le ofrece la empresa, ya que así recibe algo de dinero en el corto plazo y se evita un juicio largo e incierto. Con lo expuesto vemos claramente como las empresas abusan de la situación de desventaja económica de la gran mayoría de las trabajadoras, y violan las normas que protegen la maternidad y las normas sobre terminación de contrato de trabajo, ya que si se termina un contrato por mutuo acuerdo, la trabajadora pierde el derecho a la indemnización por años de servicios si tenía derecho a ella. Nos imaginamos como ejemplo, las consecuencias de despedir a una mujer con fuero maternal y con 11 años de servicios, y que en acta de comparendo se llegue a un acuerdo económico miserable y se acuerde el termino del contrato de trabajo por mutuo acuerdo. La trabajadora pierde su trabajo, el integro de las remuneraciones y demás conceptos que le corresponderían por estar sujeta a fuero maternal, y además el derecho a indemnización por años de servicios que le correspondería si hubiera sido despedida en condiciones normales. Sin costas el desgaste psicológico que experimente la trabajadora y su familia, cuando se ve víctima de este tipo de situaciones.

B) Aplicación de la teoría de la oferta y demanda.

Al igual como lo hicimos al analizar la movilidad funcional de la trabajadora, para aplicar la teoría de la oferta y la demanda, consideraremos como precio del bien el tiempo durante el cual la trabajadora goza de fuero maternal, un aumento en el tiempo del descanso maternal, ya sea en cuanto a duración, en estricto sentido, o en el establecimiento de mayores requerimientos o condiciones a cumplir por el empleador, o imposibilidad absoluta de renunciar a él como lo establece nuestra legislación, disminuirá la cantidad, en el caso, los empleadores tendrán un menor incentivo para contratar mujeres en edad fértil, lo que se traducirá en una menor contratación de mujeres en esta situación, y haciendo más económico la contratación de otros grupos de trabajadores. A mayor regulación, aplicando la teoría de la oferta y la demanda, el “precio” de contratar mujeres en edad fértil será mayor, y será más conveniente para los empleadores contratar otros trabajadores (que en teoría económica serían bienes sustitutos).

El siguiente gráfico muestra la relación inversa entre el precio (en el caso tiempo de fuero maternal, mayores requisitos, irrenunciabilidad, .etc), y la cantidad, (en el caso de contratación de mujeres en edad fértil).

Como puede observarse, a mayor tiempo y requisitos del fuero maternal, menos será la cantidad de mujeres en edad fértil que los empleadores estarán dispuestos a contratar.

Gráfico N° 2

C) Aplicación del principio de que los recursos tienden a gravitar a sus usos más valiosos.

De acuerdo a lo ya señalado frente a este principio, si el empleador da el uso más valioso a monto en dinero que tendría que cancelar en caso de despedir a una mujer embarazada, incluyendo los reajustes y multas correspondientes, no despediría a una mujer que goza de fuero maternal, en caso contrario, si no fuere él el que da el uso más valioso a dichos recursos, despedirá a una mujer que goza de fuero maternal, y cancelaría las correspondientes remuneraciones, beneficios, reajustes y multas que tuviere que pagar, a fin de no tener que mantener en el trabajo a la mujer que goza de fuero maternal.

D) Aplicación del principio de que los consumidores siempre tratan de maximizar su beneficio o utilidad, o minimizar sus costos.

Al igual que en el caso anterior, nuestra legislación ha fijado el costo de oportunidad de no cumplir con el fuero laboral, ya que establece la sanción para el empleador que despide a una mujer sujeta a fuero maternal, a la obligación de reintegrarla, y además de cancelarle todas las remuneraciones y demás beneficios a que tuviere derecho a percibir por el contrato de trabajo durante el lapso de tiempo en la cual no se respetó su fuero maternal, además de los reajustes correspondientes, y la multa fiscal si es que fue aplicada por la Inspección del Trabajo correspondiente. Nuestro legislador establece el precio del incumplimiento de la norma estudiada a través de una sanción aplicable en caso de infracción por los tribunales de justicia. Al igual que en el caso anterior, corresponde al empleador, el elegir si cumple o no con la normativa vigente y maximizar sus beneficios.

Aplicación de los principios del análisis económico del derecho al permiso pre y post natal, subsidio maternal y permiso por enfermedad del hijo menor de un año.

Los artículos 195, 196, 198 y 198 del Código del Trabajo, establecen los permisos maternales, subsidio maternal y permiso por enfermedad del hijo menor de un año.

Artículo 195 C.T.: “Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él...”

“Los derechos referidos en el inciso 1º no podrán renunciarse y durante los periodos de descanso queda prohibido el trabajo de mujeres embarazadas y puérperas. Asimismo, no obstante cualquiera estipulación en contrario, deberán conservárseles sus empleos o puestos durante dichos periodos”.

Artículo 196 C.T.: “Si durante el periodo de 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 medicas 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 esto 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 el trabajo por un plazo superior al descanso postnatal, el descanso puerperal será prolongado por tiempo que fije, en su caso, el servicio encargado de la atención médica preventiva o curativa.

Los certificados a que se refiere este artículo serán expedidos gratuitamente, cuando sean solicitados a médicos o matronas que por cualquier concepto perciban remuneraciones del Estado”.

Artículo 198 C.T.: “La mujer que se encuentre en el periodo de descanso de maternidad a que se refiere el artículo 195, o de descanso suplementarios y de plazo ampliado señalados en el artículo 196, recibirán un subsidio equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba, de la cual sólo se deducirán las imposiciones de previsión y descuentos legales que correspondan”.

Artículo 199 C.T.: “Cuando la salud de un niño menor de un año requiera de atención en el hogar con motivo de enfermedad grave, circunstancia que deberá ser acreditada

mediante certificado médico otorgado o ratificado por los servicios que tengan a su cargo la atención médica de los menores, la madre trabajadora tendrá derecho al permiso y subsidio que establece el artículo anterior por el periodo que el respectivo servicio determine. En el caso en que ambos padres sean trabajadores, cualquiera de ellos y a elección de la madre, podrá gozar del permiso y subsidio referidos. Con todo, gozará de ellos el padre, cuando la madre hubiere fallecido o tuviere la tuición del menor por sentencia judicial.

Tendrá también derecho a este permiso y subsidio, la trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a un año, respecto de quien se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección. Este derecho se extenderá al cónyuge, en los mismos términos señalados en el inciso anterior”

A diferencia de los casos anteriores no aplicaremos en forma detallada las teorías ya estudiadas. Como lo veremos en el siguiente capítulo, los costos del subsidio maternal y del permiso del hijo enfermo menor de un año, son asumidos por el Estado, el cual otorga a las beneficiarias y/o beneficiarios a través de la correspondiente entidad previsional a la cual se encuentren afiliados, el correspondiente subsidio.

Por lo cual, el establecimientos de estos subsidios no implica costos directos para el empleador, ya que no es éste el que deberá desembolsarlos y cancelarlos a la beneficiaria/o. Eso sí, como se estudiará en forma detallada en el capítulo siguiente, el establecimiento de los permisos maternales y del hijo enfermo menor de un año, pueden originar costos indirectos, por la inestabilidad que genera en la empresa el hecho de tener que contratar un/a reemplazante que efectúe las labores que realizada la trabajadora/o que goza de estos permisos.

Respecto a los descansos maternales, en los cuales la ley establece en forma absoluta la prohibición de efectuar labores por la madre trabajadora, el empleador, si actúa como un ser racional maximizador de su propia riqueza, evitara el trabajo de la mujer trabajadora que tenga derecho a estos descansos, ya que así se evitará la multa establecida en el artículo 208 del Código del Trabajo aplicable en caso de violación a esta normativa.

De igual forma acontece respecto al permiso por enfermedad grave del hijo menor de un año, en la cual, la posible aplicación de una elevada multa por la Inspección del Trabajo respectiva en caso de incumplimiento por parte del empleador de esta normativa, actúa como aliciente frente al empleador al cumplimiento de dicha normativa.

Si el empleador, no otorga al dinero que debería pagar en caso de imponérsele una multa en caso de incumplimiento de esta normativa el uso más valioso, preferirá incumplir y asumir el costo de pagar la sanción aplicable por la Inspección del Trabajo respectiva.

Si aplicamos la teoría de la oferta y la demanda, al igual que en los casos anteriores, si consideramos como precio la duración de los descansos maternales y la duración del permiso por enfermedad del hijo menor de un año, y como cantidad, el numero de mujeres en edad fértil que están dispuestos a contratar los empleadores, volviéndose más valiosos los otros tipos de trabajadores que en el caso serían los hombres y las mujeres que no se encuentren en edad fértil (bienes sustitutos).

Gráfico N° 3

4. Aplicación de los principios del análisis económico del derecho, al derecho al derecho de sala cuna.

A) Aplicación de la teoría del *homo economicus*.

El Derecho de Sala Cuna se encuentra establecido en el artículo 203 del Código del Trabajo.

Artículo 203 del C.T: “Las empresas que ocupen veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, deberán tener salas anexas o independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo. Igual obligación corresponderá a los centros o complejos comerciales e industriales y de servicios administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, cuyos establecimientos ocupen entre todos, veinte o más trabajadoras.

El mayor gasto que signifique la sala cuna se entenderá común y deberán concurrir a él todos los establecimientos en la misma proporción de los demás gastos de ese carácter.

Las salas cunas deberán reunir las condiciones de higiene y seguridad que determine el reglamento.

Con todo, los establecimientos de las empresas a que se refiere el inciso primero, y que se encuentren en una misma área geográfica, podrán, previo informe favorable de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, construir o habilitar y mantener servicios comunes de salas para la atención de los niños de las trabajadoras de todos ellos.

En los periodos de vacaciones determinados por el Ministerio de Educación, los establecimientos educacionales podrán ser facilitados para ejercer las funciones de salas cunas. Para estos efectos, la junta Nacional de Jardines Infantiles podrá celebrar convenios con el Servicio Nacional de la Mujer, las municipalidades y otras entidades públicas y privadas.

Se entenderá que el empleador cumple con la obligación señalada en este artículo si paga los gastos de sala cuna a que se refiere el inciso anterior, de entre aquellas que cuenten con la autorización de la Junta de Jardines Infantiles.

El permiso a que se refiere el artículo 206 se ampliará en el tiempo necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre para dar alimentos a sus hijos.

El empleador pagará el valor de los pasajes por el transporte que debe emplearse para la ida y regreso del menor al respectivo establecimiento y el de los que deba utilizar la madre en el caso a que se refiere el inciso anterior”.

A diferencia de las normas anteriores, frente al derecho de sala cuna nos encontramos en forma directa con la posibilidad del empleador de incumplir con esta norma. Como veremos en el siguiente capítulo, los costos de mantenimiento de salas cunas, son cargo directo del empleador, que pasan a constituir costos directos. El empleador, como ser racional maximizador de su riqueza, evitará tener que incurrir en dichos costos,

simplemente, no contratando el número de trabajadoras requeridas por la ley, para que exista por parte del empleador la obligación de mantener sala cuna.

Como sólo existe una sanción en el caso de que el empleador teniendo bajo su dependencia 20 o más trabajadoras incumpla con la obligación de mantener sala cuna, y no para el caso en que el empleador con el objeto de evitarse estos costos, intencionalmente decide contratar un número menor de trabajadoras, no existe una sanción que incentive al empleador al cumplimiento de dicha normativa.

Por lo que respecto a esta norma, nuestra normativa no aplica la teoría de la elección racional, ya que no establece una norma que sancione al empleador que decida deliberadamente infringir la obligación de mantener salas cunas, simplemente contratando un menor número de mujeres exigidos por la ley.

Si en vez de requerirse por la ley la contratación de 20 o más trabajadoras para la obligación de mantener salas cunas, se exigiera a todas las empresas, sin distinción del número de trabajadoras contratadas, y aún más, sin distinción del sexo de los dependientes; y además se estableciera una sanción en caso de incumplimiento de esta norma, el empleador actuaría racionalmente cumpliendo con la normativa, ya que preferirá cumplir con dicha norma, para evitarse la sanción aplicable (que sin duda, debería de ser de un costo considerable para que económicamente le convenga más al empleador cumplir con la obligación de mantener salas cunas que pagar dicha multa).

Como se podrá analizar en el capítulo siguiente, uno de los derechos protectores de la maternidad más infringidos por parte de los empleadores, es la obligación de mantener salas cunas, simplemente como ya lo hemos repetidos reiteradamente contratando menor número de trabajadoras exigido por la ley, para que exista la obligación de mantener salas cunas.

Claramente, por lo ya expuesto, la norma es ineficiente, e incentiva la infracción de este derecho por parte de los empleadores.

B) Aplicación del principio de que los recursos tienden a gravitar a sus usos más valiosos.

Como vimos anteriormente, aplicando la teoría de la elección racional, el empleador incumplirá con la normativa, evitando contratar 20 o más trabajadoras.

En caso que cumpla con la contratación de dicho número de trabajadoras, y no cumpla con la obligación de mantener sala cuna, no será el empleador el que le otorgue el uso más valioso a los recursos, en el caso, el dinero que tendría que pagar si se aplicare la multa respectiva por la Inspección del Trabajo respectiva.

Como el empleador no valora estos recursos, estos pasaran de sus manos a la inspección del trabajo respectiva, quien será el sujeto que le otorgue el mayor valor a dichos recursos. Si al contrario, si el empleador cumple con la obligación de mantener sala cuna, será éste quién le de a dichos recursos el mayor uso alternativo.

C) Aplicación de la teoría de la oferta y demanda.

Aplicando la teoría de la oferta y demanda, si consideramos como precio el número de mujeres contratadas por las cuales existiera para el empleador la obligación de mantener salas cunas, y como cantidad, el número de mujeres que estarán éstos dispuestos en contratar; como se puede observar en el gráfico siguiente, a mayor cantidad de mujeres contratadas para las cuales por ley exista la obligación de mantener de mantener salas cunas, menor va ser e número de mujeres contratadas por los empleadores.

Gráfico N° 4

5. Aplicación de los principios del análisis económico del derecho al derecho de alimentación.

El Derecho de Alimentación se encuentra establecido en el artículo 206 del Código del Trabajo que establece:

Artículo 206 C.T: “las madres tendrán derecho a disponer, para dar alimento a sus hijos, de dos porciones de tiempo que en conjunto no excedan de una hora al día, las que se considerarán como trabajadas efectivamente para los efectos del pago de sueldo, cualquiera que sea el sistema de remuneración.

El derecho a usar de este tiempo con el objeto indicado, no podrá ser renunciado en forma alguna”

Esta norma, esta íntimamente relacionada con el derecho de sala cuna, como lo hemos dejado establecido con anterioridad, Sólo cabe decir, que como lo veremos a continuación, este derecho, costo directo para los empleadores que se ven en la obligación de asumirlo. Como ser racional, maximizador de la riqueza, ante el evento de tener que pagar una multa en caso de incumplimiento, va a cumplir con dicha normativa, pero como ya lo dijimos anteriormente, cualquier costo que tenga que asumir el empleador por la contratación de mujeres, repercutirá negativamente a éstas, por cuanto el empleador intentará traspasar dichos costos a las mujeres disminuyendo el nivel de remuneraciones de estas. Si es el empleador el que le da el mayor valor a sus recursos, en el caso el dinero que debería pagar por la multa aplicada (artículo 208 C.T.) en caso de incumplimiento de dicha normativa, va a cumplir, en caso contrario, se verá dispuesto a incumplirla. Como ya lo hemos dicho anteriormente con respecto a los otros derechos, la ley también establece el costo de oportunidad de cumplir con esta norma, que al igual que en los casos anteriores, sería la cantidad de dinero que tendría que aplicar el empleador en caso de aplicársele una multa, y aplicando la teoría de la oferta y demanda al igual que en los casos anteriores, a mayor extensión de este derecho, menor va a ser el número de mujeres en edad fértil que estarán dispuestas a contratar los empleadores, volviéndose más valiosos los bienes sustitutos (hombres y mujeres que no estén en edad fértil).

CAPITULO CUARTO ANÁLISIS DE LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS DERIVADOS DE LAS NORMAS PROTECTORAS DE LA MATERNIDAD

A. Introducción.

La situación de la mujer en el ámbito laboral, ha sido extensamente desarrollada por nuestra doctrina nacional. Sin embargo, es casi inexistente, y de escasa profundidad, el análisis de las consecuencias económicas de la regulación vigente frente al tema de la protección a la maternidad.

En nuestro país, las diferencias más significativas de los costos laborales entre hombres y mujeres, excluyendo las remuneraciones, dice relación con los derechos otorgados por las normas protectoras de la maternidad y con el uso que de estos derechos hagan los beneficiados en cada caso por ellas, que en algunos casos como ya lo hemos desarrollado en esta presentación corresponden tanto al hombre y a la mujer que se encuentren en la situación protegida o bien sólo a la mujer trabajadora, que en la gran mayoría de los casos es quién opta por acceder a dichos beneficios.

El estudio de los costos laborales de las normas que protegen la maternidad en nuestro país, tiene por objeto estudiar los factores que inciden en las decisiones de los empleadores de contratar o no contratar, a mujeres en edad reproductiva, así como la calidad de los empleos a los cuales acceden, ya sea en cuanto al nivel de remuneraciones otorgado, el tipo de relación contractual que liga a las partes, y el desarrollo de la carrera profesional, etc.

En doctrina, cuando se consideran los obstáculos que enfrentan las mujeres chilenas para acceder a un trabajo remunerado se señala en forma ineludible el mayor costo para el empleador de contratar a mujeres especialmente en edad fértil. En este mayor costo de estas trabajadoras se suele señalar en forma principal, las normas que protegen la maternidad, en la que se incluye entre otros, los permisos pre o post natales, el derecho a sala cuna, el derecho para el cuidado de los hijos enfermos, el fuero maternal, la prohibición de efectuar trabajos que perjudiquen la salud de la mujer embarazada, el derecho de dar alimentos al hijo, etc. También contribuirían a aumentar los costos de contratación de mujeres, las ausencias no consideradas en la protección a la maternidad que se deriva del papel de la mujer en nuestra sociedad en la cual asume en forma casi exclusiva las responsabilidades familiares y domesticas.

El crecimiento del empleo en los últimos años en nuestro país como se verá a continuación, a sido constituido mayoritariamente por mujeres que desean efectuar un trabajo remunerado. Por el cual, el análisis de los costos laborales consecuencias de las normas laborales aplicables a las mujeres, constituye un objetivo indispensable para el desarrollo de políticas gubernamentales que tiendan a evitar la discriminación de las mujeres en cuanto al acceso al trabajo, y a la calidad de éste, de tal forma que los costos

de reproducción sean absorbidos por toda la sociedad y no en forma exclusiva por las mujeres trabajadoras.

Para el desarrollo del presente capítulo serán analizados la Encuesta de Caracterización socioeconómica (CASEN) de noviembre de 1998 y la Encuesta Laboral (ENCLA) de la Dirección del trabajo de 1995.

En esta presentación se intentará establecer los costos asociados a la contratación de mujeres en edad fértil, en el caso específico, los que son consecuencia de las normas protectoras a la maternidad, de acuerdo a la información disponible, distinguiéndose entre los costos que son de cargo del empleador (ya sean costos directos e indirectos) y los que son de cargo de la mujer.

B. El Costo Laboral, Costos Directos e Indirectos.

Se define al costo laboral como el gasto que realiza el empleador para emplear a una persona. En este concepto se incluye la remuneración otorgada al trabajador por el trabajo realizado, la remuneración por el tiempo no trabajado (jornada pasiva), los gastos de formación profesional o capacitación a cargo de los empleadores, los gastos de seguridad social, los gastos de contratación y los costos de los servicios de bienestar social entregado por el empleador a los trabajadores.¹⁶³

Los costos laborales se clasifican en costos directos y en costos indirectos. Los primeros se refieren a los pagos en dinero que efectúa el empleador, que tienen como principal componente remuneración pagada por el empleador al trabajador por el servicio efectuado, los pagos realizados a los organismos de seguridad social efectuados por el empleador, los gastos de capacitación de los trabajadores a cargo del empleador, y los gastos de bienestar por los servicios de bienestar de la empresa que sean cargo del empleador. Los segundos costos, es decir, los costos indirectos, dicen relación con los costos de oportunidad o restricciones sobre la administración de la empresa con respecto a la condición "natural" del mercado. Este tipo de costos, no son fácilmente identificables y cuantificables en términos monetarios. Ellos dicen relación con las pérdidas de productividad de la empresa que se pueden producir en determinadas ocasiones, como por ejemplo que se contrate a un trabajador para reemplazar a un trabajador con licencia o a una mujer con fuero maternal, o bien con otros factores difíciles de prever que pueden afectar la productividad de la empresa. Como este tipo de costos son difíciles de cuantificar y prever, son determinantes en la apreciación que los empleadores tengan de aquellos, lo cual deja un amplio margen de arbitrariedad y prejuicios respecto al género del trabajador. Lo cual, hace indispensable que la normativa laboral vigente, en el caso en estudio, las normas que protegen la maternidad, no establezcan diferencias en la cobertura del costo respecto al género.

¹⁶³ Abramo, Laís y Todaro, Rosalba. 2002. "Cuestionando un mito: Costos laborales de hombres y mujeres en América Latina". Organización Internacional del Trabajo. P. 228.

C. Determinación de los Costos laborales Directos e Indirectos Resultado de las Normas que Protegen la Maternidad.

Antes de entrar al estudio de los costos directos e indirectos de las normas protectoras a la maternidad, como ya lo señalábamos en la introducción de este capítulo, en el crecimiento del empleo en el último tiempo a tenido gran participación la mujer ha dejado en forma paulatina de realizar trabajos domésticos para efectuar trabajos remunerados. Por lo cual, creemos necesario, antes de determinar los costos laborales de las normas protectoras a la maternidad, exponer en forma somera, la composición del empleo por tipo de relación contractual en que se encuentra el asalariado, la remuneración y la cotización de seguridad social, estableciendo la diferencia existente en nuestra realidad nacional entre hombres y mujeres.

Composición del empleo por tipo de relación contractual entre hombres y mujeres.

Es indispensable para determinar el costo laboral de contratar a una persona el tipo de relación contractual en que se encuentra el asalariado ligado con su empleador, o bien, si no hay contrato de trabajo escrito entre ellos.

Si hay contrato escrito, y este es de carácter permanente, es decir de duración indefinida, el trabajador ligado por este tipo de contrato se verá, por regla general, beneficiado por todos los derechos que otorgan las normas laborales, por ejemplo citaremos el pago de remuneraciones en la oportunidad convenida, y cuya periodicidad de pago no puede exceder de un mes (art. 55 C.T.), descanso dentro de la jornada (Art. 34 C.T.), descanso semanal (Art. 35 C.T), vacaciones, pago de gratificaciones, Indemnizaciones por años de servicio y sustitutiva del aviso previo en los casos que fuere procedente, pago de horas extraordinarias, obligación del empleador de integrar las cotizaciones previsionales que son de cargo del trabajador en las instituciones de seguridad correspondientes en la oportunidad debida, entre otros beneficios; y en el caso de que no se haya respetado los derechos irrenunciables establecidos por la relación laboral (Art. 5 C.T), el trabajador va a tener la opción de dirigirse ante el tribunal de justicia competente, para que éste obligue al empleador, al cumplimiento de las obligaciones incumplidas que fueren procedente.

Si hay contrato escrito, y este es de carácter no permanente, en los que se incluyen los contratos a plazo fijo, temporales y por obra o servicio. Este tipo de trabajadores al igual que los ligados por contratos permanentes gozan de los derechos laborales, con la excepción de la indemnización por años de servicios y también, en este caso, el empleador para poder despedir a un trabajador sujeto a fuero, deberá pedir la autorización judicial previa, que a diferencia de un contrato permanente, el tribunal “podrá” otorgar dicha autorización (Art. 174 C.T.) Si el empleador incumple con las obligaciones laborales, el trabajador a su vez, al igual que en el caso anterior, tendrá derecho a dirigirse ante el tribunal de justicia correspondiente para que dicho juez resuelva conforme a derecho.

Si no hay contrato escrito de trabajo entre las partes, la cual constituye una obligación para el empleador (Art. 9 C.T), por regla general quedan excluidos de la mayor parte de los derechos laborales, por incumplimiento del empleador de efectuarlo. Sin embargo, hay que señalar, aunque no es tema de este de esta presentación, que el contrato de trabajo es consensual (Art. 9 C.T.), y que sólo por efectos de prueba de la relación laboral, se establece la obligación por parte del empleador de escriturar el contrato de trabajo, de tal manera que si el trabajador logra acreditar ante los tribunales de justicia correspondientes que se

**CAPITULO CUARTO ANÁLISIS DE LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS DERIVADOS DE LAS
NORMAS PROTECTORAS DE LA MATERNIDAD**

cumple con los requisitos establecidos en los artículos 7 y 8 del Código del Trabajo para estar frente a una relación laboral, ella existe, y el empleador se verá obligado a cumplir con todas las obligaciones laborales incumplidas que sean de su parte.

Como se puede observar en el cuadro N° 1, la situación de las mujeres es favorable frente a los hombres por cuanto presentan mayor proporción de contratos permanentes que contratos no escritos.

Cuadro N° 1

164

Trabajadores por sexo según relación contractual, año 1998.

Relación contractual	HOMBRES		MUJERES		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%
Permanente	1.625.884	67.0	862.401	71.9	2.448.285	68,6
No permanente	240.721	9.9	98.275	8.2	338.996	9.4
Sin contrato	559.390	23.1	238.319	19.9	797.709	22.0
Total	2.425.995	100.0	1.198.995	100.0	3.624.990	100.0

Diferencia de remuneraciones entre hombres y mujeres.

Como ya lo señalábamos anteriormente, las remuneraciones canceladas por el empleador al trabajador, constituye el principal costo laboral. Del cuadro N° 2 se observa que la remuneración líquida mensual obtenida por hombres y mujeres, es decir, la remuneración percibida por el asalariado una vez descontados las cotizaciones de seguridad social que son cargo de ellos. Como se puede observar, tanto en hombres como en mujeres a medida que aumenta el grado de inestabilidad laboral, disminuye las remuneraciones imponibles.

Se puede observar que la diferencia de remuneraciones entre hombres y mujeres es mayor entre quienes tienen contrato permanente, y que el promedio de la remuneración mensual líquida de las mujeres es mayor que el de los hombres en el caso de encontrarnos sin contrato escrito.

Cuadro N° 2.

Promedio de remuneración líquida mensual, por tipo de relación contractual y por sexo.

165

RELACION CONTRACTUAL	HOMBRES	MUJERES	TOTAL	% M/H
Permanente	227.959	226.944	260.263	81.6
No permanente	154.201	133.390	148.198	86.5
Sin contrato	121.707	128.000	123.576	105.2
Total	229.830	199.902	219.939	87.0

c) Cotizaciones en la Seguridad Social.

En el cuadro N° 3 se puede observar que no se presentan diferencias sustanciales en cuanto al porcentaje de cotización entre hombres y mujeres. La diferencia se presenta en

¹⁶⁴ Encuesta CASEN. 1998. Mideplan.

¹⁶⁵ Encuesta CASEN. 1998. Mideplan.

forma considerable en ambos casos a medida que disminuye la seguridad de la relación contractual.

Cuadro N° 3

Cotizaciones en la seguridad social, por sexo y tipo de relación contractual.

166

RELACION CONTRACTUAL	HOMBRES	MUJERES	TOTAL
Permanente	96,3	96.0	96.2
No permanente	87.7	85.2	87.0
Sin contrato	23.1	24.4	23.5
Total	78.6	80.9	79.3

D. Costos Derivados de la Maternidad.

Análisis de los Costos Directos e Indirectos derivados de la Movilidad Funcional de la Trabajadora Embarazada

Art. 202 C.T.: "Durante el periodo de embarazo, la trabajadora que esta ocupada en trabajos considerados por la autoridad como perjudiciales para su salud, deberá ser trasladada, sin reducción de sus remuneraciones, a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado.

Para éstos efectos se entenderá, especialmente, como perjudicial para la salud todo trabajo que:

Obligues a levantar, arrastrar o empujar grandes pesos;

Exija un esfuerzo físico, incluido el hecho de permanecer de pie largo tiempo;

Se ejecuta en horario nocturno;

Se realiza en horas extraordinarias de trabajo, y

La autoridad competente declare inconveniente para el estado de gravidez".

El análisis de este artículo ya fue analizado en el capítulo II de esta presentación, sólo cabe señalar que la ley protege la salud de la mujer embarazada y del hijo. Lo fundamental de este artículo es que mediante una formula general establece que la mujer embarazada al periodo previo al pre natal, no podrá realizar trabajos que sean considerados perjudiciales para su salud, debiendo ser trasladada a otra ocupación no perjudicial para su salud, manteniendo el nivel de remuneraciones.

Si bien, con el avance de la tecnología actual ha disminuido en forma considerable el empleo de esfuerzo físico en la realización de los trabajos, también ha ido desarrollando otras formas de trabajo que implica nuevos tipo de riesgos para la salud de los trabajadores. Como la ley emplea una formula amplia al describir que tipo de trabajos se consideran peligrosos para la salud, permite incluir los nuevos tipos de trabajo que la tecnología vaya desarrollando.

¹⁶⁶ Encuesta CASEN. 1998. Mideplan.

Creemos necesarios que antes de entrar al análisis de los costos directos e indirectos arroja para los empleadores la aplicación de este artículo 202 del C.T., se debe analizar por estar íntimamente conectado con el tema, el respecto de los empleadores de este artículo, o más bien, la reacción o aplicación que de éste hacen los empleadores. Para esto utilizaremos la Encuesta realizada por la Dirección del Trabajo en el año 1995 a 400 empresas privadas con un alto índice de empleo femenino, respecto de lo cual desarrollaremos los siguientes temas¹⁶⁷:

La persona que solicita el cambio de trabajo.

Trabajadoras por tipo de trabajo realizado trasladadas a otro puesto de trabajo no perjudicial, según ocupación.

Tipo de trabajo prohibido señalado por la ley.

Trabajadoras según exigencias riesgosas para el embarazado en los puestos de trabajo.

Trabajadoras según el ambiente físico laboral desfavorable.

Trabajadoras que en periodo de embarazo realizan trabajos prohibidos por la ley, según existencia de sindicato en la empresa.

La persona que solicita el cambio de trabajo.

Del cuadro siguiente se puede observar que el solicitar el cambio de trabajo por realizar un trabajo poco perjudicial es un derecho poco solicitado, de lo cual se deduce que la gran mayoría de las trabajadoras siguen trabajando en sus puestos de trabajo. También se observa que la solicitud de cambiar a la trabajadora por realizar un trabajo perjudicial es poco solicitado por el sindicato, de lo cual se deduce que el impetrar este derecho se considera como una negociación individual entre la trabajadora afectada y la empresa.

Cuadro N° 4.

Solicitud de cambio de trabajo ¹⁶⁸ .

QUIEN SOLICITO EL CAMBIO	Nº	%
La trabajadora solicitó el cambio	23	5.8
El sindicato solicitó el cambio	1	0.3
La empresa decidió el cambio	21	5.3
Nadie lo solicitó	333	83.7
Sin respuesta	20	5.0
Total	398	100.0

Trabajadoras por tipo de trabajo realizado trasladadas a un puesto de trabajo no perjudicial para su salud, según ocupación.

Del análisis del cuadro siguiente se puede observar que las mujeres que desarrollan funciones de ayudantes y trabajadoras de servicios (38,3%) de las entrevistadas, fue cambiada a otro tipo de trabajo por considerarse que el trabajo realizado por estas es perjudicial para su salud, seguido en forma inmediata por las trabajadoras que realizan funciones de obreras y supervisoras (29,9%) y por trabajadoras que realizan otras funciones que las señaladas en el cuadro siguiente.

¹⁶⁷ Henríquez, Helia y Riquelme, Verónica. 1996 Op. cit. p. 20 y sig.

¹⁶⁸ Henríquez, Helia y Riquelme, Verónica. 1996. Op. cit. p. 22.

Cuadro N° 5

Tipo de trabajo realizado por las trabajadoras trasladadas a otro puesto de trabajo.

OCUPACION	N°	%
Oficinistas de nivel inferior	29	9.7
Oficinistas de nivel medio o superior	14	11.2
Obreras y supervisoras	41	29.9
Vendedoras, promotoras y agentes	17	15.6
Profesionales, técnicas y gerentes	7	11.3
Ayudantes y trabajadoras de servicio	18	38.3
Otras	3	27.3

Tipo de trabajo prohibido señalado por la ley.

Del cuadro siguiente se observa que un alto número de trabajadoras, cercano a un tercio en ambos casos, que al momento anterior de entrar en descanso pre natal efectuaban labores que requerían que permanecieran muchas horas de pie, o bien, trabajar en horas extraordinarias. Un número menor de trabajadoras cargaba o arrastraba cosas pesadas (13,3%). Estas condiciones de trabajo son inaceptables si se considera que estas situaciones son consideradas expresamente en el Código del Trabajo como perjudiciales para la salud de la mujer embarazada. Claramente, el bajo índice de mujeres trasladadas a otros puestos de trabajo expuesta en el cuadro N° 5, se contrapone, al alto porcentaje de trabajadoras que efectúa trabajo perjudicial para su salud como lo demuestra el cuadro siguiente.

Cuadro N° 6

Trabajadoras que en periodo de embarazo desempeñaron trabajo prohibido por la ley.

TRABAJOS PROHIBIDOS	N°	%
Realizaron trabajo nocturno	32	4,0
Trabajaron horas extraordinarias	247	31,3
Permanecieron muchas horas de pie	252	31,8
Cargaron, levantaron, o arrastraron cosas pesadas	104	13,3

Trabajadoras según exigencias riesgosas para el embarazo en los puestos de trabajo.

Fuera de los trabajos peligrosos señalados en el cuadro N° 6, las trabajadoras entrevistadas señalaron realizar otro tipo esfuerzos físicos exigidos por las empresas que son perjudiciales para su salud en su periodo de embarazo, y que son realizados por éstas en el periodo previo al descanso pre natal, como el de subir y bajar escaleras (27,7%), agacharse y estirarse (23,8%), entre otros esfuerzos.

Cuadro N° 7

Trabajadoras que realizaron esfuerzos riesgosos para su salud en su periodo de embarazo¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Henríquez, Helia y Riquelme, Verónica. 1996. Op. cit. p. 25.

CAPITULO CUARTO ANÁLISIS DE LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS DERIVADOS DE LAS NORMAS PROTECTORAS DE LA MATERNIDAD

EXIGENCIAS RIESGOSAS	Nº	%
Subir y bajar escaleras	219	27.7
Accionar maquinaria	29	3.7
Caminar mucho	103	13.0
Agacharse y estirarse	189	23.8
Otros esfuerzos	109	13.7

Trabajadoras según el ambiente físico laboral desfavorable

En el cuadro siguiente se puede observar otras condiciones del ambiente laboral que las trabajadoras consideraron perjudiciales para su salud. Las temperaturas extremas y el aire contaminado son los riesgos más frecuentes (29,3 % y 24,5% respectivamente). El ruido extremo presente en sus lugares de trabajo, presenta de igual modo un porcentaje importante (19,4). De igual forma, en el rubro otros, en el cual se señalaron factores como falta de aire, trabajar largas horas en posición sentada, presencia de roedores e insectos presenta un alto índice de trabajadoras afectadas por estas condiciones de trabajo (27,6%).

Cuadro N° 8

Trabajadoras que trabajaron en un ambiente laboral desfavorable según factores físicos.

FACTORES AMBIENTALES DESFAVORABLES	Nº	%
Temperaturas extremas	232	29.3
Polvo, pelusa, aire enrarecido	194	24.5
Ruido extremo	154	19.4
Uso de sustancias químicas	89	11.2
Humedad	63	7.9
Trabajo a la intemperie	28	3.5

Trabajadoras que en periodo de embarazo realizan trabajos prohibidos por la ley, según existencia de sindicato en la empresa.

Como se puede observar en el cuadro siguiente, la presencia de sindicato disminuye el porcentaje de trabajadoras que durante su periodo de embarazo realiza trabajos prohibidos por la ley. Sin, duda, creemos, que existiendo sindicato en la empresa, éste debería preocuparse que ninguna trabajadora en la empresa realice trabajos que son perjudiciales para su salud. Como puede observarse, esto esta lejos de cumplirse.

Cuadro N° 9

Trabajadoras que en su periodo de embarazo realizaron trabajos prohibidos por la ley, según la existencia o no de sindicato en la empresa (en porcentaje)

SINDICATO	TRABAJO EN JORNADA EXTRAORDINARIA	PERMANECE VARIAS HORAS DE PIE
Con sindicato	27.5	29.1
Sin sindicato	33.9	33.3

Costo económico para la empresa derivado de la aplicación de esta artículo

Una vez analizado la reacción de las empresas frente a este artículo, nos corresponde analizar el tipo de costos que éste arroja para la empresa.

Este artículo, impone un costo indirecto y circunstancial para la empresa, ya que ésta, sólo va incurrir en dicho costo, cuando efectivamente se haga uso de este derecho y la trabajadora sea trasladada a otras funciones no perjudiciales para la salud, y que como consecuencia de éste cambio, se genere una baja en la productividad de la empresa. Además, si se requiere contratar a un nuevo trabajador que realice las funciones de la trabajadora trasladada, se va a originar un costo adicional de reorganización de la empresa que es difícilmente cuantificable.

Como ya señalamos, es escasa la aplicación de este derecho en las empresas, por lo cual, este tipo de costos sólo se va a producir en las empresas y en los casos en los cuales se respete la normativa vigente.

Análisis de los Costos Directos e Indirectos del Fuero Laboral.

El artículo 201 del Código del Trabajo, establece:

Art. 201 C.T.: “Durante el periodo de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, la trabajadora estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174.

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

El análisis de este artículo ya fue estudiado en el capítulo II de esta presentación. Lo fundamental de este artículo es que la mujer embarazada desde el momento en que se certifica el embarazo hasta un año después de expirado el descanso post natal, o el que tenga lugar, goza de fuero laboral, lo implica que solo podrá ser despedida de su trabajo mediante autorización judicial previa obtenido en juicio de desafuero y que solo podrá ser concedida por el juez por las causales objetivas de vencimiento del contrato de trabajo, o conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato de trabajo, o bien, probándose que la trabajadora incurrió en alguna causal subjetiva de terminación del contrato de trabajo del artículo 161 del C.T.

El fuero maternal, es sin duda, la institución fundamental que permite la invocación y protección de los demás derechos que protegen la maternidad en nuestro país.

Como por regla general, el embarazo de una trabajadora suele perturbar la organización de trabajo de una empresa, se suele provocar actitudes de hostilidad hacia una trabajadora embarazada durante este periodo, y el de crianza. Por lo cual, creemos necesarios, al igual como lo hicimos en el análisis de la movilidad funcional de la trabajadora, que antes de entrar a determinar el tipo de costos que esta norma acarrea para los empleadores, se debe analizar por estar directamente relacionado con el tema la reacción o cumplimiento de esta norma por parte de los empleadores, analizando los siguientes temas:

Reacción empresarial ante comunicación de embarazo de la trabajadora.

Formas de hostigamiento declaradas por la trabajadora durante el embarazo.

Presiones para abandonar el trabajo, durante el embarazo.

Reacción empresarial ante comunicación de embarazo de la trabajadora.

En el cuadro siguiente se puede observar la reacción de la empresa ante comunicación de embarazo de la trabajadora al empleador, según declaración de las trabajadoras entrevistadas: En gran mayoría de los casos (49,7 %), las trabajadoras manifestaron contar con una buena reacción de parte de los empleadores, los cuales ofrecieron apoyo y garantía que la trabajadora no tendría problemas laborales por su estado. Sólo el 16,9 % de las trabajadoras manifestó haber recibido una reacción negativa de los empleadores frente a esta comunicación, que incluyó reprimendas, malas palabras, amenazas, e inclusive despido. Según declaración de las trabajadoras esta mala reacción de los empleadores frente a esta comunicación, continuó permanentemente durante su estado de embarazo haciéndolas víctimas de diferentes malos tratos.¹⁷⁰

Cuadro N° 10

Reacción empresarial ante comunicación de embarazo de la trabajadora.

REACCION EMPRESARIAL	N°	%
Buena reacción	394	49.7
Indiferente	191	24.1
Reacción negativa	134	16.9
Otra	68	8.6
Sin respuesta	6	0.7
Total	793	100.0

Formas de hostigamiento declaradas por la trabajadora durante el embarazo.

Hay que señalar, que del total de trabajadoras entrevistadas, solo un 25% de ellas manifestó haber sido hostigada durante su periodo de embarazo, y un 75% (aprox.) manifestó no haber sufrido ninguna de las formas de hostigamiento señaladas en el cuadro N° 11.

Estas formas de hostigamiento, por regla general, provienen de los mandos medios o jefes de nivel inferior, los cuales incurren en contravenciones a los reglamentos internos de las empresas que siempre procuran consolidar relaciones armónicas dentro de las empresas, e inclusive, regulan el trato que debe recibir las trabajadoras de la empresa embarazadas, de tal forma, que se procure la seguridad de ésta y del hijo que esta por nacer, en aquellos casos que éstas cuenten con aquéllos. En algunos casos de hostigamiento, se puede estar directamente vulnerando la ley.

Las reacciones de hostigamiento señaladas a continuación, son consecuencia directa del estado de embarazo de las trabajadoras, y que persiguen la renuncia de las trabajadoras. Éstas manifestaron, que inclusive, antes de quedar embarazadas y comunicar su estado al empleador, recibieron felicitaciones por su desempeño laboral. De las trabajadoras encuestadas, quienes recibieron en mayor medida estos tipos de hostigamiento, fueron las trabajadoras que se desempeñaban en áreas de servicios y las obreras¹⁷¹.

Fuera de las formas de hostigamiento que contempla la encuesta realizadas a las trabajadoras, estas señalaron además, ser víctima del aumento del trabajo asignado y la

¹⁷⁰ Henríquez, Helia y Riquelme, Verónica. 1996. Op. cit. p. 14.

¹⁷¹ Henríquez, Helia y Riquelme, Verónica. 1996. Op. cit. p. 15.

presión constante para aumentar su productividad, la insistencia para acudir a la empresa durante su periodo de descanso para enseñarle a la reemplazante, el aumento del lapso de tiempo de pie frente a las maquinas, órdenes que obligan a desplazamientos constantes, amonestaciones escritas por mala conducta, malas calificaciones por baja de rendimiento, cambio de puesto a otro menos calificado, la no asignación de trabajo durante gran parte del día, la insistencia para que renunciara, las amenazas de despido, y aún más grave y no por eso menos frecuente, acusaciones de robo y hurto que tienen por objeto denigrar a la trabajadora.¹⁷²

Este ambiente hostil hacia las trabajadoras embarazadas, no hace más que poner en peligro la salud física y síquica de la madre trabajadora y de su hijo, y recargar aún más las responsabilidades laborales y familiares que tiene la mujer. Estas formas de autoritarismo y abuso por parte de los empleadores, no encaja dentro de un marco de modernización de la empresa nacional, y de la protección que nuestra legislación otorga a la trabajadora embarazada.

Cuadro N° 11

Formas de hostigamiento hacia las trabajadoras.

FORMAS DE HOSTIGAMIENTO	Nº	%
Aislamiento	29	3,7
Mal trato de palabra	35	4,4
Le quitaron trabajo	34	4,3
Distribución desventajosa del trabajo	8	1,0
Insultos y amenazas	8	1,0
Traslado a otro puesto	47	5,9
Otras	32	4,0
No sufrieron hostigamiento	592	74,7
Sin respuestas	8	1,0
Total	793	100,0

Presiones para abandonar el trabajo, durante el embarazo.

Cada día más, son menos las trabajadoras que deciden renunciar a trabajar por causa de los hijos. Del cuadro N° 12 se puede observar, que pese a las presiones son pocas las trabajadoras que decidieron renunciar a sus trabajos. De las trabajadoras que decidieron renunciar, la mayoría lo decidió por sugerencias de su familia y en segundo lugar por decisión propia. De las trabajadoras entrevistadas, solo un 1,9% fue despedida de la empresa gozando de fuero maternal.

Cuadro N° 12

Presiones para abandonar el trabajo, durante el embarazo.

ORIGEN DE LAS PRESIONES	Nº	%
Ella misma quiso renunciar al empleo	59	7.4
Su familia le sugirió renunciar	72	9.1
La empresa le sugirió renunciar	41	5.2
La empresa la despidió	15	1.9

¹⁷² Henríquez, Helia y Riquelme, Verónica. 1996. Op. cit. p. 17.

Costo económico para la empresa derivado de
la aplicación de este artículo

Este artículo, establece un costo indirecto debido a la rigidez que introduce en la gestión de la empresa por cuanto no se puede despedir a una trabajadora con fuero maternal, y de proceder así, se deberá reincorporar a la trabajadora a su trabajo, o bien, cancelarle las remuneraciones y demás conceptos que debiera ésta percibir, durante todo el periodo que goce de fuero maternal.

Sin duda, sería lógico que aquellas empresas que tengan un gran numero de trabajadoras en edad fértil, prevean la ocurrencia de embarazos entre éstas, calculando su impacto en la productividad de la empresa, en la organización de ésta, en los costos económicos, incluyendo la maternidad dentro del plan de desarrollo de la empresa.

También este artículo podría incentivar a realizar un menor esfuerzo productivo, o incumplimiento de las obligaciones que le impone el contrato de trabajo, por parte de la trabajadora que goza de fuero maternal, y que sabe que no la pueden despedir de su trabajo, sin un previo juicio de desafuero, y que en caso de ser despedida, la empresa va a tener la obligación de reincorporarla o bien cancelarle las remuneraciones y demás conceptos que por el contrato de trabajo tenía derecho a percibir, durante el periodo que se encuentre fuera de la empresa y goce de fuero maternal.

Análisis de los Costos Directos e Indirectos del Permiso Pre y Post Natal, Subsidio Maternal y Permiso por Enfermedad del Hijo Menor de un Año.

Los artículos 195, 196, 198 y 198 del Código del Trabajo, establecen:

Artículo 195 C.T.: “las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él...”

“Los derechos referidos en el inciso 1º no podrán renunciarse y durante los periodos de descanso queda prohibido el trabajo de mujeres embarazadas y puérperas. Asimismo, no obstante cualquiera estipulación en contrario, deberán conservárseles sus empleos o puestos durante dichos periodos”.

Artículo 196 C.T.: “ Si durante el periodo de 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 medicas 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 esto 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 el trabajo por un plazo superior al descanso postnatal, el descanso puerperal será prolongado por tiempo que fije, en su caso, el servicio encargado de la atención médica preventiva o curativa.

Los certificados a que se refiere este artículo serán expedidos gratuitamente, cuando sean solicitados a médicos o matronas que por cualquier concepto perciban remuneraciones del Estado”.

Artículo 198 C.T.: “La mujer que se encuentre en el periodo de descanso de maternidad a que se refiere el artículo 195, o de descanso suplementarios y de plazo ampliado señalados en el artículo 196, recibirán un subsidio equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba, de la cual sólo se deducirán las imposiciones de previsión y descuentos legales que correspondan”.

Artículo 199 C.T.: “Cuando la salud de un niño menor de un año requiera de atención en el hogar con motivo de enfermedad grave, circunstancia que deberá ser acreditada mediante certificado médico otorgado o ratificado por los servicios que tengan a su cargo la atención médica de los menores, la madre trabajadora tendrá derecho al permiso y subsidio que establece el artículo anterior por el periodo que el respectivo servicio determine. En el caso en que ambos padres sean trabajadores, cualquiera de ellos y a elección de la madre, podrá gozar del permiso y subsidio referidos. Con todo, gozará de ellos el padre, cuando la madre hubiere fallecido o tuviere la tuición del menor por sentencia judicial.

Tendrá también derecho a este permiso y subsidio, la trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a un año, respecto de quien se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección. Este derecho se extenderá al cónyuge, en los mismos términos señalados en el inciso anterior...”

El análisis de los artículos 195, 196 y 198 del C.T., ya fue analizado detalladamente en el capítulo II de esta presentación. Sólo habría que decir a modo de resumen y con el objeto de analizar las consecuencias económicas de dichos artículos, que de acuerdo al artículo 195, durante el transcurso del permiso pre y post natal, (seis semanas antes del parto, y doce semanas después de él respectivamente), la mujer trabajadora no puede renunciar a su empleo, y se prohíbe expresamente que trabaje durante dicho periodo. El artículo 196, establece a su vez, que este descanso pre natal y post natal, se puede ampliar si las condiciones de la mujer y del hijo lo ameritan. Durante los permisos señalados en estos artículos, la mujer tendrá derecho a percibir un subsidio maternal, equivalente “a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba, de la cual sólo se deducirán las imposiciones de previsión y descuentos legales que correspondan” distinguiéndose entre trabajadoras dependientes e independientes, para determinar tanto, la base de calculo del subsidio¹⁷³, como el límite de aquellos¹⁷⁴, todo lo cual ya fue analizado detalladamente en el capítulo II de esta presentación.

¹⁷³ La base de calculo de estos subsidios, se encuentra regulada en el artículo 8 del D.F.L. N° 44 de 1978, tratándose de trabajadores dependientes, y en el artículo 2° de la ley 18.469 si se trata de trabajadores independientes. Tratándose de trabajadoras dependientes, la base de calculo será: “una cantidad equivalente al promedio de la remuneración mensual neta, del subsidio o de ambos, que se hayan devengado en los tres meses calendarios más próximos al mes en que se inicia la licencia”. Tratándose de trabajadoras independientes, la base de calculo se encuentra regulada en el artículo 2° de la ley N° 18.469, estableciendo en este caso como base: “el promedio mensual de las rentas por las que hubiere cotizado en los últimos seis meses anteriores al que se inicia la licencia por incapacidad laboral”.

¹⁷⁴ Con el objeto de evitar la utilización indebida de estos beneficios, la ley 19.299 de 1994 en sus artículos 2° y 3°, estableció limitaciones en cuanto al monto diario de estos subsidios distinguiéndose entre **los subsidios establecidos para trabajadores dependientes**, en el cual, el monto diario de los subsidios por maternidad o relacionados con ellos, no puede exceder del equivalente a las remuneraciones mensuales netas, subsidios o de ambos devengados en los tres meses anteriores más próximos al séptimo mes calendario que precede al del inicio de la licencia, dividido por noventa, aumentado en el 100% de la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor en el periodo, de los siete meses anteriores al mes precedente al del inicio de las licencias

Antes de analizar, si el establecimiento de los descansos maternales arroja costos para la empresa, al igual como lo hicimos en los derechos anteriores, creemos necesario analizar si este derecho es respetado por la empresa, si efectivamente la trabajadora embarazada entra a gozar de los descanso maternales para lo cual, al igual que en los casos anteriores, nos valdremos de la respuesta de las trabajadoras entrevistadas de las 400 empresas analizadas por la Encuesta Laboral (ENCLA) de la Dirección del trabajo de 1995.

De acuerdo con la esta encuesta¹⁷⁵, se determino que el cumplimiento por parte de las empresas de este derecho, es ampliamente respetado, sólo 4 de las 603 trabajadoras entrevistadas que habían completado el correspondiente periodo de embarazo dentro de la empresa, señalaron haber renunciado a una parte al descanso pre natal. También sólo una de las trabajadoras entrevistadas señaló haberse reincorporado a la empresa antes del termino del descanso post natal. Ya habíamos manifestado anteriormente, que una de las formas de hostigamiento que recibe la trabajadora embarazada por causa del embarazo, era obligarla a asistir a la empresa a enseñarle las labores realizadas por ésta a su reemplazante, lo que en sí constituye una violación directa al goce del descanso pre natal y la prohibición absoluta de realizar trabajo durante los descansos maternales que establece el artículo 196 C.T.

Sin duda, a pesar de que esta encuesta refleja que el derecho a los descansos maternales es ampliamente respetados por la empresa; no es difícil imaginarse casos en los cuales la trabajadora y la empresa acuerden voluntariamente a que esta siga prestando servicios a la segunda durante este periodo, ya que así, la trabajadora podría percibir dos ingresos, el otorgado por la correspondiente ISAPRE a la cual se encuentre afiliada la trabajadora, o bien FONASA, según el caso específico, y además el pago de la empresa por los servicios prestados a ésta durante los descansos maternales.

El derecho al descanso pre natal, ha estado en discusión vigente en nuestra realidad nacional. Hay quienes consideran las 6 semanas de descanso antes del parto como excesiva, y se ha planteado la posibilidad de acortarlo, para así extender el descanso post natal, en la cual no se discute la necesidad de este derecho dada la importancia y beneficios que reporta para el recién nacido, que sea cuidado por su madre el mayor tiempo posible. Tampoco ha faltado posturas que apoyan que los descansos maternales sean un derecho optativo en cuanto puedan ser titulares de estos derechos, tanto la madre como el padre

medicas incrementado en un 10%, y **el límite a los subsidios establecidos para los trabajadores independientes**, en el cual, el monto diario de los subsidios por maternidad o relacionados con ella, no puede exceder al equivalente a las rentas impositibles deducidas de las cotizaciones previsionales, los subsidios o ambos por los cuales se hubiere cotizado en los tres meses anteriores al octavo mes calendario anterior al del inicio de la licencia medica, dividido por noventa, aumentado en un 100% de la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor en el periodo comprendido por los ocho meses anteriores al mes precedente al del inicio de la licencia médica, e incrementado en un 10%. Los tres meses a considerar en el cálculo del límite deberán estar comprendidos dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al séptimo o al octavo mes calendario que precede al mes del inicio de la licencia según se trate de trabajadores dependientes o independientes, respectivamente, sin importar que aquellos sean o no sucesivos, debiendo en todo caso ser los más próximos. Si dentro de los correspondientes seis meses sólo se registraren uno o dos meses con remuneraciones, rentas y/o subsidios, para determinar el monto del subsidio diario, se dividirá por 30 o 60, respectivamente. Asimismo, se deben considerar los meses en que existan remuneraciones, rentas y/o subsidios, aun cuando éstos no se hayan devengados por completo. En todos aquellos casos en que no se registraren remuneraciones ni subsidios dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al séptimo o al octavo mes calendario que precede al mes de inicio de la licencia, según sea el caso, y en todos aquellos casos en que el valor determinado sea inferior al subsidio diario mínimo a que se refiere el artículo 17 del D.F.L. N° 44 de 1978, esto es, a la trigésima parte del cincuenta por ciento del ingreso mínimo que rija para el sector privado, corresponderá pagar dicho subsidio mínimo, siempre que proceda.

¹⁷⁵ Henríquez, Helia y Riquelme, Verónica. 1996. Op. cit. p. 28.

trabajador, y también quienes considera que estos derechos deberían ser flexibles¹⁷⁶ y permitirse una negociación directa entre la madre trabajadora y la empresa en cuanto a la mayor o menor extensión de estos derechos, y así poder acordar un menor número de días de descanso pre natal, para agregar estos al descanso post natal, de tal forma, que éste último sea mayor y se permita un tiempo mayor para cuidar directamente al recién nacido. Desde ya, manifestamos nuestra opinión en cuanto creemos que se debiera permitir, si así lo acuerdan voluntariamente la trabajadora y el empleador, el traslado de días del descanso pre natal al post natal, y que se otorgue también la posibilidad del descanso post natal al padre trabajador, a voluntad de la madre trabajadora. Creemos que las circunstancias actuales de nuestra sociedad permiten y requiere un cambio en este sentido.

La encuesta laboral ENCLA de la Dirección del Trabajo, también se preocupó de determinar la opinión de los empleadores y de las trabajadoras en cuanto en cuanto a la flexibilidad del descanso maternal. Como puede observarse, la gran mayoría de las trabajadoras y empleadores desean que este derecho sea fijado por ley, y no optan por una flexibilidad absoluta en cuanto dejar la determinación del descanso maternal al acuerdo de las partes. También se puede observar, que la gran mayoría de las trabajadoras entrevistadas desean que se acorte el descanso pre natal y alargar el descanso post natal; en cambio la mayoría de los empleadores se manifestó con la normativa actual.

Cuadro N° 13

Opinión de los empleadores y trabajadoras en cuanto al descanso maternal ¹⁷⁷

OPINION	EMPLEADORES		TRABAJADORAS	
	N°	%	N°	%
Mantener la norma actual	132	33.4	57	7.2
Acotar el prenatal y alargar el post natal	110	27.6	442	55.7
Fijarlo por acuerdo de las partes	23	5.8	20	2.5
La madre decide la distribución	54	13.6	65	8.2
Tratarse con licencia médica sin regulación especial	28	6.8	6	0.8
Otros y no sabe o no responde	52	12.8	203	25.6
Total	399	100	793	100

En cuanto al permiso por enfermedad del hijo menor de un año se determinó que es un derecho ampliamente utilizado por las trabajadoras entrevistadas, con un total del 56% que manifestó por lo menos una vez haber utilizado este derecho. No así en los casos de los padres, en la cual la encuesta determinó sólo un caso en el cual el goce de este derecho correspondió al padre trabajador. Las razones esgrimidas por las madres trabajadoras para no hacer uso de este derecho por parte del padre, por amplia mayoría con un 36,5% de las entrevistadas, correspondió a que desconocía de norma que otorgaba tal derecho al padre trabajador, y también, con un 20,6% de las entrevistadas, que preferían ellas cuidar al hijo menor de un año enfermo y no entregar esta responsabilidad al padre como se desprende del cuadro siguiente.

Cuadro N° 14

¹⁷⁶ En la actualidad existe un proyecto de en la Cámara de Diputados en cuanto a hacer este derecho más flexible, y permitir el traslado de días del descanso pre natal al post natal, mediante acuerdo voluntario entre el empleador y la trabajadora.

¹⁷⁷ Henríquez, Helia y Riquelme, Verónica. 1996. Op. cit. p. 29.

Razones de las trabajadoras para no usar de este derecho el padre.

RAZONES	Nº	%
No conocía este derecho	119	36,5
Ud. prefiere cuidar al hijo	67	20,6
Le crearía conflicto en el lugar de trabajo	16	4,9
El padre no quiso	4	1,2
El padre es trabajador independiente	22	6,7
No hay padre presente	28	8,6
Otro	64	19,3
No sabe/no responde	6	1,8
Total	326	100

En cuanto a la pregunta si consideraban corto el periodo durante el cual podía hacerse uso de este derecho, limitado a un año de vida del menor, la amplia mayoría de las trabajadoras entrevistadas con un 86,9% consideró que debería ampliarse. La respuesta de los empleadores fue sorprendente, por cuanto, la mayoría de ellos con un 44,5% de los entrevistados, también consideró corto el periodo de tiempo durante el cual puede hacerse uso de este derecho, y que por lo tanto, debería ampliarse y no limitarse al año de vida del menor, como se desprende del cuadro siguiente.

Cuadro N° 15

Opinión de los empleadores y trabajadoras sobre el permiso para cuidar al hijo enfermo.

OPINION	EMPLEADORES %	TRABAJADORAS %
Debe ampliarse	44.5	86.9
Debe mantenerse	43.5	9.7
Otra modificación	11.3	3.3
Debe eliminarse	0.5	0.0
No sabe/no responde	0.2	0.1
Total	100.0	100.0

Costo económico para la empresa derivado de
la aplicación de este artículo

Como ya lo señalábamos en el capítulo II de esta presentación, los subsidios señalados, son pagados por el Estado a través del sistema de salud previsional, quién se encarga de entregar directamente este subsidio a la trabajadora, por lo cual, el permiso pre y post natal y el permiso y subsidio por enfermedad del hijo menor de un año, no deberían significar un costo directo para la empresa. El permiso pre y post natal constituye una ausencia previsible que, en general, no debería dar lugar a un costo significativo de reorganización del trabajo. Durante este periodo, el empleador deja de desembolsar el salario y los costos asociados a él, y se supone que los salarios no abonados son utilizados para contratar un/a reemplazante, por lo cual no significan costos directos para la empresa, inclusive, las funciones realizadas por la trabajadora son subsumidas en las funciones de otros trabajadores que experimentan una carga de trabajo frente a tal acontecimiento.

Sin embargo, la contratación de trabajadores reemplazantes, en ciertos casos, puede originar costos directos para la empresa si los gastos de esta contratación son mayores que los invertidos en la mujer que goza de permiso maternal. Además, puede constituir

costos indirectos si afecta la productividad de la empresa, en el caso de que sea menor la productividad del/a reemplazante, por ejemplo, si se contratara un/a trabajador no calificado para las funciones a reemplazar, o bien, el reemplazante contratado causara problemas en la empresa.

El permiso y subsidio para el cuidado del hijo menor de un año enfermo, sí constituye un costo indirecto por su mayor incertidumbre en su acaecimiento.

Como tienen derecho a estas licencias las trabajadoras con contrato permanente o no, calcularemos en primer lugar el valor de las licencias pre y post natales medidas por el costo del tiempo no trabajado.

La Encuesta de Caracterización socioeconómica (CASEN), de noviembre de 1998 de Mideplan, determina el número de partos al año en relación a tipo de contrato que liga a la a las trabajadoras con la empresa o si estas no tienen contrato de trabajo.

Como se desprende del cuadro siguiente, la tasa de partos equivale a 4.8 por cada 100 mujeres asalariadas con contrato, y 4,5 por cada 100 mujeres asalariadas promedio, en las cuales se incluye las asalariadas que no tienen contrato de trabajo.

Cuadro N° 16.

Partos según tipo de relación contractual.

RELACION CONTRACTUAL	Nº PARTOS	Nº ASALARIADASS	TASA
Contrato permanente	41.944	862.401	0.049
Contrato no permanente	4.686	98.275	0.047
Sub-total con contrato	46.630	960.676	0.048
Sin contrato	7.048	238.319	0.030
Total	53.678	1.198.995	0.045

El costo directo para el Estado de las licencias pre y post natales para aquellas asalariadas que tienen derecho a ella sería:¹⁷⁸

$$4.2 * Sfc * 0.048 Afc$$

4.2 meses equivale a las 18 semanas de licencia legal.

Sfc = remuneración bruta promedio de las mujeres con contrato.

0.048 = partos por asalariada.

Afc = número de asalariadas con contrato.

El costo alcanza a 52.633 millones de pesos en 1998, lo que equivale al 0,156% del Producto Interno Bruto de ese año. En cuanto a las trabajadoras con contrato, el costo sería:¹⁷⁹

$$Cmc1 = (4.2 * Sfc * 0.048 Afc) / 12 * Sfc * Afc$$

$$Cmc1 = (4.2 * 271,699 * 0.048.961,000) / 12 * 271,669 * 961,000 = 0.0168$$

Lo que alcanza al 1.68% de su planilla de salarios.

¹⁷⁸ Abramo, Laís y Todaro, Rosalba. 2002. Op. cit. p 251.

¹⁷⁹ A = total de asalariados /as. Af = Total de asalariadas. Afc = Total de asalariadas con contrato. Afcc = Total de asalariadas con contrato que cotizan en el sistema de seguridad social. S = Remuneración bruta promedio mensual. Sf = Remuneración bruta promedio mensual de las mujeres asalariadas. Sfc = Remuneración bruta mensual de las asalariadas con contrato.

Costo respecto a la masa salarial femenina total:

$$\text{Cmc2} = (4.2 * \text{Sfc} * 0.048 \text{ Afc}) / 12 * \text{Sf} * \text{Af}$$

$$\text{Cmc2} = 4.2 * 271,669 * 0.048 * 961,000 / 12 * 243,458 * 1.200,000 = 0.0150$$

Da como resultado un 1.5% del total de las remuneraciones de las mujeres con contrato.

Sf = remuneración bruta de todas las asalariadas.

Af = total asalariadas.

Respecto al costo de la masa salarial total:

$$\text{Cmc3} = (4.2 * \text{Sfc} * 0.048 \text{ Afc}) / 12 * * \text{S} * \text{A}$$

$$\text{Cmc3} = (4.2 * 271,669 * 0.048 * 961,000) / 12 * 268,021 * 3.635,000 = 0.0045$$

Da como resultado un 0,45% de la masa salarial total.

Costo respecto al PIB:

$$(4.2 * \text{Sfc} * 0.048 \text{ Afc}) \text{ PIB}$$

180

Costos respecto a todas las asalariadas:

Costo respecto de la masa salarial femenina:

$$\text{Cmt1} = (4.2 * \text{Sf} * 0.045 * \text{Af}) / 12 * \text{Sf} * \text{Af}$$

$$\text{Cmt1} = (4.2 * 243,458 * 0.045 * 1.200,000) / 12 * 243,458 * 1.200,000 = 0.01575$$

Lo que da como resultado un 1,5 de la masa salarial femenina.

Costo respecto de la masa salarial total:

$$\text{Cmt2} = (4.2 * \text{Sf} * 0.045 * \text{Af}) / 12 * \text{S} * \text{A}$$

$$\text{Cmt2} = (4.2 * 243,458 * 0.045 * 1.200,000) / 12 * 268,021 * 3.635,000 = 0.0047$$

Lo que da como resultado 0,47 de la masa salarial de todas las trabajadoras.

Calculo para las asalariadas con contrato que cotizan:

El 4% de las asalariadas que tienen contrato permanente no cotizan, al igual que el 15% de las trabajadoras con contrato no permanente. El número de trabajadoras que cotizan en la seguridad social queda reducido a 912.000.

1.68% de las remuneraciones del mismo grupo.

$$\text{Cmcc} = 4.2 * 271,669 * 0.048 * 912,000 / 12 * 271,669 * 912,000 = 0.0168$$

1.42% de la masa salarial femenina.

$$\text{Cmcc2} = 4.2 * 271,669 * 0.048 * 912,000 / 12 * 243,458 * 1.200,000 = 0.0142$$

respecto a la masa salarial total 0,43%.

$$\text{Cmcc3} = 4.2 * 271,669 * 0.048 * 912,000 / 12 * 268,021 * 3.635,000 = 0.00427$$

Como ya lo señalábamos en el capítulo II de esta presentación, con la entrada en vigencia del Plan AUGÉ y la supresión del subsidio maternal, estableciendo en su lugar un "fondo de maternidad", financiado con el 0,6% de la cotización obligatoria para salud de un 7%, lo que equivale a un 8,6% de ésta, significara un alza en los planes de salud

¹⁸⁰ Abramo, Laís y Todaro, Rosalba. 2002. "Cuestionando un mito: Costos laborales de hombres y mujeres en América Latina".

para los afiliados al sistema de ISAPRES, un efecto negativo en el empleo, un importante transferencia de cotizantes del sistema privado al público, afectando aún más la crítica situación de éste último.

Como ya lo señalábamos anteriormente, el permiso y subsidio para el hijo menor de un año enfermo, puede constituir un costo indirecto para la empresa por su mayor incertidumbre. Este subsidio, es también cubierto por el Estado al igual que en el caso de las licencias pre y post natales a través del Fondo único de Prestaciones Familiares, y entregadas a las trabajadoras por medio de los respectivos organismos a los cuales se encuentren afiliadas. Como se expuso anteriormente al analizar la Encuesta Laboral ENCLA de la Dirección del Trabajo, se determinó, que este derecho es ampliamente utilizado por las madres trabajadoras, no así, en los casos de los padres trabajadores.

Análisis de los Costos Directos e Indirectos del Permiso para la Alimentación del Hijo Menor de Dos Años.

Artículo 206 C.T: “las madres tendrán derecho a disponer, para dar alimento a sus hijos, de dos porciones de tiempo que en conjunto no excedan de una hora al día, las que se considerarán como trabajadas efectivamente para los efectos del pago de sueldo, cualquiera que sea el sistema de remuneración.

El derecho a usar de este tiempo con el objeto indicado, no podrá ser renunciado en forma alguna”

Este artículo, establece el derecho de toda madre trabajadora de disponer de dos porciones de tiempo durante la jornada de trabajo, que en conjunto no excedan de una hora al día para dar alimentos a sus hijos menores de dos años. Si bien, la norma, no establece en forma expresa que este derecho corresponde a la madre trabajadora que tenga un hijo menor de dos años, la jurisprudencia ha entendido, que sólo en este caso corresponde, reuniendo además el requisito que sólo procede en aquellas empresas en las cuales existe la obligación de mantener sala cuna, es decir, aquellas empresas que cuenten con 20 o más trabajadoras por establecimiento, no existiendo tal obligación, en aquellas empresas que no cuenten con dicho número. Si la trabajadora no lleva al niño a la sala cuna que el empleador proporciona, éste, no esta obligado a entregar estas dos porciones de tiempo a la trabajadora. De acuerdo a lo señalado en el artículo 206 del C.T., el tiempo destinado a la alimentación y al viaje, se considerará efectivamente trabajado para todos los efectos legales. En la práctica este derecho es ejercido con un cierto grado de extensión, y aquellas empresas que no cuentan con sala cuna permiten que sus trabajadoras que tengan un hijo menor de dos años ingresen una hora más tarde de la entrada de la jornada de trabajo, o bien se retiren una hora antes del término de dicha jornada.

Dada la importancia de éste derecho, este será estudiado en forma detallada en el desarrollo de esta presentación, analizando el cumplimiento de este derecho por parte de las empresas, como ya lo hicimos anteriormente con los derechos ya analizados.

Costo económico para la empresa derivado de

la aplicación de este artículo

El derecho de alimentación del hijo menor de dos años, constituye un costo directo para la empresa, ya que ésta va a tener que remunerar a la trabajadora durante el tiempo que haga uso de este derecho como si efectivamente hubiese trabajado. También

puede constituir un costo indirecto, si la ausencia de la trabajadora afecta la producción y organización de la empresa mientras haga uso de este derecho.

Como lo analizaremos en el desarrollo de esta presentación, de acuerdo a la Encuesta ENCLA de 1995 de la Dirección del Trabajo, se determinó que un 41% de las madres trabajadoras no hacen uso de este derecho, por el contrario, si lo hacen un 37% de las madres que trabajan en empresas con menos de 20 trabajadoras.

No tomaremos estos datos para hacer el cálculo del costo directo en dinero de este artículo, si no, tomaremos como base el número total de niños con derecho a sala cuna, aplicable a diez meses en el año, 21 horas mensuales (una hora diaria), aplicado al salario por hora de las trabajadoras con contrato.

El costo de alimentación del hijo menor de dos años por trabajadora con contrato sería:¹⁸¹

$$Ca1 = (0.048 * Afc * 2 * 0,53 * 10 / 12) * Sfhc * 21 / (Afc * Sfc)^{182}$$

$$Ca1 = (0.048 * 961,000 * 2 * 0.53 + 10/12 * 1,625 * 21) / (961,000 + 271,669) = 0,0053$$

Los costos de alimentación representan el 0,53% de la masa salarial de trabajadoras con contrato.

El costo de este derecho respecto a la masa salarial femenina total sería:

$$Ca2 = (0.048 + Afc * 2 * 0.53 * 10/12 * Shc + 21) / (Af * Sf)^{183}$$

$$(0.048 * 961,000 * 2 * 0.53 * 10/12 * 1,625 * 21) / (243,458 * 1.200,000) = 0.0048$$

El costo de este derecho respecto a la masa salarial femenina total representa el 0,48%.

Análisis de los Costos Directos e Indirectos del Derecho a Sala Cuna.

Artículo 203 del C.T: “las empresas que ocupen veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, deberán tener salas anexas o independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo. Igual obligación corresponderá a los centros o complejos comerciales e industriales y de servicios administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, cuyos establecimientos ocupen entre todos, veinte o más trabajadoras. El mayor gasto que signifique la sala cuna se entenderá común y deberán concurrir a él todos los establecimientos en la misma proporción de los demás gastos de ese carácter.

Las salas cunas deberán reunir las condiciones de higiene y seguridad que determine el reglamento.

¹⁸¹ Abramo, Laís y Todaro, Rosalba. 2002. Op. cit. p. 274.

¹⁸² 0048 = nacimientos anuales de hijos/as por trabajadoras con contrato. 0.048 * Afc * 2 = nacimientos en dos años para el total de las trabajadoras con contrato. 0.53 = proporción de trabajadoras con contrato con derecho a sala cuna y a tiempo de alimentación. 10/12 = proporción de meses de uso del permiso en el año. Sfhc = salario por hora de las mujeres con contrato. Sfhc = salario pagado por 21 horas destinadas a la alimentación del hijo/a. 0.048 * Afc * 2 * 0.53 * 10/12 * Sfhc * 21 = costo de las horas no trabajadas por uso del permiso de alimentación. Afc * Sfc = masa salarial de trabajadoras con contrato.

¹⁸³ 0.048 + Afc + 2 * 0.53 * 10/12 * Sfhc * 21 = costo de las horas no trabajadas por uso de este permiso de alimentación. Af * Sf = masa salarial femenina total.

Con todo, los establecimientos de las empresas a que se refiere el inciso primero, y que se encuentren en una misma área geográfica, podrán, previo informe favorable de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, construir o habilitar y mantener servicios comunes de salas para la atención de los niños de las trabajadoras de todos ellos.

En los periodos de vacaciones determinados por el Ministerio de Educación, los establecimientos educacionales podrán ser facilitados para ejercer las funciones de salas cunas. Para estos efectos, la junta Nacional de Jardines Infantiles podrá celebrar convenios con el Servicio Nacional de la Mujer, las municipalidades y otras entidades públicas y privadas.

Se entenderá que el empleador cumple con la obligación señalada en este artículo si paga los gastos de sala cuna a que se refiere el inciso anterior, de entre aquellas que cuenten con la autorización de la Junta de Jardines Infantiles.

El permiso a que se refiere el artículo 206 se ampliará en el tiempo necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre para dar alimentos a sus hijos.

El empleador pagará el valor de los pasajes por el transporte que debe emplearse para la ida y regreso del menor al respectivo establecimiento y el de los que deba utilizar la madre en el caso a que se refiere el inciso anterior”.

De acuerdo a este artículo, si la empresa tiene 20 o más trabajadoras de cualquiera edad y estado civil, estará obligada a mantener salas anexas e independientes a dichos establecimiento, para que las madres trabajadoras puedan dar alimentos a sus hijos menores de dos años, y dejarlo al cuidado de las funcionarias de esta sala cuna mientras ellas trabajan. También, dicho artículo establece, la posibilidad de las empresas de establecer distintos convenios con la Junta Nacional de Jardines Infantiles para establecer salas cunas autorizadas por ésta.

Aunque la ley no contempla esta posibilidad, se ha establecido como práctica frecuente entre las empresas, que éstas paguen el costo de la sala cuna elegida por la madre trabajadora, o bien entreguen un bono para tal fin, en lugar de instalar y mantener salas anexas e independientes para tal fin.

Dada la importancia de éste derecho, este será estudiado en forma detallada en el desarrollo de esta presentación, analizando el cumplimiento de este derecho por parte de las empresas, como ya lo hicimos anteriormente con los derechos ya analizados.

Costo económico para la empresa derivado de la aplicación de este artículo

El derecho de sala cuna establecido en el artículo 206, constituye un costo directo para las empresas que se encuentren en la obligación de mantener salas cunas dado el desembolso en que deben incurrir para establecer y mantener dichas salas cunas.

Como este derecho corresponde a las asalariadas que trabajen en empresa en la cual laboren 20 o más trabajadoras, nos encontramos ante el problema de determinar el número de trabajadoras que laboran con derecho a sala cuna. Como no hay datos específicos, mediante estimaciones basadas en la Encuesta ENCLA y CASEN, se determina que aproximadamente tendrían derecho a sala cuna para sus hijos unas 512.000 trabajadoras, lo que equivale al 53% de las trabajadoras con contrato de trabajo.

Como ya lo señalamos anteriormente, las mujeres con contrato tienen 0.048% de hijos/as al año, lo que significaría 49.152 niños de hasta dos años. Con un costo de sala cuna estimado en 90.000 pesos mensuales¹⁸⁴ y calculando que los niños/as asistirían

¹⁸⁴ Determinación establecida por Universidad de Chile y Servicio Nacional de la Mujer.

en promedio diez meses descontando vacaciones y el periodo de licencia post natal, significaría un costo de 44.237 millones de pesos al año.

El costo de la sala cuna con respecto a la masa salarial del grupo con derecho a ella sería:¹⁸⁵

$$Csc1 = (0.048 * Afc * 2 * 0.53 * 10/12) / Sfc * Afc^{186}$$

$$Csc1 = (0.048 * 961,000 * 2 * 0.53 * 10/12 * 90.000) / (961,000 * 271,669) = 0.0141$$

Siendo la remuneración bruta de este grupo de trabajadoras de 243.000 pesos chilenos y el total de asalariadas con contrato de 960,676, es costo de sala cuna equivale al 1,41% de la masa salarial femenina con contrato.

Para determinar el costo de este artículo con respecto a la masa salarial femenina total aplicaríamos:

$$Csc2 = (0.048 * Afc * 2 * 0.53 * 10/12 * 90,000) / (Af * Sf)^{187}$$

$$Csc2 = (0.048 * 961,000 * 2 * 0,53 * 90,000 * 10/12) / (1.200,000 * 243,458) = 0,0127$$

Equivaldría al 1.27% de la masa salarial femenina total.

6. Análisis de los Costos derivados del Derecho a Sala Cuna.

El artículo 203 del Código del Trabajo, disposición que regula la materia, dispone lo siguiente: "Las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, deberán tener salas anexas o independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo. Igual obligación corresponderá a los centros o complejos comerciales administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, cuyos establecimientos ocupen entre todos, veinte o más trabajadoras. El mayor gasto que signifique la sala se entenderá común y deberán concurrir en él todos los establecimientos en la misma proporción de los demás gastos de ese carácter.

Las salas cunas deberán reunir las condiciones de higiene y seguridad que determine el reglamento¹⁸⁸.

Con todo, los establecimientos de las empresas a que se refiere el inciso primero, y que se encuentren en una misma área geográfica, podrán, previo informe favorable de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, construir o habilitar y mantener servicios comunes de salas cunas para la atención de los niños de las trabajadoras de todos ellos.

En los períodos de vacaciones determinados por el Ministerio de Educación, los establecimientos educacionales podrán ser facilitados para ejercer las funciones de salas cunas. Para estos efectos, la Junta Nacional de Jardines Infantiles podrá celebrar convenios

¹⁸⁵ Abramo, Laís y Todaro, Rosalba. 2002. Op. cit. p. 273.

¹⁸⁶ 0.048 = nacimientos anuales de hijos/as por trabajadoras con contrato. 0.048 * Afc * 2 = nacimientos en dos años para el total de las trabajadoras con contrato. 0.53 = proporción de trabajadoras con contrato con derecho a sala cuna y a tiempo de alimentación. 10/12 = proporción de meses del permiso en el año. Afc * Sfc = masa salarial de trabajadoras con contrato.

¹⁸⁷ Af * Fc = masa salarial femenina total.

¹⁸⁸ El artículo 205 del Código, con su carácter reglamentario, reafirma esta idea.

con el Servicio Nacional de la Mujer, las municipalidades u otras entidades públicas o privadas.

Se entenderá que el empleador cumple con la obligación señalada en este artículo si paga los gastos de sala cuna directamente al establecimiento al que la mujer trabajadora lleve sus hijos menores de dos años.

El empleador designará la sala cuna a que se refiere el inciso anterior, de entre aquellas que cuenten con la autorización de la Junta Nacional de Jardines Infantiles.

El permiso a que se refiere el artículo 206 se ampliará en el tiempo necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre para dar alimentos a sus hijos.

El empleador pagará el valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso del menor al respectivo establecimiento y el de los que deba utilizar la madre en el caso a que se refiere el inciso anterior”.

Ya vimos en el punto anterior un análisis de los costos derivados de este derecho, pero abordado desde otra perspectiva a la que trataremos a continuación además, hemos de señalar que, el análisis de este artículo ya fue realizado en el Capítulo II de esta presentación

Como señalamos en esa oportunidad, la mujer que labora remuneradamente se ve afrontada a diversas situaciones producto de los requerimientos que el mundo doméstico y el mundo del trabajo le demandan y que tienden a ser difíciles de compatibilizar. Indudablemente, el cuidado de los hijos es una de ellas y tal como lo han establecido diversos estudios, es uno de los aspectos más trascendentales al momento de decidir incorporarse o salir del mundo laboral, escoger por uno u otro trabajo o jornada laboral.

Dicho lo anterior, antes de entrar al análisis de los costos que acarrea para los empleadores la aplicación de este artículo, debemos señalar, por estar íntimamente relacionado con el tema, varias situaciones que se derivan de este derecho. Para esto, como habíamos señalado anteriormente, utilizaremos la encuesta realizada en el año 1995 por la Dirección del Trabajo a 400 empresas privadas con un alto índice de empleo femenino.

De este modo, expondremos los siguientes temas¹⁸⁹:

Noción de las trabajadoras con respecto al derecho de sala cuna;

Cumplimiento de la obligación de salas cunas por parte de las empresas;

Comportamiento de las empresas respecto del cumplimiento de la obligación de proporcionar salas cunas;

Comportamiento y opinión de las trabajadoras usuarias de salas cunas;

Opinión de empleadores y trabajadoras respecto del mínimo de trabajadoras por empresa para que exista la obligación de sala cuna y respecto de la ubicación de las salas cunas;

Opinión de empleadores y trabajadoras sobre la actual normativa de las salas cunas.

Noción de las trabajadoras con respecto al derecho de sala cuna.

En primer lugar, debemos mencionar la noción que las trabajadoras/as tiene respecto del derecho de sala cuna. En efecto, el conocimiento que tienen los actores (trabajadores/as) sobre los distintos derechos y obligaciones, en este caso sobre el derecho a sala cuna, indican un grado de conocimiento bastante alto. Así, el 79% de las trabajadoras entrevistadas manifestó saber que este derecho existía.

¹⁸⁹ Henríquez, Helia y Riquelme, Verónica. 1996. Op. cit..

Sin embargo, no es muy preciso el conocimiento que tienen, ya que sólo el 43% indicó correctamente el número de trabajadoras exigido en una empresa para que esté legalmente obligada a proveer medios para el cuidado de los niños. La cuarta parte (25,9%) de las entrevistadas dijo no saber cómo la ley establece este requisito y el resto de las respuestas indicaron un número equivocado que en algunos casos fue mayor (25 trabajadoras) y en otros menor (10 o 15 trabajadoras). En cambio, saben con mayor exactitud quien debe financiar las salas cunas. Una amplia mayoría (85,2%) contestó correctamente que era el empleador quien debía costear los gastos de instalación y funcionamiento de las salas cunas.

Cumplimiento de la obligación de salas cunas por parte de las empresas

En segundo lugar, un tema importantísimo dice relación con el cumplimiento de dicha obligación por parte de las empresas. En ese sentido, con el objetivo de que la mujer que ha tenido un hijo pueda continuar trabajando, la legislación vigente ha establecido, en el artículo 203 que hemos citado, como obligación de todo establecimiento que ocupe veinte o más trabajadoras de cualquier edad o estado civil, proporcionar servicios de salas cunas, en las que se puede dar alimentos a los hijos menores de dos años y dejarlos mientras su madre está trabajando.

Dada esta distinción numérica que hace la ley, para evaluar el cumplimiento de la norma se analizaron separadamente las empresas según tuvieran o no 20 trabajadoras:

A. Empresas con menos de veinte trabajadoras.

A este respecto hemos de señalar que cuando las empresas tienen un número menor de trabajadoras (ya que 20 trabajadoras, son el mínimo para que la empresa resulte obligada legalmente a proporcionar salas cunas), no están obligadas en manera alguna a atender al cuidado de los hijos de sus trabajadoras, sin embargo, es posible que otorguen algún beneficio a modo de concesión o de cumplimiento de negociaciones colectivas o individuales. En el siguiente cuadro se muestra el comportamiento de estas empresas:

Cuadro N° 17

Situación del beneficio de sala cuna
en empresas de menos de 20 trabajadoras

SITUACION DEL BENEFICIO CON MENOS DE 20 TRABAJADORAS	N°	%
Dispone de sala cuna	0	--
Paga los gastos de sala cuna	5	2,0
Le paga un bono a la trabajadora	5	2,0
No da ningún beneficio en relación a la sala cuna	237	96,0
Total	247	100,0

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995.

Como se aprecia, la gran mayoría de las empresas se circunscribe a la ley en esta materia y consecuentemente no otorgan beneficio alguno en relación con la sala cuna. No obstante, interesa destacar que el 4% de las empresas muestreadas presenta un comportamiento distinto. Cinco empresas pagan a sus trabajadoras una sala cuna externa y otras cinco le pagan un bono para que ella financie el cuidado de su hijo. Ninguna de estas empresas ha instalado una sala cuna propia. La cifra, como se puede apreciar, es

muy baja tomando en consideración que no todas son empresas pequeñas y vulnerables - puesto que no en todos los casos tener bajo empleo femenino significa tener bajo empleo general- e indica el escaso poder de negociación que las mujeres de ese sector presentan.

El número de empresas que cumplen sin tener obligación es reducido, sin embargo es fundamental caracterizarlas de acuerdo con algunos indicadores. En primer lugar, con relación al total de trabajadores: en su mayoría son empresas pequeñas (hasta 49 trabajadores) y medianas (entre 50 y 100 trabajadores). Sólo hay una empresa grande con más de 100 trabajadoras que paga un bono a las mujeres con hijos menores de 2 años.

Las empresas que pagan los gastos de sala cuna pertenecen a la industria manufacturera y al sector de comercio, mientras que las que otorgan un bono en dinero se encuentran disgregados en distintos sectores: agricultura, comercio, establecimientos financieros y servicios comunales.

B. Empresas con veinte o más trabajadoras

Otra, no obstante, es la situación de las empresas con veinte mujeres o más, para las cuales hay una norma específica que ya reproducimos en líneas anteriores (artículo 203 del Código del Trabajo). A continuación se muestran los datos de este sector con relación a la manera en que las empresas cumplen su obligación legal de proporcionar salas cunas:

Cuadro N° 18

Situación del beneficio de sala cuna
en empresas con 20 o más trabajadoras

SITUACION DEL BENEFICIO CON 20 O MASTRABAJADORAS	N°	%
Dispone de sala cuna de la empresa	14	9,3
Paga los gastos de sala cuna	87	57,6
Le paga un bono a la trabajadora	25	16,6
No da ningún beneficio en relación a la sala cuna	25	16,6
Total	151	100,0

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995.

Se encontraron 25 empresas que hacían caso omiso de esta obligación legal. Sin embargo, si se considera en forma estricta la normativa vigente, el incumplimiento se eleva al doble (33,2%), ya que a aquellas empresas que no otorgan beneficio alguno deben añadirse las que pagan directamente un bono a las trabajadoras. En efecto, la interpretación administrativa de la ley ha señalado que: “No procede que el empleador otorgue el beneficio de la sala cuna mediante la entrega de una suma de dinero a la madre trabajadora, como tampoco que pague directamente a ella un bono compensatorio del mismo” (Dictamen de la Dirección del Trabajo. Ordinario 8365/252 de 17.11.87).

En las 25 empresas que no otorgan ningún beneficio en relación con el derecho de sala cuna, hay 59 trabajadoras con hijos menores, que representan el 4,2% del total de trabajadoras que tienen el derecho. Entre las 25 empresas que incumplen, hay 5 que al momento de ser encuestadas no tenían trabajadoras con hijos menores de dos años.

La norma de sala cuna se cumple preferentemente bajo la modalidad de convenio con una sala cuna externa a la que las trabajadoras lleva sus hijos y el empleador paga. Como se podría esperar, la modalidad que la ley contempla de construir y mantener servicios

comunes de salas cunas en el caso de los establecimientos en una misma área geográfica, no fue una opción mencionada por ninguna de las empresas entrevistadas. Esta parte de la norma prácticamente no ha operado en nuestro país, a pesar de que, sin dudas, tiene ventajas de costos.

Comportamiento de las empresas respecto del cumplimiento de la obligación de proporcionar salas cunas.

En tercer lugar, veremos el comportamiento que presentan las empresas respecto de la obligación de proporcionar salas cunas. En efecto, podemos apreciar que dicho comportamiento no se muestra homogéneo entre las diversas empresas encuestadas.

Diversos factores, entre ellos el tamaño de las empresas, parecen incidir en la dispersión de los comportamientos que se adoptan al respecto. Una hipótesis con relación a este tema, y que los datos expuestos en el siguiente cuadro lo han de demostrar, señala que las empresas con un número mayor de trabajadoras más cercanas al límite que establece la ley -20 o más- son las de mayor incumplimiento con respecto a la obligación legal de proporcionar salas cunas.

Cuadro N° 19

Situación como opera el derecho de sala cuna,
según tamaño de empresa (numero de empresas)

N° TRABAJADORAS	DISPONEN DE SALA CUNA		PAGA SALA CUNA EXTERNA		PAGA BONO A TRABAJADORAS		NO OTORA BENEFICIO		TOTAL	
	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
20-29	0	0	14	41,2	8	23,5	13	38,2	34	100,0
30-39	0	0	14	70,0	2	10,0	4	20,0	20	100,0
40-49	1	6,3	8	50,0	3	18,8	4	25,0	16	100,0
50-59	0	0	6	60,0	2	20,0	2	20,0	10	100,0
60 y más	13	16,6	45	64,3	10	14,3	2	2,9	70	100,0

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995.

Estos resultados muestran que casi el 40% del incumplimiento de las normas de sala cuna ocurre en empresas que tienen entre 20 y 29 trabajadoras. La infracción disminuye en las empresas con mayor número de trabajadoras, cumpliéndose casi plenamente la norma laboral en empresas grandes.

Un aspecto que se suele decir que produce discriminación con respecto a la contratación de mujeres en las empresas, es el límite de veinte trabajadoras que establece la legislación para la obligación de sala cuna, en el sentido de que muchas empresas prefieren contratar hasta la trabajadora número 19 para no verse alcanzados por la norma laboral que los obligar proporcionar salas cunas. De acuerdo con los resultados del estudio, 7 empresas de un total de 398 entrevistadas declararon tener 19 trabajadoras al momento de ser interrogadas. Es decir, este valor no aparece con una frecuencia extraordinaria. Sin embargo, al considerar las empresas con 17 y 18 trabajadoras, esta proporción aumenta: hay 13 empresas con 18 trabajadoras y 12 con 17 trabajadoras.

Las salas cunas están sólo en las empresas más grandes. De las 14 empresas con sala cuna propia, 12 se ubican en el estrato de las grandes, es decir, con más de 200

trabajadores; una es mediana con 140 trabajadores y una pequeña con 46 trabajadores. La mayoría de las empresas, cualquiera sea su tamaño, pagan los servicios de una sala cuna externa.

La gran empresa cumple plenamente la obligación que la ley le impone. Sólo el 3% no lo hacía. En este tramo, la quinta parte de las empresas habilita y mantiene sala cuna en la propia empresa. Un grupo más pequeño (14%) paga un bono a la trabajadora y la mayoría opta por contratar externamente este servicio.

La empresa de menor tamaño, que tiene entre 30 y 59 trabajadoras, no instala sala cuna y cumple su obligación contratando una sala cuna externa a la empresa. El incumplimiento en este estrato es muchísimo mayor, alcanzando cerca de la cuarta parte de estas empresas. En las empresas con bajo número de trabajadoras, el modo es también el pago externo, pero sube mucho el incumplimiento absoluto y el incumplimiento mediante el expediente de reemplazo de la obligación por un bono.

Otro factor que diferencia a las empresas en relación con el comportamiento que adoptan con respecto al cumplimiento de la obligación de sala cuna es la modalidad de contratación.

Para fijar el límite de 20 trabajadoras, la norma no distingue qué tipo de contrato se ha celebrado con ellas. De ello se desprende, que cualquiera sea la duración del contrato, existe la obligación de otorgar el beneficio.

No obstante, pareciera que el comportamiento de las empresas con respecto a la obligación de proporcionar salas cunas se ve influenciado por este aspecto. Los datos indican que de las 12 empresas del tramo 20 a 29 trabajadoras que estaban incumpliendo, la mitad tenía menos de 20 trabajadoras con contrato indefinido, completando su planilla de trabajadoras con contrato a plazo fijo y/o por obra o faena.

Por otra parte, la presencia sindical, es decir, la existencia de sindicatos dentro de la empresa, también puede ser un factor de diferenciación en relación con el comportamiento que éstas adoptan frente al cumplimiento de la obligación de sala cuna. Si se considera a las empresas que no tienen esta obligación legal, en 3 de las 5 empresas que pagan una sala cuna externa había sindicato. Una situación similar ocurre con las 5 empresas que pagan un bono a las trabajadoras para que financien el cuidado de sus hijos.

En las empresas con 20 y más trabajadoras, la existencia de sindicatos al interior de las empresas pareciera favorecer el cumplimiento que la normal laboral les establece a éstas con respecto a las salas cunas. Dicho comportamiento se grafica en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 20

Cumplimiento de la obligación de sala cuna en empresas con 20 o más trabajadoras, según presencia-ausencia sindical

	CUMPLE CON DERECHO A SALA CUNA	PAGA BONO A TRABAJADORAS	NO OTORGA BENEFICIO DE SALA CUNA
Empresas con sindicato	57	18	10
Empresas sin sindicato	44	7	15

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995.

Otro factor de diferenciación en el cumplimiento/incumplimiento de las empresas con 20 o más trabajadoras, es en el sector económico al que pertenece la empresa. Si se considera el total de empresas en esa condición, al margen de su representatividad en la muestra, claramente el sector de la industria manufacturera es el que más cumple con ese derecho a sala cuna; poco más del 70% de las empresas que disponen de sala cuna pertenecen a la industria; casi el 60% de las empresas que tienen convenio con una sala cuna externa y casi la mitad de las empresas, que otorgan un bono a las trabajadoras pertenecen al mismo sector. Del resto de los sectores no destaca ninguno especialmente, salvo comercio que es el segundo sector en importancia de los que establecen convenios con otras salas cunas (30%) y paga un bono a las trabajadoras (33%). Sin embargo, el sector de comercio también es el que más incumple de todos (44%).

Por último, debemos destacar cómo es vista por las trabajadoras el comportamiento que adoptan las empresas frente al cumplimiento de la obligación de proporcionar salas cunas. En efecto, a las trabajadoras entrevistadas también se les preguntó por el cumplimiento de salas cunas de sus respectivas empresas.

Aunque, hemos de advertir, que sus evaluaciones no son comparables por tratarse de universos distintos, estos sirven de referencia respecto de lo declarado por las empresas. Seis trabajadoras de empresas con menos de veinte empleadas señalaron que en sus lugares de trabajo se otorgaba el beneficio de sala cuna y trece manifestaron que se les pagaba un bono a las mujeres con hijos menores de 2 años.

De las 433 trabajadoras entrevistadas en empresas con 20 o más trabajadoras, 115 indicaron que no se daba ningún beneficio; 47, que se pagaba bono; 259, que en sus empresas se disponía de sala cuna o tenían un convenio con una externa; y 12 no sabían si se otorgaba el derecho.

Comportamiento y opinión de las trabajadoras usuarias de salas cunas.

A. Comportamiento de las trabajadoras con respecto al uso de las salas cunas:

El sistema de salas cunas en las empresas, o en el lugar cercano a éstas, no es la opción de todas las trabajadoras. Las dificultades del transporte, especialmente en las grandes ciudades como en Santiago, o el contar con recursos para que el niño permanezca en su hogar durante su primer tiempo de vida, hace que muchas trabajadoras no hagan uso de este derecho y explica también que la práctica lo haya transformado en muchos casos, en la entrega de una cantidad de dinero que apoye el cuidado en el hogar.

Sin embargo, junto con este sector de mujeres, hay otro numéricamente significativo, que aprecia considerablemente el servicio de sala cuna que la empresa proporciona, lo utiliza plenamente y lo evalúa positivamente. En el cuadro siguiente podemos ver las actitudes que adoptan las mujeres trabajadoras respecto del beneficio de la sala cuna:

Cuadro N° 21

Situación de las trabajadoras con hijos menores de 2 años en las empresas, según uso del beneficio de sala cuna (*)

USOS DEL BENEFICIO DE SALA CUNA	N°	%
Hacen uso de sala cuna	126	52,9
Reciben un bono por sala cuna	41	17,2
No hacen voluntariamente uso de la sala cuna	71	29,8
Total	238	100,0

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995.

(*) Incluye a trabajadoras de todas las empresas

Más de la mitad de las usuarias y potenciales usuarias -sin considerar a las que quedan desprotegidas- en empresas con menos y más de 20 trabajadoras con hijos no mayores de 2 años, hacen uso de la sala cuna, sea ésta de la propia empresa o externa con convenio. Casi un quinto de las trabajadoras recibe un bono por sala cuna. Probablemente pagan a otra persona por el cuidado del menor o utilizan una sala cuna de su elección. Empero, los antecedentes no permiten determinar exactamente cuál es la situación de este grupo.

Resulta significativo señalar, además, que la mitad de las trabajadoras utilicen la sala cuna para el cuidado de sus hijos, si se considera que existe una opinión favorable de las trabajadoras respecto de cambiar la sala cuna por el pago de un bono en dinero.

Existe casi un tercio de las trabajadoras que no hace voluntariamente uso de la sala cuna. Las razones para ello, entre otras, son:

En primer lugar, no querer sacar al niño de la casa para evitar que se enferme; por la distancia entre la casa y la sala cuna; por la contaminación, etc. (43,9%);

Una segunda razón es la desconfianza hacia la sala cuna y la preferencia a que sean cuidados por otras personas: familiares, amigas, empleadas, vecinas (42,1%);

Otro aspecto interesante de considerar es el referido a las ocupaciones de las usuarias, en la medida que éstas pueden estar afectando la decisión de hacer uso o no de las salas cunas. Al realizarse el Estudio, la Dirección del Trabajo comprobó que sobre el total de usuarias, obreras y supervisoras (32,5%); oficinistas de nivel inferior (27,8%) y de nivel medio y superior (19%) son las principales usuarias. Mientras que vendedoras, agentes y promotoras son las que menos hacen uso de este derecho de sala cuna, probablemente por los extensos horarios del comercio que son poco compatibles con los de las salas cunas. El siguiente cuadro muestra como hacen uso de la sala cuna las trabajadoras según ocupaciones:

Cuadro N° 22

Usuarias de salas cunas según ocupaciones

OCUPACIONES	N°	PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL DE CADA OCUPACION
Obreras y supervisoras	41	29,9
Oficinistas nivel superior	35	11,7
Oficinistas nivel medio y superior	24	19,2
Profesionales y técnicas	11	17,7
Ayudantes y trabajadoras de servicio	9	19,1
Vendedoras, agentes y promotoras	5	4,6
Otras	1	7,8

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995.

En relación con las trabajadoras que reciben un bono a cambio del beneficio de sala cuna, esta modalidad es más recurrente entre oficinistas de nivel inferior, trabajadoras administrativas y obreras u operarias. El monto de dicho bono, de acuerdo con lo

**CAPITULO CUARTO ANÁLISIS DE LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS DERIVADOS DE LAS
NORMAS PROTECTORAS DE LA MATERNIDAD**

manifestado por las trabajadoras es variado y fluctúa entre los \$10.000 y \$65.000. Hemos de señalar, sin embargo, que de acuerdo con la versión de las empresas el bono va desde \$15.000 hasta \$94.100, como veremos más adelante en lo relativo a los costos económicos de las salas cunas.

Cuadro N° 23

Distribución de los montos de los bonos otorgados a las trabajadoras

MONTO DE LOS BONOS (EN PESOS)	%
\$10.000 a \$20.000	29,3
\$21.000 a \$30.000	22,0
\$31.000 a \$40.000	34,1
\$41.000 y más	14,6

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995

El nivel de ingreso expresado a través de su salario mensual, también constituye un factor de diferenciación de las usuarias de sala cuna. Los resultados indican una clara segmentación, en que el menor salario determina un mayor uso de la sala cuna. Dos tercios de las entrevistadas que hacen uso de la sala cuna para sus hijos tienen ingresos inferiores a los \$199.000. El resto de los tramos y su respectivo comportamiento se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 24

Usuarias de salas cunas según ingresos

SALARIOS MENSUALES DECLARADOS POR LAS TRABAJADORAS	NUMERO DE USUARIAS DE SALA CUNA	PORCENTAJE DE USUARIAS DE SALA CUNAS
Menos de \$99.999	39	31,0
\$100.000 a \$199.999	45	35,7
\$200.000 a \$299.999	19	15,1
\$300.000 a \$399.999	7	5,5
\$400.000 a \$499.999	11	8,7
Más de \$500.000	4	3,2
No sabe/No contesta	1	0,8
Total	126	100,0

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995

B. Opinión de las usuarias de las salas cunas.

La opinión de las usuarias de salas cunas, en general, es positiva respecto de este servicio. Sin embargo, uno de los aspectos que suele ser dificultoso se refiere a los traslados del menor desde y hacia la sala cuna. En opinión de las trabajadoras, sólo un tercio de ellas considera que es fácil el traslado, mientras que el resto lo considera difícil o muy difícil. Veamos el siguiente cuadro que grafica aquello:

Cuadro N° 25

Opinión de las usuarias respecto del traslado
hacia y desde la sala cuna

GRADO DE DIFICULTAD EN TRASLADO CASA-SALA CUNA	N°	%
Muy difícil	28	22,2
Relativamente difícil	51	40,5
Fácil	37	29,4
Muy Fácil	8	6,3
No sabe / No contesta	2	1,6
Total	126	100,0

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995

Otros aspectos consultados sobre la calidad del servicio de sala cuna fueron bien evaluados. Específicamente, la opinión de las usuarias respecto del cuidado que reciben sus hijos es muy positiva. La mayoría los calificó como buenos o muy buenos. Veamos el siguiente cuadro:

Cuadro N° 26

Opinión de usuarias respecto de los cuidados que reciben sus hijos

CALIFICACION DE LOS CUIDADOS QUE RECIBE EL HIJO	N°	%
Muy buenos	45	35,7
Buenos	67	53,2
Regulares	11	8,7
Malos	2	1,6
Muy malos	1	0,8
Total	126	100,0

Por último, las trabajadoras también tuvieron una percepción similar respecto de la adecuación del horario de la sala cuna al de la jornada laboral:

Cuadro N° 27

Opinión de las usuarias respecto de la adecuación de los horarios de sala cuna

CALIFICACION DE LOS HORARIOS	N°	%
Adecuado al horario de trabajo	113	89,7
Poco adecuado al horario de trabajo	10	7,9
Muy inadecuado al horario de trabajo	2	1,6
No sabe / No contesta	1	0,8
Total	126	100,0

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995

Opinión de empleadores y trabajadoras respecto del mínimo de trabajadoras por empresa para que exista la obligación de sala cuna y respecto de la ubicación de las salas cunas:

A. Opinión respecto del mínimo de trabajadoras por empresa para que exista la obligación de sala cuna.

Un tema que ha generado controversia, como señalamos, es la exigencia de 20 o más trabajadoras por empresa para que exista la obligación de sala cuna, norma que sería

causa de discriminación hacia las mujeres. De alguna forma, los datos ya presentados, en parte confirman esta aseveración. En el siguiente cuadro se muestran las opiniones de empleadores y trabajadoras respecto de esta problemática:

Cuadro N° 28

Opinión respecto del mínimo de trabajadoras por empresa para que exista la obligación de sala cuna.

OPINION SOBRE EL MINIMO DE TRABAJADORAS POR EMPRESA PARA QUE EXISTA OBLIGACION	EMPLEADORES N° %		TRABAJADORAS N° %	
	No importa la cantidad de trabajadoras, debiera cubrir las a todas	83	51,6	327
Debiera cubrir tanto a los trabajadores hombres y mujeres sin un mínimo	31	19,3	242	38,2
Otra	32	19,9	26	4,1
No sabe / No contesta	15	9,2	28	6,0
Total	161	100,0	633	100,0

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995

Los resultados señalan en forma clara, que no es una opción deseable para más de la mitad de los empleadores y casi la totalidad de las trabajadoras. Ello está indicando una opinión más menos consensuada: la actual normativa requiere modificaciones en este punto. Incluso un quinto de los empleadores y casi el 40% de las trabajadoras manifestaron que debiera hacerse extensiva a hombres y mujeres, mostrando una posición más avanzada en relación con una maternidad socialmente asumida y no de exclusiva responsabilidad de las mujeres.

Un 20% de los empleadores señaló otra alternativa de cambio y entre éstos, la mayoría se inclinó por disminuir el mínimo de trabajadoras que contempla la legislación.

B. Opinión respecto de la ubicación de las salas cunas.

Otro aspecto, es la emplazamiento de las salas cunas. La opinión mayoritaria de empleadores y trabajadoras, es que se ubiquen junto con la empresa y como segunda opción, se plantea que sea cerca del domicilio de las trabajadoras. Aunque por la diversidad de comunas en las que las trabajadoras residen, su implementación es compleja.

Los resultados que indican una preferencia por la ubicación de la sala cuna junto con la empresa son concordantes con una Encuesta realizada por el Centro de Estudios de la Mujer (CEM)¹⁹⁰ a 594 trabajadoras asalariadas en 1990, las que en un 91,2% se inclinó, porque las salas cunas se ubiquen cerca de los lugares de trabajo.

Cuadro N° 29

Opiniones respecto de la ubicación de las salas cunas.

¹⁹⁰ Centro de Estudios de la Mujer (CEM). Demandas de las mujeres asalariadas. Santiago.1990.

OPINION SOBRE LA UBICACIÓN DE LAS SALAS CUNAS	EMPLEADORES N° %		TRABAJADORAS N° %	
	Debieran ubicarse junto a la empresa donde trabaja	80	49,8	408
Debieran ubicarse cerca del domicilio de la trabajadora	33	20,5	131	20,7
La ubicación no es importante	16	9,9	29	4,6
Otra	25	15,5	29	4,6
No sabe / No contesta	7	4,3	36	5,7
Total	161	100,0	633	100,0

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995

Opinión de empleadores y trabajadoras sobre la actual normativa de las salas cunas.

Los distintos grados de adhesión de empleadores y trabajadoras respecto de las normas de salas cunas establecidas en la legislación pueden ser un buen indicador de la necesidad de mantener, modificar o readecuar algunas de las regulaciones establecidas. Para conocer la “voz” de la empresa se consideraron solamente los empleadores y ejecutivos, que representan las tres cuartas partes del total de informantes¹⁹¹, excluyéndose las opiniones de empleados no ejecutivos (como lo son supervisores, secretarías y otros).

Una primera distinción respecto de la opinión de los actores sobre este derecho, se refiere a su acuerdo o desacuerdo respecto de la norma como actualmente esta comprendida en el Código del Trabajo. Casi la mitad de los empleadores opina que debe mantenerse la normativa tal como está establecida en la legislación laboral vigente. Mientras que algo más de la mitad se inclina por la modificación de esta normativa. Al hacer el ejercicio de considerar exclusivamente la opinión de los empleadores, gerentes, subgerentes y directores; la opción por mantener la obligación como está determinada hoy día en la legislación disminuye levemente a un 43% y aquella que está por modificar la normativa aumente a un 56%.

Las opiniones de las trabajadoras, en cambio, están mayoritariamente en desacuerdo con la legislación vigente y sólo un quinto manifiesta conformidad con la actual norma laboral. Los resultados antes señalados se manifiestan en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 30

Opinión respecto de la norma vigente de sala cuna

OPINIONES SOBRE EL DERECHO A SALA CUNA	EMPLEADORES N° %		TRABAJADORAS N° %	
	Debe mantenerse tal como está establecido	139	45,3	154
Debe modificarse	161	52,4	633	79,8
No sabe / No contesta	7	2,3	6	0,8
Total	307	100,0	793	100,0

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995

¹⁹¹ Hay que señalar que de las 398 entrevistas realizadas en las empresas, 307 fueron respondidas por empresarios y ejecutivos.

El derecho a sala cuna, de acuerdo con la normativa laboral vigente, afecta sólo a aquellos empleadores que tienen 20 o más trabajadoras contratadas; por ello es interesante conocer las opiniones de los empleadores haciendo la distinción mencionada. Los empleadores en empresas que no tienen la obligación de sala cuna son más propensos a mantener la normativa vigente, dado que ésta no les afecta; mientras que los que sí tienen la obligación, opinan que debiera modificarse. Los tipos de modificaciones pueden estar referidos a distintos aspectos: financiamiento, establecimiento de mínimos para ser beneficiaria y/o beneficiario, ubicación de la sala cuna respecto de la empresa, etc. Respecto a la opinión sobre el sistema de financiamiento, nos referiremos a ello a continuación del análisis de los costos derivados de la obligación de proporcionar salas cunas.

Costo económico para la empresa derivado de la aplicación de este artículo:

Ya visto todos los aspectos antes numerados sobre la obligación de proporcionar salas cunas por parte del empleador, hemos de mencionar un punto esencial en esta materia: el costo del servicio de sala cuna.

Dijimos en un principio que existían 2 tipos de costos: costos directos e indirectos, señalando que los primeros apuntan a los pagos en dinero que efectúa el empleador y que poseen como principal elemento la remuneración pagada por el empleador al trabajador por el servicio efectuado, los pagos realizados a los organismos de seguridad social efectuados por el empleador, los gastos de capacitación de los trabajadores a cargo del empleador, y los gastos por los servicios de bienestar de la empresa que sean cargo del empleador.

Dicho esto, hemos de indicar que el costo de implementación de la obligación de las salas cunas es un costo económico directo para las empresas porque es un gasto por los servicios de bienestar de la empresa que, en este caso, por la normativa laboral, son cargo del empleador. Tal costo es atribuido fundamentalmente, por no decir exclusivamente, al trabajo de las mujeres. Esto es así, porque, según dispone la legislación laboral chilena vigente en el artículo 203 del Código del Trabajo, sólo los/as hijos/as de las trabajadoras mujeres tienen derechos a las salas cunas. De la idea de que la implementación de las salas cunas es un costo vinculado necesariamente a la contratación de mujeres es que, según los empleadores, la remuneración de las mujeres son mas bajas, por efecto de equilibrar dichos costos.

De este modo, generalmente cualquier tipo de cálculo que hace con respecto a los costos que implican la implementación de este derecho a sala cuna, tiene por objetivo mostrar el “riesgo” de los gastos en el cuidado infantil comprendido en la contratación de mujeres, principalmente en edades reproductivas. Por tanto, es esencial analizar en forma adecuada el dilema del cuidado infantil, ya que es básico para lograr una inserción laboral más equitativa y una protección más adecuada a los/as hijos/as de las personas que trabajan fuera del hogar y, principalmente, tal situación dice relación con las madres que trabajan fuera del hogar.

En tal sentido, la legislación laboral en el artículo 203 ya citado dispone que el costo de instalación y funcionamiento de las salas cunas es de cargo exclusivo del empleador, por ello, resulta importante conocer los valores que las distintas empresas asignan para su financiamiento. A las empresas encuestadas se les preguntó sobre los costos de cada una de las modalidades que la ley contempla -sala cuna de la empresa o externa- y en el caso de las que proporcionan un bono, el valor de estos por niño. Una primera comprobación de las respuestas entregadas por los empleadores, es la gran dispersión de los costos por

niño que las empresas entregaron, lo cual está indicando la ausencia de criterios uniformes al respecto.

Al considerar los valores promedio de cada una de las modalidades de cumplimiento de la obligación de proporcionar salas cunas utilizadas por las empresas, llama la atención que el pago del bono sea manifiestamente más bajo respecto de la modalidad de sala cuna; esto es especialmente relevante si se considera que la opción del pago de un bono está siendo utilizada por las empresas, a pesar que la ley no lo permite. Por otro lado, esta modalidad cuenta con gran aceptación entre los empleadores y, aunque en menor grado, entre las trabajadoras también aparece como una alternativa atractiva. Por lo tanto, cualquier modificación legal en esa dimensión debiera tomar en consideración la regulación de los montos a entregar por concepto de cumplimiento de la obligación de proporcionar salas cunas.

Cuadro N° 31

Costos de la obligación de sala cuna, según modalidad adoptada

192

MODALIDAD ADOPTADA EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN	RANGOS (\$)	PROMEDIO (\$)
Sala cuna propia	60.000 - 134.000	89.745
Sala cuna externa	15.000 - 150.000	61.961
Bono	15.000 - 94.100	39.446

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995.

Hemos visto el costo de las empresas que están obligadas legalmente a cumplir con el derecho de sala cuna. Sin embargo, ¿Qué sucede con las trabajadoras a quienes la ley no cubre? De las 793 trabajadoras entrevistadas, 545 tenían hijos menores de 2 años. De estas últimas, 314 pertenecían a empresas con 20 mujeres o más, lo que significa que sólo el 57,6% de las que tiene necesidad de cuidado de sus hijos pequeños, tiene legalmente el derecho a que la empresa le provea medios para hacerlo.

En algunas de las empresas con menos de 20 mujeres, aunque no tienen la obligación de dar el derecho a sala cuna, éste se da de la manera como se mencionaba anteriormente. Si se consideran las trabajadoras beneficiadas, ocho acceden a sala cuna o reciben un bono en dinero por sus hijos, es decir, sólo el 3,4% del total de trabajadoras de este estrato de empresas. Hay cinco que voluntariamente no hacen uso del beneficio, a pesar de que en sus empresas les proporcionan alguno. Por lo tanto, un poco más del 90% queda sin ningún tipo de protección con relación al cuidado de sus hijos menores.

En las empresas que deben cumplir con la obligación de sala cuna, casi un tercio de las trabajadoras quedan desprotegidas por incumplimiento de la norma, mientras que un quinto opta por no hacer uso del derecho. La mitad de las trabajadoras se beneficia del derecho, ya sea a través de uso de sala cuna o recibiendo un monto en dinero por sus hijos.

Cuadro N° 32

Situación de trabajadoras con hijos menores de 2 años en empresas con 20 y más trabajadoras, según uso del beneficio de sala cuna

¹⁹² Hemos de destacar, que los valores monetarios están establecidos con relación el Estudios realizado en el año 1995, como lo hemos señalado al iniciar el análisis de los costos.

**CAPITULO CUARTO ANÁLISIS DE LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS DERIVADOS DE LAS
NORMAS PROTECTORAS DE LA MATERNIDAD**

USOS DEL BENEFICIO DE SALA CUNA	N°	%
Usuarías de sala cuna	122	38,9
Que reciben un bono	35	11,1
Que voluntariamente no hacen uso de la sala cuna	65	20,7
Quedan desprotegidas del derecho a sala cuna por incumplimiento de empresas	91	29,0
No sabe / No contesta	1	0,3
Total	314	100,0

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995.

Opinión de empleadores y trabajadoras con respecto al sistema de financiamiento de las salas cunas

Anteriormente ya habíamos hecho referencia a las opiniones de empleadores y trabajadoras de las empresas encuestadas respecto de la normativa vigente sobre salas cunas y, entre las situaciones a que se hacía alusión era el sistema de financiamiento. En efecto, a todos aquellos empleadores y trabajadoras que opinaron que las normas de sala cuna debían ser modificadas, se les preguntó respecto de qué aspectos ellos cambiarían. Justamente, uno de los tópicos estuvo referido a las modalidades de financiamiento, el que según las normas laborales de protección a la maternidad es de cargo exclusivo del empleador. Un aspecto controvertido que podría plantearse es que el costo de las salas cunas fuera redistribuido entre otros sectores de la sociedad. En este sentido la opinión mayoritaria de los empleadores¹⁹³ es que el costo de las salas cunas sea compartido en forma tripartita entre el Estado, trabajadoras y empleadores. Para las trabajadoras está modalidad es la segunda opción, ya que opinan mayoritariamente que debe mantenerse de cargo del empleador como lo contempla la normativa vigente.

Una consideración aparte, es la opción de modificar absolutamente el derecho de sala cuna, por el pago directo a las trabajadoras de un monto en dinero, de manera que éstas puedan disponer que hacer con el menor. Un poco más de un cuarto de los empleadores esta por esta opción (42 empleadores de un total de 161), sin embargo no se sabe si estarían dispuestos a costearlos en su totalidad, ni tampoco el monto del bono. Las trabajadoras, en cambio, en una proporción menor (17,5%) están por la opción del pago directo.

Pensamos, que el pago de un bono directamente a las trabajadoras puede interpretarse como una forma de flexibilizar la norma vigente, de manera que existan más opciones que las actuales. Entres sus ventajas su puede indicar a la libertad de decisión y de acción de las madres trabajadoras respecto del cuidado de los hijos menores. Por otra parte, podría producirse un aumento en la demanda de salas cunas y/o cuidadoras e, indirectamente, por tanto, generar empleo.

No obstante, hay desventajas que debieran ser tomadas en consideración. En efecto, en primer lugar el pago directo podría esconder situaciones de remuneraciones bajas y en lugar de ser una solución para el cuidado de los hijos menores, se transformaría en una forma de paliar otras necesidades insatisfechas. Segundo, la dificultad que se produciría para la fiscalización del cumplimiento del pago y su uso efectivo en costear una sala cuna de libre elección o de la persona a cargo del menor.

De tal manera, de llevarse a cabo una modificación en esta línea, debiera regularse el monto del bono a ser entregado a la trabajadora con el fin de evitar arbitrariedades y

¹⁹³ Si se consideran exclusivamente las opiniones de los empleadores, gerentes, subgerentes y directores el 8% se inclina por la opción del financiamiento compartido y un cuarto por la de entregar un bono a las trabajadoras.

establecer una fiscalización que sea efectiva con el fin de asegurar que el pago del bono cumpla con el objetivo que busca la normativa laboral: propender al cuidado de los hijos menores.

Cuadro N° 33

194

Opinión respecto de la norma sobre financiamiento de sala cuna

OPINIONES SOBRE FINANCIAMIENTO DE SALAS CUNAS	EMPLEADORES N° %		TRABAJADORAS N° %	
	Debe ser compartido (empleador, trabajadores y Estado)	76	47,2	271
Debe cambiarse por un bono para la trabajadora	42	26,1	111	17,5
Debe ser de cargo exclusivo del Estado	11	6,8	31	4,9
Debe ser de cargo exclusivo del empleador	18	11,2	169	26,7
Otra alternativa	11	6,8	7	1,1
No sabe / No contesta	3	1,9	44	7,0
Total	161	100,0	633	100,0

7. Análisis de los Costos derivados del Derecho de Alimentación del Menor de Dos Años

Este derecho esta consagrado en el artículo 206 del Código del Trabajo, el cual establece lo siguiente: “Las madres tendrán derecho a disponer, para dar alimento a sus hijos, de dos porciones de tiempo que en conjunto no excedan de una hora al día, las que se considerarán como trabajadas efectivamente para los efectos del pago de sueldo, cualquiera sea el sistema de remuneración.

El derecho a usar de este tiempo con el objeto indicado, no podrá ser renunciado en forma alguna.”

Al igual que el derecho anterior, hemos dividido el examen de este derecho en dos partes, además, hemos de decir que, el análisis de este artículo ya fue realizado extensamente en el Capítulo II de esta presentación.

Como tuvimos la oportunidad de señalar en dicha ocasión, el derecho de la madre trabajadora para disponer de determinado período de tiempo para la alimentación del hijo, si bien aparece como un beneficio laboral distinto al derecho de sala cuna, ha sido supeditado normativamente por la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo a éste último, porque aún cuando no lo establezca expresamente la disposición en estudio, se ha interpretado restringiendo su validez sólo a las empresas que tienen 20 o más mujeres por establecimiento, es decir, a las que tienen también la obligación de sala cuna. Esta interpretación, como indicamos en el Capítulo II, ha sido establecida por diversos Dictámenes de la Dirección del Trabajo¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Las opiniones que acá se expresan son de los empleadores y trabajadoras que opinaron que había que modificar la normativa de sala cuna.

¹⁹⁵ En efecto, nos remitiremos a Dictamen Ordinario N° 7486/171 de 19.10.90 a que hicimos alusión en el Capítulo II

De lo anterior se puede desprender que cuando la empresa no está obligada a tener sala cuna -lo que sucede cuando tiene menos de 20 trabajadoras-, tampoco está obligada a otorgar permiso para alimentación. Sin embargo, haciendo jugar un criterio central de la normativa laboral: la posibilidad de elevar los derechos mínimos establecidos legalmente, este beneficio se otorga, en la práctica, a un buen número de trabajadoras que laboran en empresas donde hay menos de 20 mujeres, lo que permite observar que se han elevado los derechos mínimos establecidos en la normativa laboral.

Expuesto lo anterior, antes de analizar los costos que produce para los empleadores la aplicación de este artículo, debemos señalar, por estar íntimamente relacionado con el tema, diversas situaciones vinculadas con este derecho. Para ello, continuaremos con la revisión de la encuesta realizada por la Dirección del Trabajo en el año 1995.

De esta manera, comentaremos los siguientes temas¹⁹⁶:

Conocimiento que se tiene respecto del derecho de alimentación por parte de las trabajadoras;

Modalidades de uso del derecho de alimentación;

Cumplimiento del derecho de alimentación, tanto desde la perspectiva de los empleadores como de las trabajadoras.

Conocimiento que se tiene respecto del derecho de alimentación por parte de las trabajadoras;

La norma que establece el derecho de alimentación está entre las menos conocidas de todo el Título II del Código del Trabajo (llamado "De la Protección a la Maternidad"), que hemos analizado.

Si bien puede ser paradójico, es probable que esta razón favorezca su otorgamiento y explique que el beneficio se entregue incluso en empresas que no tienen esta obligación legal.

Pese a que todas las entrevistadas fueron trabajadoras a quienes las normas de maternidad han alcanzado, éstas no revelaron conocer con precisión el derecho de alimentación del menor de dos años. En efecto, casi la mitad de las trabajadoras conoce sólo algunos aspectos de la ley o la interpreta a su modo y más del 40% declaró no saber en qué consiste el derecho. Sólo la décima parte de las trabajadoras entrevistadas demostró conocer exactamente la norma. Veamos lo expresado en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 34

Conocimiento del derecho de alimentación declarado por las trabajadoras

CONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ALIMENTACIÓN	%
Sabe exactamente en que consiste el derecho de alimentación	10,0
Sabe parcialmente en que consiste el derecho de alimentación	49,3
No conoce la ley	13,6
No responde	27,1
Total	100,0

¹⁹⁶ Henríquez, Helia y Riquelme, Verónica. 1996. "Las normas que protegen la maternidad en Chile: el comportamiento de las empresas". Santiago. Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios.

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995.

Esta desinformación bastante generalizada, tanto de parte de la empresa como de las trabajadoras, no afecta su otorgamiento. Por el contrario, el permiso es usado por más trabajadoras que las que legalmente tienen el derecho, pero, como consecuencia, causa efectos negativos en otros aspectos como lo son la distribución diaria del permiso y el tiempo total de su duración.

Con respecto a la modalidad diaria de empleo, es muy poco conocida la exigencia legal de dividir en dos fracciones la hora de permiso y, por lo general, el permiso es de una hora seguida. Con relación a este punto, la Dirección del Trabajo ha dictaminado que las dos porciones de tiempo están expresamente determinadas por la ley y no pueden ser alteradas ni siquiera por la madre. Esta sí puede determinar la oportunidad en que hará uso de estos dos lapsos de tiempo y la duración que comprenderá cada uno de ellos dentro del límite establecido por la ley. Por otra parte, se ha señalado que el beneficio contemplado en la norma legal está directamente relacionado con la edad de los alimentarios -los menores de dos años- los cuales por regla general requerirán ser alimentados por su madre más de una vez una vez durante la jornada ordinaria de trabajo (Dictamen 7048, diciembre 1993).

La otra confusión común, se refiere al concepto de alimentación. Según el sentido común de los actores implicados, se refiere al acto de amamantamiento que supone la insustituibilidad de la madre. Sin embargo, la palabra amamantamiento -claramente restrictiva- fue reemplazada en la legislación por la frase por “dar alimento” expresión que, como revisamos en su oportunidad, es mucho más amplia en su significado, y con lo cual la legislación pretende dar la posibilidad de que la madre proporcione al niño alimentos de cualquier tipo y no sólo se reduzca a la leche materna. Esta evolución en la legislación, parece ser desconocida por buena parte de los actores, es decir, tanto por empleadores como por trabajadoras.

Modalidades de uso del derecho de alimentación

Analizamos en su oportunidad, que la normativa laboral autoriza un tiempo determinado para la alimentación, distribuido en dos porciones que, en conjunto, no pueden exceder de una hora al día. La interpretación ha señalado que estas porciones de tiempo podrán ser fijadas por la trabajadora. A este lapso de tiempo debe sumársele el tiempo necesario para el traslado de la trabajadora hasta la sala cuna. En el caso de que la madre no lleve el niño a la sala cuna que el empleador proporciona, éste no está obligado a otorgar el permiso.

Los datos muestran que no se cumple la modalidad de distribución del permiso que la ley señala. Lo que mayoritariamente está operando es un permiso para llegar una hora más tarde o para retirarse un hora más temprano (el 43,4% señaló algunas de esas alternativas). Es muy bajo el porcentaje de trabajadoras que ocupa dos medias horas distribuidas durante la jornada (14,9%). Una proporción apreciable (24%) indicó que tiene este derecho bajo otras modalidades, entre las que se cuenta no trabajar un día a la semana o tener una hora más de colación.

La distribución de este permiso no presenta diferencias significativas cuando las trabajadoras usan la sala cuna. La tendencia es siempre a emplear una hora al final de la jornada. Sólo el 12% de las trabajadoras utiliza el permiso en dos medias horas. Veamos el siguiente cuadro:

Cuadro N° 35

Modalidad del permiso para alimentar al hijo

**CAPITULO CUARTO ANÁLISIS DE LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS DERIVADOS DE LAS
NORMAS PROTECTORAS DE LA MATERNIDAD**

en empresas que tienen esta obligación

MODALIDAD EN QUE ALIMENTA AL HIJO	TRABAJADORAS EN EMPRESAS CON 20 Y MAS (%)	TOTAL DE LA MUESTRA (%)
Dos medias horas	13,1	14,9
Termina una hora antes	42,9	43,3
Llega una hora después	14,9	16,3
Otra modalidad	11,4	24,0
No contesta	1,7	1,4
Total	100,0	100,0

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995.

Como era esperable, el uso de dos medias horas presenta una mayor frecuencia cuando la sala cuna pertenece a la empresa. Probablemente está contigua o a muy poca distancia, lo que facilita a la madre alimentar al niño durante la jornada laboral sin tener que emplear demasiado tiempo en el traslado hacia y desde la sala cuna. Observemos lo dicho en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 36

Modalidad del uso del tiempo para alimentar al hijo, según forma de cumplir la obligación de sala cuna (en %).

MODALIDAD DE USO DEL TIEMPO	EMPRESA DISPONE DE SALA CUNA	EMPRESA PAGA LOS GASTOS A SALA CUNA EXTERNA	EMPRESA PAGA BONO A LA TRABAJADORA	NINGUNA DE LAS ANTERIOR	NS/NC
Llega una hora más tarde	10,4	13,0	20,0	13,8	0,0
Se va una hora más temprano	13,8	49,0	60,0	37,9	100,0
Sale dos medias horas	27,6	13,0	6,7	13,8	0,0
Otra modalidad	27,6	12,0	0,0	0,0	0,0
NS/NC	20,6	13,0	13,3	34,5	0,0
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995

Empero lo anterior, a juicio de los fiscalizadores de la Dirección del Trabajo, si a una trabajadora le permiten llegar una hora más tarde o irse una hora más temprano, no se está cumpliendo con el sentido del derecho de alimentación. Se está otorgando una hora de tiempo diario, que puede facilitar a la madre el traslado del niño hacia y desde la sala cuna o puede emplearlo de otro modo en el niño, pero no se logra el contacto de la madre con el niño durante la jornada laboral, que es lo que pretende con esta disposición la normativa laboral.

Por otra parte, en cuanto al traslado para alimentar al niño, el 10,7% de las trabajadoras señala que usa algún medio de transporte y al 60% de ellas la empresa le paga la movilización.

Cumplimiento del derecho de alimentación, tanto desde la perspectiva de los empleadores como de las trabajadoras.

Los datos recabados de la Encuesta que hemos revisado, entregan importantes indicios sobre la forma como operan en la realidad las normas sobre protección a la maternidad. Una comprobación importante es que aún cuando la Normativa Laboral y los Dictámenes de la Dirección del Trabajo sean claros, en muchos casos existen dificultades para su aplicación estricta, las que provienen tanto de las empresas como de las trabajadoras. De ello ha resultado que, en los hechos, la Normativa Laboral se ha modificado y, en algunas materias, de materia significativa. El derecho de alimentación es uno de los aspectos en que está distancia es más notoria, según hemos de apreciar en el análisis de este derecho laboral.

Perspectiva de los empleadores

De las 182 empresas que otorgan el derecho de alimentación a sus trabajadoras, el 38,5% tiene menos de veinte trabajadoras y el 61,5% tiene 20 mujeres o más en su planta. Es decir, sólo éstas últimas tienen legalmente esta obligación.

Los datos que siguen ilustran la situación:

Cuadro N° 37

Empresas según el número de trabajadoras y otorgamiento del derecho de alimentación.

	OTORGAN EL DERECHO	NO OTORGAN EL DERECHO	TOTAL
Empresas con menos de 20 mujeres	70	177	247
Empresas con 20 y más mujeres	112	39	151
Total	162	216	398

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995.

Ante lo anterior, hemos de decir, que en la categoría de empresas que no otorgan el derecho de alimentación, se incluyen las empresas que señalan que no tienen trabajadoras que lo usen y las que indican que no les corresponde otorgar el derecho. En el caso de las empresas de menos de 20 trabajadoras, las que señalan que no les corresponde otorgar el derecho son 150. Y en las de 20 y más, que legalmente tienen obligación, 12 señalan que no les corresponde.

Es importante destacar que existen 70 empresas con menos de 20 mujeres que, aunque no les corresponde legalmente, otorgan el derecho de alimentación. Constituye el 28,5% de las empresas con menos de 20 trabajadoras en su planta.

De las empresas con 20 trabajadoras o más, el 74,2% cumple con la disposición legal; mientras que el 25,8% de las empresas obligadas no otorgan este permiso. Sin embargo, no es posible hablar propiamente de incumplimiento en este último grupo, ya que no se determinaron los casos en que el beneficio no se otorga porque las trabajadoras, en forma

voluntaria, no hacen uso de él, situación que puede darse a pesar de la condición de irrenunciable que tiene este derecho.

Esta información entregada por las empresas, muestra que la norma sobre derecho de alimentación es observada en grado bastante alto y, más aún, que existe un porcentaje considerable de sobrecumplimiento. Esto se contrastará, sin embargo, con lo expresado por las trabajadoras, tal como lo veremos más adelante.

Al analizar con juntamente el derecho de alimentación y el derecho de sala cuna, por ser derechos que están estrechamente vinculados como indicamos, los resultados son los siguientes:

En el caso de las empresas con menos de 20 trabajadoras, 5 empresas (2%) otorgan beneficios y 62 (25%) concede sólo el derecho de alimentación.

En las empresas que tienen 20 o más trabajadoras o más, la mayoría de las empresas (56.3%) otorga el permiso para alimentación del hijo y cumple la obligación del cuidado del menor teniendo sala cuna propia o pagando una sala cuna externa. Y 27 (17.9%) de las empresas restantes obligadas a estos dos beneficios conceden el derecho de alimentación pero no proporcionan sala cuna.

Cuadro N° 38

Empresas según otorgan o no el derecho de alimentación y según la modalidad de cumplir con la obligación de sala cuna

	OTORGAN EL DERECHO DE ALIMENTACION			NO OTORGAN DERECHO DE ALIMENTACION
	Se otorga beneficio de sala cuna	Se otorga un bono	No se otorga beneficio de sala cuna	
Empresas de menos de 20 mujeres	5	3	62	177
Empresas de 20 y más mujeres	85	18	9	39

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995.

Resulta notoria que el caso de este derecho, la normativa se aplica con dificultad a la realidad geográfica de la ciudad (principalmente en las grandes ciudades) y a las exigencias de la empresa moderna y es por tal motivo que en una misma empresa pueden darse distintas modalidades para que las trabajadoras vayan a alimentar a su hijo¹⁹⁷. La forma más frecuente es permitir a la trabajadora retirarse una hora antes (92 empresas). Seguidamente, 45 empresas señalaron que otorgaban dos medias horas; 41 empresas que permitían a las trabajadoras llegar una hora después; y 32 empresas indicaron que tenían otra modalidad para conceder el derecho.

¹⁹⁷ Hay que aclarar en este sentido, que en la Encuesta realizada por la Dirección del Trabajo las referencias se reducen a frecuencias de modalidades, puesto que una misma empresa puede ofrecer a las trabajadoras distintas opciones, no siendo una sola la modalidad adoptada por las empresas para conceder el permiso para alimentar a los menores. Por tal motivo, los datos entregados no están sobre la base del número de empresas sino más bien sobre la información respecto de las distintas modalidades.

En el caso de las empresas de menos de 20 trabajadoras, 31 señalaron dar a la madre la posibilidad de retirarse una hora antes; 15 empresas le permitían llegar una hora más tarde; 15 otorgaban dos medias horas; y 13 se inclinaban por otras modalidades, tales como conceder un día libre, no trabajar los sábados, etc. Las dos porciones de tiempo son más usadas cuando cumplen con la obligación de sala cuna.

Perspectiva de las trabajadoras.

En este punto, nos corresponde analizar que indicaron las trabajadoras al respecto. En tal sentido, hemos de señalar que del total de las trabajadoras entrevistadas, la tercera parte señaló hacer uso del derecho de alimentación. El segundo tercio corresponde a trabajadoras que aún no tiene a su hijo -esto es, están en período de embarazo- y el tercero no lo utiliza por diversos motivos.

En el Estudio realizado por la Dirección del Trabajo, las trabajadoras con hijos menores de 2 años constituyeron el 68,7%, esto es, 545 trabajadoras. Sin embargo, no todas ellas tienen el derecho de alimentación, pues les corresponde, como vimos en su oportunidad, sólo si laboran en empresas con 20 o más mujeres. Por tanto, son 314 las trabajadoras que legalmente tienen el beneficio. Esto significa que el 42,4% de quienes tenían la necesidad, no tenían el derecho.

Observemos en los cuadros siguientes el cumplimiento de la obligación, según indicaron las trabajadoras, distinguiendo las empresas donde laboran menos de 20 mujeres de aquellas que laboran 20 y más mujeres.

Cuadro N° 39

Uso del beneficio de alimentación en empresas
donde laboran menos de 20 mujeres

	N°	%
Hacen uso del derecho de alimentación	86	37,2
No hacen uso del derecho de alimentación	145	62,3
Total	231	100,0

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995.

Podemos observar en el cuadro que hay un porcentaje importante de las trabajadoras que salen a alimentar a sus hijos, goza del beneficio por consentimiento de la empresa, aunque no tiene legalmente la obligación de concederlo. El 37% de las 231 trabajadoras con hijos menores de 2 años que laboran en empresas con menos de 20 mujeres, declaró estar haciendo uso del derecho de alimentación. Sin embargo, mediante el Estudio no fue posible determinar con certeza si este porcentaje se sobrecumplimiento se debe a un desconocimiento de la norma por parte de las empresas, a una concesión por parte de ésta o a un acuerdo entre empleadores y trabajadoras.

Cuadro N° 40

Uso del beneficio de alimentación en empresas
donde laboran 20 o más mujeres

CAPITULO CUARTO ANÁLISIS DE LOS COSTOS DIRECTOS E INDIRECTOS DERIVADOS DE LAS NORMAS PROTECTORAS DE LA MATERNIDAD

	N°	%
Hacen uso del derecho de alimentación	175	55,7
No hacen uso del derecho de alimentación	129	41,3
No sabe / No contesta	10	3,2
Total	314	100,0

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995.

En este caso podemos ver que algo más de la mitad de las trabajadoras a quienes corresponde el derecho de alimentación, lo utilizan efectivamente (55,7%), lo que muestra un alto porcentaje en que la norma no opera: más del 40% de estas trabajadoras señalaron que no salían a dar alimentos a sus hijos menores de 2 años. Dada esta circunstancia, veamos en el cuadro siguiente los motivos por los cuales las trabajadoras no hacen uso del derecho de alimentación:

Cuadro N° 41

Motivos de las trabajadoras para no hacer uso del beneficio de alimentación del menor de 2 años

MOTIVOS PARA NO HACER USO DEL DERECHO	%
No hace uso voluntariamente	23,3
No sabe en qué consiste el derecho (desinformación)	30,2
Ya no amamanta	14,0
No le corresponde	13,2
Otros motivos	7,0
No contesta	12,4
Total	100,0

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995.

Hemos de observar que de las 129 trabajadoras que no ocupan este permiso, el 23,3% indicó que es una opción voluntaria; el 30,2% dijo no saber en qué consiste el derecho, porcentaje altísimo considerando que la alimentación de los menores asociada a la madre es una necesidad fundamental pero que coincide plenamente con lo señalado en líneas anteriores en cuanto al poco conocimiento que se tiene respecto de este derecho por parte de las trabajadoras; el 14% dejó de usarlo porque lo redujo sólo al amamantamiento (recordemos que la normativa se refiere al derecho de alimentar no de amamantar, puesto que el primero es un concepto mucho más amplio); el 13,2% señaló que no le corresponde el derecho de alimentación, es decir, cree no tenerlo; finalmente, el 7% manifestó otros motivos para no invocarlo.

De lo anterior, podemos decir entonces, que casi en un 60% el derecho no se hace efectivo debido a que la información que se tiene es errónea; en un 23% no se usa por voluntad y responsabilidad de las propias titulares del derecho. Con respecto a esto último, debemos indicar que también es responsabilidad de los empleadores no informar a los trabajadores o no hacerlo adecuadamente respecto de los derechos que les concede la normativa laboral y, principalmente, con respecto a la protección de la maternidad, por cuanto, no es un derecho que le competa sólo a la mujer trabajadora por ser tal, sino en una situación especial como es la maternidad, y a los hijos menores de ésta.

Costo económico para la empresa derivado de la aplicación de este artículo:

Ya hemos visto diversas situaciones relacionado con el derecho de alimentación que le corresponde a la madre trabajadora respecto de sus hijos menores de dos años. Corresponde analizar los costos que implica para el empleador la aplicación de este derecho.

Hemos de señalar que los permisos de alimentación de hijos/as menores de 2 años, tal como lo establece nuestra normativa en el artículo 206 del Código del Trabajo, es una especie de “licencia parcial” por cuanto tiene una extensión de dos períodos media hora en la cual se autoriza a la madre a no laborar en tal espacio de tiempo con el fin de alimentar a los hijos de tal edad. Además, este espacio de tiempo, tal como lo establece en inciso 7° del artículo 203, se amplía en lo necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre para dar alimentos a sus hijos.

Ya hemos indicado que existen 2 tipos de costos laborales: costos directos e indirectos, indicando que los primeros se refieren a los pagos en dinero que realiza el empleador y que tienen como principal componente la remuneración pagada por el empleador al trabajador por el servicio efectuado, los pagos realizados a los organismos de seguridad social efectuados por el empleador, los gastos de capacitación de los trabajadores a cargo del empleador y los gastos por los servicios de bienestar de la empresa que sean cargo del empleador.

Ante este concepto de costo directo, hemos de concluir que en primer término, este derecho constituye un costo directo para la empresa, a diferencia de las licencias por maternidad propiamente tales que son de cargo de la Seguridad Social. En efecto, es un costo directo para el empleador por varias razones. La primera, se desprende de lo dispuesto en el inciso final del artículo 203 del Código del Trabajo que dispone que el empleador debe pagar el valor de los pasajes por el transporte que deba emplearse para la ida y regreso de la madre a la sala cuna donde se encuentre su/s hijo/s menor/es de dos años para darle/s alimentos. Por tanto, es un desembolso en dinero que el empleador está obligado a hacer para los efectos ya mencionados. La segunda razón, se concluye de lo dispuesto en el propio artículo 206, puesto que establece que el permiso dado a la madre trabajadora para ausentarse por 2 porciones de tiempo que no excedan, en conjunto, de una hora con el fin de alimentar a sus hijos menores de dos años, se considera como efectivamente trabajadas para los efectos del pago de su sueldo, es decir, el derecho de alimentación del hijo menor de dos años importa una hora diaria de ausencia de las trabajadoras, la que debe igualmente remunerársele, porque así lo establece la normativa laboral. Tal es así, que en su inciso final el artículo 206 se señala que el derecho a usar este tiempo con el objeto indicado, no podrá ser renunciado en forma alguna¹⁹⁸.

De este modo, al igual que en el caso de las salas cunas, por ser derecho íntimamente vinculados, cualquier tipo de cálculo que hace con respecto a los costos que implican el cumplimiento de esta obligación, tiene por objetivo mostrar el “riesgo” de los gastos en el cuidado infantil comprendido en la contratación de mujeres, principalmente en edades reproductivas. Por tanto, es esencial analizar en forma adecuada el dilema del cuidado infantil, ya que es básico para lograr una inserción laboral más equitativa y una protección más adecuada a los/as hijos/as de las personas que trabajan fuera del hogar y, esencialmente, tal circunstancia tiene relación con las madres que laboran fuera del él.

¹⁹⁸ Aunque no olvidemos, que las empresas no utilizan únicamente esta modalidad para cumplir con la obligación legal, sino que diversas maneras, básicamente por fines prácticos, como tuvimos la oportunidad de analizar, como por ejemplo, la distancia que queda entre el lugar del trabajo y el lugar donde se encuentra el menor. Sin embargo, sea la forma en la que se cumpla la obligación, se considerará igualmente trabajada para los efectos del pago del sueldo.

Por otro lado, los segundos costos, es decir, los costos indirectos, a los cuales hicimos alusión al inicio de este Capítulo, dicen relación con las pérdidas de productividad de la empresa que se pueden producir en ciertas ocasiones, como por ejemplo, que se contrate a un trabajador para reemplazar a un trabajador con licencia o a una mujer con fuero maternal, o bien con otros factores difíciles de prever que pueden afectar la productividad de la empresa. Este tipo de costos, no son fácilmente identificables y cuantificables en términos monetarios. Por ser costos difíciles de cuantificar y prever, son determinantes en la apreciación que los empleadores tengan de aquellos, lo cual deja un amplio margen de arbitrariedad y prejuicios respecto al género del trabajador. Lo cual, hace indispensable que la normativa laboral vigente, en el caso en estudio, esto es, las normas que protegen la maternidad, no establezcan diferencias en la cobertura del costo respecto al género.

Señalado esto, hemos de decir que el cumplimiento de permiso para alimentación implica un costo indirecto para el empleador por cuanto el derecho de alimentación del menor de dos años implica una hora diaria de ausencia de las trabajadoras de sus labores, la que debe remunerársele por el empleador, es decir, se trata de una hora en que la trabajadora no produce, por cuanto no labora, ya que se ausenta para alimentar a su hijo menor de dos años, porque así se lo permite la ley, y que, sin embargo, se considera trabajada para los efectos del pago de salario o remuneración de cualquier tipo que debe efectuarle obligatoriamente el empleador. De ahí, por ende, que se considere un costo indirecto para el empleador, puesto que deriva de las dificultades que afectarían a la producción por la citada ausencia de la trabajadora en las horas destinadas a la alimentación y que se le debe remunerar igualmente remunerar por el empleador como hemos señalado. Por tal motivo, es que entre los microempresarios encuestados existe la idea de dar mayor flexibilidad a la norma, de tal manera que la madre pueda acumular el permiso y acortar el lapso de ausentismo.

Opinión de empleadores y trabajadoras respecto del derecho de alimentación.

Las opiniones que entregaron los informantes de las empresas no manifestó una crítica muy dura con respecto a esta institución. Tampoco apareció la preocupación que habitualmente se escucha a los empleadores, en relación con el “alto costo” que significa el trabajo femenino debido precisamente a la protección que la ley otorga a la maternidad.

El derecho de alimentación del menor de dos años implica una hora diaria de ausencia de las trabajadoras, la que debe remunerársele. Es una hora en que la trabajadora no produce y que se considera trabajada para los efectos del pago del salario o remuneración de cualquier tipo. A pesar de esto, sólo el 2,2% de los informantes de las empresas opinó que este derecho debe ser eliminado; mientras que más de la mitad señaló que debiera ampliarse a todas las madres trabajadoras con hijos menores de dos años (53%), independientemente que la empresa tenga o no la obligación de proveer salas cunas. Un tercio de los empleadores y gerentes entrevistados, respondió que el derecho debiera mantenerse tal como está. La décima parte se pronunció a favor de opciones diferentes para este derecho. La más sugerida fue la que en la práctica funciona mayoritariamente: que la trabajadora tome una hora diaria, ya sea al inicio o al final de la jornada laboral. Otra opción fue que el derecho se restrinja al amamantamiento.

Si analizáramos sólo las respuestas de los informantes de la empresa que ocupaban los cargos más altos -empleadores y gerentes de nivel superior- aparece confirmada la opción de ampliar el derecho a todas las madres. La mitad de los entrevistados de este grupo se inclinó por ella. Un tercio opinó que debía mantenerse y lo que resulta más interesante, sólo el 8% se pronunció por la eliminación de este derecho. La tendencia señalada se mantuvo en las respuestas de todos los informantes (jefes de personal, supervisores, contadores,

secretarias, otros). El porcentaje a favor de ampliar el derecho aumento entre secretarias y supervisores.

En el caso de las trabajadoras, casi la totalidad se mostró a favor de ampliar el derecho a todas las madres (82,5%), lo que era esperable. Sólo el 9,5% opinó que debía mantenerse tal como está.

Observemos en los siguientes cuadros, la opinión acerca del derecho de alimentación del menor de 2 años; primero, según el cargo del informante de la empresa y en el segundo cuadro la opinión general, esto es, tanto de empleadores como de trabajadoras.

Cuadro N° 42

Opinión acerca del derecho de alimentación del menor de 2 años, según cargo del informante de la empresa (en porcentajes)

CARGO DEL INFORMANTE	OPINIONES SOBRE EL DERECHO DE ALIEMNTACION					TOTAL
	Mantenerse	Ampliarse	Eliminarse	Otra alternativa	No sabe / No contesta	
Gerentes, subgerentes, director	31,0	50,0	8,0	11,0	0,0	100,0
Administradores, jefes de personal, RRHH, etc.	34,9	50,0	1,2	12,7	1,2	100,0
Supervisores, encargados.	32,8	59,0	0,0	6,6	1,6	100,0
Contadores, representantes legales, abogados.	34,1	53,7	4,9	4,9	2,4	100,0
Secretarias	33,3	61,9	0,0	4,9	0,0	100,0
Otros	11,1	77,8	0,0	11,1	0,0	100,0

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995.

Cuadro N° 43

Opiniones acerca del derecho de alimentación del menor de dos años

OPINION SOBRE EL DERECHO DE ALIMENTACION	EMPLEADORES (%)	TRABAJADORAS (%)
Debe ampliarse a todas las madres con hijos menores de 2 años	53,0	85,2
Debe mantenerse tal como se ha establecido	32,9	9,5
Debe eliminarse	3,0	0,1
Otra	10,1	3,3
No contesta	1,0	1,9
Total	100,0	100,0

Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1995.

Como puede apreciarse, los datos permiten afirmar que hay opinión mayoritaria en cuanto a otorgar el derecho de alimentación a todas las madres, independientemente del tipo de empresa en que trabajen. Sin duda, la presencia de la madre junto al hijo durante su primer período de vida, es una idea que cuenta con legitimidad social y el permiso para alimentación de los menores es una expresión de esta situación que se revela muy fuerte.

La opinión no varió en función del sector económico de la empresa. La tendencia predominante a ampliar este derecho y secundariamente, a mantenerlo, se reveló en todos los sectores y también en todos, la opinión sobre eliminar este derecho fue minoritaria.

Tampoco el tamaño de la empresa según el número de trabajadores ni la tasa de feminización del empleo de la empresa, hicieron variar estas tendencias.

Sin embargo, en las empresas más pequeñas, aún cuando apareció igualmente legitimada la idea de extender el derecho a todas las madres, se manifestó preocupación por el efecto de una medida así en los costos y en la productividad de sus empresas. De hecho, en una entrevista grupal, realizada a pequeños y medianos empresarios, la opinión generalizada fue que este derecho debería otorgarse a todas las madres, especialmente, porque es en bien del hijo; pero se planteó que ese tiempo debería recuperarse en horas extraordinarias. Esta propuesta fue desechada debido a la sobrecarga que significaría para la madre, pues finalmente el estrés le impediría amamantar. En todo caso, se despenden de la Encuesta realizada por la Dirección del Trabajo, la idea de los microempresarios está encaminada a dar mayor flexibilidad a la norma, de tal manera que la madre pueda acumular el permiso y acortar el lapso de amamantamiento.

E. Resumen de los Costos Derivados de las Normas Protectoras de la Maternidad

Ya hemos analizado detalladamente los costos directos e indirectos para las empresas de las normas protectoras a la maternidad y el respecto o cumplimiento por parte de éstas de tales normas. A continuación, y a modo de resumen, se expone el tipo de costo que cada uno de estos derechos arroja para las empresas.

Cuadro N° 44.

Tipo de costos que produce en las empresas las normas protectoras a la maternidad.

Movilidad funcional de la trabajadora	Costo indirecto
Fuero maternal	Costo indirecto
Permiso pre y post natal, y licencias maternas	Costo indirecto
Permiso por enfermedad del hijo menor	Costo indirecto
Alimentación del/a menor	Costo directo e indirecto
Sala cuna	Costo directo

CAPITULO QUINTO ANALISIS: ¿SON EFICIENTES LAS NORMAS PROTECTORAS DE LA MATERNIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONOMICO?

En el Capítulo anterior realizamos un examen tanto de los costos que implicarían para las empresas la contratación de mujeres así como las actitudes que se adoptan frente a tales costos, tomando en consideración la existencia de normas laborales que protegen su maternidad.

En esta parte de nuestra Memoria analizaremos al alero del anterior examen realizado, si resultan eficientes, desde el punto de vista económico, la existencia en nuestra legislación de normas protectoras de la maternidad.

En tal sentido, como ya lo habíamos indicado anteriormente, para saber si una norma es eficiente o no, se parte sobre la base de que las normas de un sistema jurídico determinado crean incentivos o desincentivos que llevan, a las personas destinatarias de tales normas, a actuar de tal o cual manera. Estos resultados a los cuales conduce la norma jurídica pueden ser considerados buenos o malos en el modelo de aplicación en estudio que, como ya lo hemos señalados precedentemente, se trata de comprobar si tales normas son eficientes o ineficientes, en el sentido de que la aplicación de aquella norma, da resultados que constituyen beneficios superiores a los de cualquier norma alternativa de aplicación o bien, el bienestar social alcanzado por la norma es el máximo posible para la sociedad.

Expuesto lo anterior, lo que cabe preguntarnos es: ¿Son eficientes, desde el punto de vista económico, las normas protectoras de la maternidad en nuestra legislación? Antes de responder a esta interrogante, hemos de hacer presente que un tema fundamental y complejo en el mundo actual es el poder compatibilizar la inserción de las mujeres en el mundo laboral y su maternidad. El tema es fundamental, porque la especie y la sociedad necesitan reproducirse y en las sociedades más modernas el trabajo de las mujeres, además de ser un derecho humano básico, es un recurso económico necesario. Además, es complejo, porque hemos de considerar que la inserción de la mujer al mundo laboral no ha sido fácil. Sin embargo, es un derecho y una necesidad humana -cargada de subjetividad, valores y prácticas culturales- que las mujeres ejerzan su maternidad y que, junto con ello, no pongan en juego sus posibilidades de desarrollo integral, sus potencialidades creativas y sus capacidades productivas.

En la actualidad, es cada vez más frecuente la inclusión del trabajo femenino como un aspecto inevitable en el análisis de las relaciones laborales y de empleo. El hecho básico

para esta consideración es, principalmente, la significación que las mujeres han llegado a tener en la fuerza de trabajo ¹⁹⁹.

Pero, más allá de la evidente importancia numérica y de la dinámica que imprime al mercado de trabajo, la expansión del empleo femenino tiene un efecto muchísimo más amplio y complejo del que se pueda pensar, esto, por tratarse de un proceso que ha puesto en tensión otros múltiples aspectos de los centros de trabajo, involucrando además a la familia y a muchos ámbitos claves de la sociedad.

El convencimiento de que el trabajo femenino fuera del hogar y la maternidad eran incompatibles predominó por largos años, sin embargo, este pensamiento se ha ido modificando y, desde principios del siglo pasado, se ha venido afianzando la idea de que la sociedad y la empresa deben asegurar la compatibilidad entre el trabajo para el mercado que realizan las mujeres y su maternidad.

La legislación laboral en ese sentido, también desde principios de siglo pasado, ha incluido normas que ayuden a esta compatibilidad, protegiendo la maternidad de las mujeres que trabajan. Así, transcurrido todo el siglo XX e iniciado el siglo XXI las sociedades actuales están viviendo cambios trascendentales. Uno de ellos es la creciente incorporación de las mujeres, no sólo al ámbito del trabajo, sino a otros espacios de la sociedad. Por ello resulta imprescindible modificar aquellas cuestiones que dificultan esta incorporación y que generan tanto a las personas que trabajan como a sus familias no sólo costos económicos sino que, además, costos sociales, psicológicos, de salud y otros, que podrían minimizarse si se comprende, por parte de la Sociedad en general, que la maternidad es una responsabilidad de todos y no sólo de las madres que individualmente la viven.

Precisamente, la maternidad en el ámbito del trabajo es un tema antiguo y la necesidad de esta protección no parece discutirse, a lo menos en el plano teórico. Sin embargo, los cambios que se han venido produciendo en el mundo de la producción y del trabajo, especialmente la progresiva participación de las mujeres en él, vienen generando dudas sobre las reales bondades de las actitudes adoptadas para con las mujeres dentro de las empresas con relación a dicha normativa laboral. Es, por cierto, este último aspecto el que mayor contrariedad genera en cuanto a la efectiva aplicación de la normativa laboral, porque, como vimos en el Capítulo anterior, son diversas las prácticas que se adoptan no sólo para evadir el tener que aplicar de la legislación sobre protección a la maternidad sino que derechamente tales prácticas trasgreden la normativa laboral, muchas veces en desmedro de la madre trabajadora y ello deriva, entre otros factores, de que la relación laboral no es una vinculación entre partes equivalentes (la trabajadora es, por cierto, la parte económicamente más débil de tal relación laboral) y, en ese sentido, el empleador creará poder aplicar tales medidas sin ser sancionado y la madre trabajadora, por su parte, las tolerará, la mayoría de las veces, motivada principalmente por cuestiones de índole económica.

Por ello, el tema pasó a ser, entonces, la búsqueda de la regulación adecuada para la protección efectiva de este Derecho (la maternidad de las madres trabajadoras). Porque si bien estas normas aparecen beneficiando a las mujeres, en el fondo se está atendiendo a preservar el desarrollo, entre otros, económico del país: lo que se busca es establecer condiciones para que las mujeres puedan responder a los requerimientos de mano de obra que el país necesita, sin generar con ello obstáculos serios al crecimiento de la población,

¹⁹⁹ En América Latina, por ejemplo, la participación de la mujer en la actividad económica ha superado todas las proyecciones realizadas. Así, en el período de los últimos 35 años, el número de mujeres económicamente activas de la región creció un 120,2 por ciento (Encuesta Nacional de Empleo, INE).

en razón de que las mujeres no tuviesen que entrar a optar entre privilegiar su maternidad o privilegiar su derecho a trabajar.

La legislación laboral en nuestro país abordó el tema ya en el año 1917. Las varias modificaciones que desde entonces ha experimentado, no han significado un cambio sustancial en las instituciones contempladas, sino que más bien las han ido perfeccionando. Actualmente, como vimos en la Tercera Parte Capítulo Primero, el Código del Trabajo trata el tema en el Libro II Título II, llamado “De la Protección a la Maternidad” (Artículos 194 a 208 inclusive).

Observamos que las instituciones que la ley contempla son: fuero o garantía de conservar el empleo que la trabajadora desempeña; derecho a ser cambiada de puesto de trabajo cuando éste es perjudicial para su salud; descanso maternal durante un período antes y un período después del parto; subsidio o garantía de contar con un ingreso durante el tiempo de descanso; permiso para cuidar personalmente al hijo pequeño gravemente enfermo; permiso diario para acudir a darle alimentación; y provisión de sala cuna durante sus dos primeros años de vida. Estos beneficios alcanzan a todas las mujeres asalariadas, tanto de empresas privadas como del sector público; excepto en el caso de la sala cuna y el derecho de alimentación, que están establecidas sólo para un sector de trabajadoras: aquellas insertas en empresas que tengan a lo menos veinte mujeres entre su personal (así se establece en los artículos 203 y 206 del Código del Trabajo).

Los análisis de la situación laboral que se han hecho en nuestro país muestran que la manera de producir, las formas de organización de trabajo y, en general, las modalidades de inserción de la economía chilena en la economía mundial, ha producido cambios muy importantes en las condiciones laborales y de vida de la amplia mayoría de los trabajadores y, fundamentalmente, de las mujeres que se incorporan al mercado laboral.

Entre otros efectos, se reconoce que hoy existe un importante grado de precarización de los empleos, lo que significa una disminución o carencia de las protecciones que fueron otorgadas tradicionalmente por ley. Precisamente, en este aspecto, las normas relativas a la maternidad se han visto debilitadas, por cuanto, en la práctica, operan parcialmente para algunos segmentos de trabajadoras como son, entre otras, aquellas contratadas temporalmente, por obra o faena, a tiempo parcial o a plazo fijo. En efecto, respecto de ellas, la protección de la maternidad no opera en la práctica ya que al constituir causal de despido el cumplimiento del plazo o el término de la obra o faena, se pierde el fuero y, por consiguiente, los demás beneficios que otorga la normativa laboral²⁰⁰.

Precisamente, aun cuando las nuevas modalidades de contratación que se han venido multiplicando en los últimos tiempos han sido especialmente significativas para las trabajadoras, del mismo modo han sido las más vulnerables con relación a la protección de las normas protectoras de su maternidad. Por eso es que el criterio para evaluar la adecuación de las leyes a las actuales condiciones del mundo laboral no debe restringirse al análisis de su cumplimiento, sino que debe, además, evaluar la cobertura de éstas, averiguar cuan inclusivas son estas leyes.

²⁰⁰ En efecto, porque es en ese ámbito de relación laboral donde se burla la normativa al contratar a las trabajadoras en esa modalidad ya que si bien, legalmente, la protección esta consagrada en el artículo 194 inciso segundo del Código del Trabajo que dispone: “Estas disposiciones beneficiarán a todas las trabajadoras que dependan de cualquier empleador, comprendidas aquellas que trabajen en su domicilio y, en general, a todas las mujeres que estén acogidas a algún sistema previsional”. Principalmente se burla tal normativa en razón del proceso de desafuero, según lo establecido en el artículo 174 sobre las causales para desaforar, entre ellas está la del artículo 159 N° 5 que establece el vencimiento del plazo convenido en el contrato.

Por consiguiente, mirado desde la perspectiva de las trabajadoras y frente a la enorme diversidad de formas de empleo y contratación, las normas referidas a la maternidad resultan insuficientes y, por tanto, ineficientes y, más aún, las trabajadoras excluidas de esta protección aumentarán a medida que el empleo se flexibilice, situación que se hace cada día más habitual, porque en tanto que el empleador presuma que la contratación de la mujer le implica mayores costos económicos, optará por no contratarlas y establecerá con ellas vínculos de trabajo no subordinados a la Legislación Laboral y, por ende, no supeditada a las normas que protegen la maternidad.

De la misma forma, además de ineficiente, puede resultar contradictoria, en el sentido de que la normativa laboral lo que pretende es proteger a la madre trabajadora en estado de embarazo y a los hijos menores de la madre trabajadora y, sin embargo, lo que puede conseguir es que el empleador opte por no contratar mujeres, especialmente en edad fértil, lo que es abiertamente contrario al artículo 2° del Código del Trabajo que establece los actos de discriminación que son contrarios a las leyes laborales y entre ellas se encuentra las preferencias basadas en cuestiones de sexo que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades en el empleo y ocupación. Esta disposición, además, se vincula directamente con el artículo 194 inciso final del mismo Código que contempla lo siguiente: “Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez.

Este mismo argumento podríamos señalar que la normativa laboral es, además, discriminatoria. ¿En que sentido podemos entender que una norma protectora se vuelva discriminatoria? En efecto, la normativa laboral que estamos analizando tiene como finalidad proteger tanto a la mujer embarazada trabajadora como a los hijos menores de la mujer trabajadora. Sin embargo, puede ocurrir y, de hecho, así ocurre, que el sujeto pasivo de la norma, en este caso el empleador, entienda que la aplicación de dicha normativa protectora le acarrearán costos, los cuales no está dispuesto a asumir. Cree asimismo, según podemos advertir del análisis del parte de Capítulo anterior, que tales costos son sólo adjudicables a la contratación de mujeres, por cuanto los beneficios se establecerían en razón de su maternidad. En consecuencia, la medida que podría tomar sería simplemente no contratar mujeres, principalmente en edad fértil, por cuanto no existe en nuestra legislación precepto alguna que haga obligatoria a las empresas la contratación de mujeres, sea en la totalidad de la empresa sea en algún área de ella. Por otro lado, el despido de mujeres durante el período de fuero maternal (que se extiende durante todo el embarazo y hasta un año después de finalizado el descanso post-natal, según lo dispone el artículo 201 del Código del Trabajo) requiere de un procedimiento previo de desafuero y cuya regulación se establece, como tuvimos la oportunidad de analizar, en el artículo 174 del Código del Trabajo; lo que se pretende con dicha disposición, en líneas generales, es que el empleador no pueda poner fin la relación laboral por su sólo arbitrio, sino que requerirá autorización legal previa para ello y, por tanto, en la práctica, al empleador se le dificulta el despido de las mujeres trabajadoras que cuentan con fuero maternal lo cual considerará como otra razón para no querer contratar a mujeres principalmente en edad fértil.

Estas dos circunstancias, es decir, la contradictoriedad y la discriminación que puede generar la normativa laboral protectora de la maternidad, nos lleva a estimar que dicha normativa, en términos económicos, es ineficiente. La razón se deduce substancialmente del hecho que, como hemos mencionado, el crecimiento del empleo en los últimos años en nuestro país ha sido constituido mayoritariamente por mujeres que desean efectuar un

trabajo remunerado, y es que la incorporación de la mujer al mundo laboral no sólo la beneficia a ella en su desarrollo personal sino que en muchos casos es la fuente principal, y a veces única, de ingresos de su grupo familiar, puesto que también contribuye al desarrollo de la economía global del país, por cuanto la mujer ha logrado desenvolverse en áreas no ocupadas por los hombres y desarrollarse en forma competente en aquellas ya ocupadas por ellos y, porque además, contribuye a que se eleve en forma importante la población económicamente activa del país lo cual conlleva a aumentar la productividad total del país.

Pero junto con lo anterior, es decir, la insuficiencia en la cobertura que presentan las normas protectoras de la maternidad, la contrariedad que puedan producir éstas y que hacen, por tanto, que puedan volverse discriminatorias, lo que conlleva que estas normas se vuelvan ineficientes, existen otros criterios del tratamiento legal actual sobre estas normas protectoras y que también son discutidos; así, por ejemplo:

La excesiva regulación que éstas presentan y que pone rigideces al mejor empleo de la mano de obra, por cuanto a la madre trabajadora se le dificulta no sólo la entrada al mundo laboral, como señalamos en líneas previas, sino que su desempeño en el empleo mismo, y que puede generar, además, actos de discriminación a la luz del artículo 2° del Código del Trabajo al que hicimos mención;

La regulación basada en la idea de relacionar todas las dimensiones del cuidado de los hijos sólo al sexo femenino excluyendo, por tanto, la responsabilidad masculina y, por ende, la Sociedad misma;

La reglamentación que genera, como dijimos, exclusión en vez de protección, en el sentido de que las madres trabajadoras sufren presiones y discriminaciones de diversa índole, proveniente de la existencia de las normas laborales protectoras de la maternidad;

La rigidez y fijeza de las normas laborales que ignora las diferenciaciones y flexibilizaciones en las formas de empleo y contratación que se han agudizado cada vez más en el actual mundo del trabajo;

El costo de la protección de la maternidad y la distribución de dicho costo. En efecto, es común en los medios empresariales el comentario referente a los altos costos de emplear a trabajadoras del sexo femenino, principalmente en edad fértil, debido a los mecanismos legales de protección a la maternidad y al papel que desempeña la mujer en la familia.

Sin embargo, en la Encuesta realizada por la Dirección del Trabajo a que hemos hecho alusión, las opiniones de los empleadores en relación con la normativa que protege la maternidad no revelaron y una drástica crítica a las instituciones ni una fuerte corriente en pos de su total abandono. En general, los empleadores consultados no se mostraron proclives a flexibilizar la legislación y prefirieron que quedará regulada legalmente, lo que contradice lo afirmado reiteradamente por los líderes empresariales en el sentido de que es necesario desregularizar y dejar más contenidos a la libre negociación de las partes, con el fin de disminuir los supuestos “altos” costos de contratación de las mujeres (esto básicamente lo vimos con relación al bono pagado directamente a las trabajadoras y que reemplaza el cumplimiento de la obligación de costear salas cunas, el cual es una modalidad ilegal, por cuanto no es una de las formas de cumplimiento de dicha obligación pero que en muchos casos resulta conveniente para la trabajadora que prefiere dejar a su hijo en el hogar o al cuidado de terceras personas).

Tampoco apareció la crítica que habitualmente se escucha a las cúpulas empresariales y a los dirigentes de las organizaciones del sector, en relación con el alto costo que implica el trabajo femenino debido, precisamente, a la protección a la maternidad. Ello puede deberse tanto a que los costos que ocasiona la maternidad no son tan considerables como

se alega o, porque a estas alturas los establecimientos han desarrollado estrategias para minimizarlos o compensar sus efectos más indeseados, a modo de ejemplo, podemos mencionar el bono a que hicimos alusión en líneas anteriores, por cuanto este bono que tiene como fin reemplazar costear la sala cuna, su monto es habitualmente menor que el valor cobrado por dichos establecimientos. Estos costos supuestamente más altos derivados de la contratación de mujeres, fundamentalmente se ven reflejados en la diferencia de remuneraciones entre hombres y mujeres que desempeñan igual cargo y cuya diferencia se acentúa conforme aumenta el cargo ocupacional.

Tal es así lo referente con relación a los costos derivados de la protección de la maternidad que se adjudican exclusivamente a la mujer, que el valor de la reproducción social se utiliza como excusa para restringir la contratación de mujeres y para justificar que sus remuneraciones sean más bajas que la de sus colegas de sexo masculino. Sin embargo, como analizamos, existe poca evidencia de que los costos relacionados con la protección de la maternidad asumidos por las empresas sean significativos o, por lo menos, no es equivalente a la menor remuneración que obtienen las mujeres y, por lo tanto, no hay equivalencia entre los costos económicos que implicaría la contratación de mujeres con sus menores salarios en relación a los hombres que no están amparados bajo las normas laborales que estamos analizando.

Por último, habiendo ya hecho críticas a la normativa laboral protectora de la maternidad por ser insuficiente en la cobertura, hemos de prevenir que esto no sólo se remite a las nuevas formas de empleo y contratación que forman parte de la flexibilización laboral y que produce que no se cumplen los requisitos que hagan aplicable a todas las trabajadoras remuneradas la normativa protectora de la maternidad conforme lo dispone el artículo 194 del Código del Trabajo. En efecto, también se refiere a otro aspecto la insuficiencia, el cual dice relación con que la normativa protectora de la maternidad esta lejos de ser suficiente para apoyar la compatibilidad entre el trabajo remunerado y el reproductivo.

El tema de las salas cunas es el más conflictivo; en primer lugar, éstas son un beneficio sólo aplicable a los hijos de mujeres que trabajan en empresas de veinte o más trabajadoras y los padres no pueden hacer uso de este derecho. Asimismo, el cuidado infantil se limita a los niños de hasta dos años, quedando sin cobertura aquellos entre 2 a 5 años, edad en que se integran al sistema educativo en el curso pre-escolar. El tema, por cierto, está en debate en nuestro país, pero poco se ha avanzado hasta el momento en razón de las dificultades de decidir sobre las formas de financiamiento compatibles con el papel asignado al Estado, a través de sus Políticas Gubernamentales, las concepciones y limitaciones vigentes al respecto de los niveles aceptables de gasto público y de la carga tributaria compatible con un contexto de alta movilidad del capital, así como de los requerimientos de compatibilidad de las empresas.

Desde esta perspectiva, abordar el tema de la protección a la maternidad de las mujeres que trabajan y de aquellas que se desenvuelven en el ámbito privado, resulta un problema urgente que necesita ser analizado desde una multiplicidad de dimensiones y no sólo de la económica; así: tanto desde la necesidad social como de la individual; tanto desde las perspectivas económicas como éticas; tanto desde la racionalidad del corto plazo como desde una mirada que bien puede anticiparse al futuro, entre otras.

Sin embargo, aún cuando veamos las falencias que pueda presentar la normativa laboral protectora de la maternidad, nos podríamos preguntar, ¿Qué significado tiene examinar la operatividad, eficacia y eficiencia de la ley cuando ésta es obligatoria²⁰¹ ?

En efecto, la norma jurídica es un modelo para la acción, pero su carácter obligatorio no es puramente orientador. Por el contrario, adecuar las conductas a la prescripción legal es obligatorio, excepto aquellas normas -las llamadas “leyes facultativas”- que autorizan a los titulares para optar por su uso, por lo cuál estos pueden decidir invocarlas o no.

En el Derecho del Trabajo, gran parte de las normas son obligatorias para los actores. El carácter irrenunciable de los derechos allí establecidos (según se señala expresamente en el artículo 5° del Código del Trabajo), ha sido considerados una garantía de protección al trabajo, siendo el propósito central de la normativa laboral, porque de no ser así, de no ser irrenunciables, los derechos establecidos en la Ley Laboral serían ilusorios, puesto que sería una práctica común de los empleadores condicionar la contratación de trabajadores a la circunstancia de que éstos renuncien a los derechos que el Derecho Laboral les otorga en su beneficio.

Igualmente, aunque los derechos establecidos en razón de la maternidad son irrenunciables, en los hechos, en la práctica, algunos beneficios no son usados por las titulares y, dadas su naturaleza de dichas normas, difícilmente las trabajadoras pueden ser obligadas a invocarlas por el empleador. Así, por ejemplo, el uso de la sala cuna, el permiso para amamantar a los hijos menores o el derecho a solicitar cambio de puesto de trabajo cuando éste es perjudicial para la salud²⁰². Esta facultad para invocar algunos derechos así como la oferta de distintas opciones para el cumplimiento de algunas obligaciones es lo que permite mirar el espacio de la operatividad de la ley como un indicador de carácter de “modelo”, de efectivo orientador de las conductas que ésta pretenda que se adopten en la vida diaria.

Por otra parte, sin perjuicio de que uno de los objetivos de los estudios que evalúan la ley puede ser el grado de incumplimiento de ésta. Hemos señalado que lo que en nuestra Memoria nos interesa es mirar la eficiencia económica de las normas laborales protectoras de la maternidad, es decir, revisar que grado de adecuación a la realidad laboral presenta considerando los costos que acarrea su implementación por parte de los empleadores en sus empresas.

Ya en ese sentido, hemos señalado lo ineficaz que puede resultar la normativa laboral en tal materia, indicando por cierto cuales son las desventajas que presenta para calificar dicha ineficacia

No obstante lo anterior, es decir, el plantear que no se aplique la normativa protectora de la maternidad por ser ineficiente, no sólo en el ámbito económico, sino otros, como el social. Hemos comprobado que es difícil que el sistema legal, no sólo el laboral sino que todo el sistema jurídico en general, acepte situaciones de inobservancia generalizada de la normativa ya que su método de funcionamiento debe cerrar el paso a crisis mayores, esto no obsta para verificar que en cualquier tema que se investigue se encontrará algún nivel de incumplimiento.

²⁰¹ Entendiéndose que, en términos generales, existen leyes imperativas u obligatorias, facultativas y prohibitivas.

²⁰² Por el contrario, vimos en la primera parte de este Capítulo las prácticas adoptadas por empleador cuando la trabajadora trata de hacer uso de tales derechos.

Por otra parte, nuestro motivo de investigación tiene como objetivo un tema que cada día tiene mayor presencia. En efecto, como señalamos, trabajar y procrear es un derecho que día a día ha ido obteniendo mayor reconocimiento social, lo cual, no implica que sea fácilmente aceptado, puesto, como tuvimos la oportunidad de ver en el Capítulo anterior, son muchas las presiones y discriminaciones a las cuales se ve sometida la mujer por el hecho de ser madre tanto en el acceso al mundo laboral como cuando se desenvuelve en algún trabajo remunerado. Tales prácticas no pueden ser realizadas por empresarios ni tampoco pueden argumentar que ignoran que se lleven a cabo tales actitudes en las empresas donde las mujeres laboran, porque, entre otros, a ellos se les exige cumplir con la normativa laboral protectora de la maternidad.

Por eso reiteramos, aunque la norma jurídica pueda tener, como dijimos, algún grado de incumplimiento, esto no significa que se permita una inobservancia generalizada de las normas protectoras de la maternidad derivado de las falencias que señalamos que presentaba. Por el contrario, la ineficacia o ineficiencia que esta pueda presentar no puede ser excusa para obviar su cumplimiento, sino que más bien debe ser un objeto de estudio en el sentido de encontrar la manera de conciliar la efectiva aplicación de ésta, que logren cumplirse los fines para los cuales fueron establecidos -protección de la madre trabajadora, principalmente en estado de embarazo, y el cuidado de los hijos menores- con los fines económicos que tienen las empresas en las cuales se desempeñan las madres trabajadoras.

Señalamos que, históricamente, para los empresarios existe el mito de que la contratación de mujeres genera costos más altos, aunque analizamos en el Capítulo anterior que ésta circunstancia no es tan así; cambiar esta situación es algo difícil mas no imposible, que pasa más por una tema de mentalidad que por algo puramente legislativo. De ahí que señalábamos que la ineficiencia que pueda presentar la normativa sobre protección a la maternidad no es excusa para su incumplimiento, porque su ineficacia tiene que ver no sólo con una circunstancia legal sino también de hacer comprender, como hemos reiterado en varias ocasiones, que la maternidad no es algo vinculado sólo con la mujer sino con también con los hombres y, por ende, con las Sociedad en su conjunto.

Por ende, para lograr la eficacia de las normas que protegen la maternidad, no sólo debemos remitirnos a lo estrictamente legal, es decir, a dictar una y otra noma sobre la materia, pues hay algo “más complejo” de solucionar, como lo implica el cambiar la manera de pensar con respecto al derecho de la mujer de desenvolverse plenamente en el plano laboral y poder compatibilizarlo, sin dificultades, con su derecho a la maternidad, esto, derivado de los ya mencionados prejuicios que se generan y que provienen de los costos económicos que generarían su contratación por cuanto existe normativa que protege su maternidad, ya que tales costos sólo se le transfieren a ella, y no se hace un reparto equitativo de tales costos no sólo a nivel de la empresa donde labora, sino que a la comunidad en general, porque como explicamos, la maternidad no es algo exclusivamente femenino, sino que también involucra al sexo masculino y, por tanto, a toda la comunidad, por cuanto la maternidad es un hecho social. Este pensamiento no se puede cambiar de un momento a otro, requiere de un proceso más bien largo y cuya duración escapa de nuestras manos prever. Lo cual puede crear una paradoja, por cuanto, puede darse el caso de quienes dictan las leyes laborales que protegen y han protegido la maternidad tengan precisamente esa concepción sobre los costos de la maternidad sólo asociables a la mujer y de ahí que la normativa no sea totalmente eficiente al alero de lo que ya señalamos.

CAPITULO SEXTO ROL DEL ESTADO CON RELACION A LAS NORMAS PROTECTORAS DE LA MATERNIDAD

Siendo la Sociedad “una agrupación de individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o algunos fines de la vida²⁰³”, es deber de todos y cada uno de los miembros de tal agrupación el contribuir a que dichos fines se cumplan. En este aspecto el Estado, como unidad organizada, tiene un deber trascendental en lo que dice relación con el cumplimiento de uno de esos fines: el respeto y protección que merecen la familia, la mujer en su rol de madre y los hijos.

Una de las maneras con que el Estado cumple dicho deber es a través del Poder Constituyente. En efecto, la Constitución Política de la República, tomando en consideración que ésta es el marco legal al cual debe subsumirse toda la legislación chilena y, además, siendo considerada el marco valórico y doctrinal de nuestro ordenamiento jurídico nacional, dispone en su artículo 1° inciso 4° dispone que: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Y, en especial, contiene en diversas disposiciones premisas importantes con respecto a la protección de la familia, la mujer en su rol de madre y los hijos; en efecto:

En su artículo 1° inciso 2° señala que: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”.

Esta disposición nos indica que “la familia es la sociedad primera natural y necesaria y, en cierto sentido, perfecto, cuya finalidad primordial es la conveniente reproducción de la especie humana sobre la base de la unión estable de un hombre y una mujer²⁰⁴”. Tal sociedad, según dispone nuestra Constitución, “es la primera, la más elemental, esencial y básica en la convivencia. El hombre la forma no por simple voluntad, sino porque le es exigida por su propia naturaleza. Es a raíz de esto que es una sociedad necesaria.

Por último, la familia es perfecta, no en el sentido de la autosuficiencia, sino que en cuanto a que el vínculo entre sus miembros es total, alcanza la plenitud de los aspectos de la vida de cada uno de ellos, sea de índole corporal o espiritual. La familia es la unión estable, indefinidamente perdurable entre un hombre y una mujer y la prole que deriva de ella. Esta, siendo sociedad, constituye núcleo fundamental de la Sociedad²⁰⁵”.

²⁰³ Diccionario Enciclopédico Éxito. Tomo IV. Edición año 1991. Barcelona, España. Grupo Editorial Océano.

²⁰⁴ Cea Egaña, José Luis. 1999. Curso de Derecho Constitucional. Tomo I. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. .P. .114.

²⁰⁵ Cea Egaña, José Luis. Op. Cit. P. 114

La familia, por ende, no es cualquier sociedad, sino que es el centro básico y principal de la Sociedad, desde donde emana y se nutre el resto de la estructura social. Por esto es que la familia es tan importante y, tal vez, ello explique porque es tan necesaria defenderla.

El mismo artículo en su inciso final establece que: “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Este inciso del artículo primero establece los deberes del Estado. Por el hecho de ser tales, se les otorga a los agentes favorecidos, la posibilidad de reclamar del Estado el cumplimiento de tales deberes para con ellos y, además, exigirlos coactivamente pues es el mismo ordenamiento jurídico el que les impone tales obligaciones al Estado. Como vemos, entre tales deberes se encuentra el dar protección a la familia y propender al fortalecimiento de ella. Ya vimos que para nuestra Constitución Política la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y es por tal razón que la Constitución creyó necesario que se le exija al Estado que cumpla tales obligaciones para con ella.

Por último, el artículo 19° del mismo cuerpo legal en su número 1° incisos primero y segundo dispone que: “La Constitución asegura a todas las personas: 1° El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas. La ley protege la vida del que está por nacer”.

Por ser este un tema trascendental y que se extiende más allá del tema de nuestra Tesis, podemos decir someramente al respecto que el derecho a la vida es el derecho más importante, porque es el presupuesto, la base y la finalidad de todos los demás derechos, sin excepción. Perder la vida es perder todos los derechos que sólo tenerla hace posible.

En cuanto al concepto de vida, se puede distinguir la acepción legal y la acepción natural. Legalmente, la vida está definida en los artículos 74, 75 y 76 del Código Civil. Con sujeción al artículo 74, “la existencia de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”. En su sentido natural y obvio, “la vida es la fuerza o actividad interna sustancial mediante la que obra el ser que la posee²⁰⁶”.

En cuanto al inciso segundo de la disposición, esto es, que la ley protege la vida del que está por nacer. La preocupación fundamental del Poder Constituyente en dicho principio es el problema del aborto cuya gravedad no necesita ser realzada. En Chile, el aborto es una realidad que aumenta cada día, por ende, frente a la realidad clandestina del aborto, es lamentable reconocerlo, pero lo cierto es que las normas jurídicas no están funcionando. A modo de ejemplo, en el año 1990 alrededor de 300.000 abortos de los cuales sólo fueron castigados unos 450²⁰⁷. El problema de aborto, por ende, no se soluciona sólo ni principalmente tipificando el delito de aborto, sino que creando conciencia en la población que se trata de un homicidio, de un atentado gravísimo contra el más elemental de los derechos humanos como lo es el derecho a la vida. Así, lo esencial es que se cree una conciencia social, un valor de conciencia generalizada por respetar a la vida.

²⁰⁶ Cea Egaña, José Luis. 1999. Curso de Derecho Constitucional. Tomo III. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile Pág. 37.

²⁰⁷ Compendio Estadístico 1990. Instituto Nacional de Estadísticas (I.N.E.)

Estas disposiciones constitucionales hacen hincapié en que la familia es núcleo fundamental de nuestra sociedad y que uno de los deberes esenciales del Estado es proteger a la familia y propender a su fortalecimiento, concepción en el cual están comprendidos la mujer embarazada, la madre trabajadora y los hijos.

No obstante, a pesar de estar tutelado constitucionalmente e incluso establecido como deber del Estado, vimos en forma extensiva en el Capítulo anterior que tal consagración constitucional no se cumple a cabalidad en la vida cotidiana principalmente en un aspecto tan importante de la sociedad como es el de la incorporación de la mujer al mundo laboral y la protección de su maternidad²⁰⁸.

Como consecuencia de lo anterior, podemos apreciar que a lo largo de la historia la progresiva incorporación de la mujer al mercado laboral en Chile si bien ha transformado positivamente el desarrollo y crecimiento de nuestro país, este proceso no ha sido fácil tomando en consideración los problemas que ha generado, 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 en la sociedad.

Y, en este aspecto, ciertamente el gran problema que se presenta en el mundo del trabajo es cómo conciliar normas de protección a la maternidad con los cambios producidos en el mundo de las relaciones laborales, donde existen cada vez más empleos precarios y grandes dificultades en materia de empleo, lo que conlleva, por cierto, a una confrontación entre la empleabilidad de la mujer y las normas protectoras de la maternidad.

Sin embargo, según lo ha avalado diversos estudios e investigaciones, el aporte femenino no sólo ha contribuido enormemente en las múltiples actividades que desempeña, sino que además su alto grado de interés 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.

De este modo, uno de los aspectos principales de la protección de la maternidad y, por ende, del resguardo de la familia y de los hijos dice relación que por el bien de la mujer, la familia y la sociedad en general, hay que permitir y/o facilitar que ésta se logre desenvolver sin obstáculos ni discriminaciones, tanto legales como sociales, ya sea en su calidad de trabajadora como en su papel de madre.

Apartándonos del tema de nuestra Memoria pero, a modo de ejemplo, una discriminación en el plano social que sufre la mujer tiene relación con el Sistema de Salud, principalmente el privado (Isapres), por cuanto los planes de acceso son más costosos para la mujer, principalmente en estado fértil, lo cual va en directa relación de que es a la mujer a la cual se le adjudican los costos derivados de la maternidad.

Podemos, ante todo lo anterior, preguntarnos ¿Cómo ha sido la incorporación de la mujer al mundo del trabajo? Históricamente, las mujeres se incorporan al mundo laboral, progresivamente desde fines del siglo XIX, llegando a conformar un tercio de la población activa en 1907, esto es influido principalmente por factores tales como la migración campo-ciudad, el desarrollo de centros urbanos mineros y administrativos. La participación femenina se concentró principalmente en el sector de las industrias (trabajado en fábricas o en sus domicilios) y se caracterizó porque sus remuneraciones eran extremadamente bajas.

²⁰⁸ Por tanto, para no redundar sobre el tema, en lo referente a la discriminación y los costos que ha experimentado la mujer con relación al mundo laboral y las normas que protegen su maternidad nos remitiremos a lo analizado en el Capítulo anterior. En este Capítulo trataremos básicamente la evolución de la incorporación de la mujer al mundo del trabajo y su compatibilización con su rol de madre.

Entre 1903 y 1921 las mujeres percibían, por concepto de salarios, la mitad de los hombres y no sólo porque estaban en los trabajos peor remunerados, sino que además porque simplemente se les pagaba menos que a los hombres por igual cargo desempeñado.

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

En la década del cuarenta, la participación de la mujer vuelve a aumentar, pero ya no en el área de las industrias sino que ahora en el área de profesiones y oficios con especialización.

En los cincuenta continúa en aumento la proporción de mujeres en trabajos remunerados concentrándose nuevamente en industrias y servicios (como por ejemplo, oficinistas, secretarías y vendedoras).

A partir de 1970 la proporción femenina en la fuerza laboral tuvo un crecimiento sostenido hasta alcanzar un tercio de la fuerza laboral a mediados de los ochenta, creciendo inclusive a tasas mayores que la de los hombres.

Asimismo, durante toda la década de los ochenta, la participación de la mujer en la fuerza de trabajo experimento un notable crecimiento, llegando a representar un 30% de la fuerza laboral en los noventa.

El Cuadro siguiente nos permite apreciar el desarrollo de la mujer en la fuerza laboral antes expuesto:

Cuadro N° 45

Composición de la Población Económica Activa en Chile

DECADA	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", C.E.M. (Centro de Estudios de la Mujer), basado

en datos del I.N.E. (Censo de Población y Vivienda). Censo 1992.

En una Encuesta de Empleo realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas (I.N.E.) en el año 1999, la fuerza de trabajo femenina en nuestro país representaba un 33% del total de trabajadores correspondiendo a 1.929.150 trabajadoras.

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

En Latinoamérica, a diferencia de lo que pudiera pensarse, nuestra situación tampoco mejora mucho, siguiendo Chile en los últimos lugares, antecedido por Brasil con 40.67% de fuerza laboral femenina, México con un 39.3%, Argentina con 39.09%, Colombia con 37.68 y Venezuela con 36.6%²⁰⁹.

²⁰⁹ Fuente: Informe de Competitividad Mundial. Año 2000. FMD.

Asimismo, como vimos en el Capítulo anterior, la fuerza laboral femenina aún se concentra mayoritariamente en el área de los servicios, específicamente en los servicios sociales, comunales y personales, y la mayoría de ellas: 56.1% se ubica en el tramo inferior de salarios (de \$90.500 a \$181.000), con sólo un 25.2% ubicado en el mayor tramo considerado (\$271.500 o más)²¹⁰, dejando en evidencia la desventajosa posición actual de la mujer en nuestro mercado laboral.

Si bien es cierto la brecha remuneracional²¹¹ entre sexo masculino y femenino, no es tan marcada en el tramo inferior de salarios, en el tramo superior esta brecha se eleva considerablemente, donde queda manifiesta la dificultad de las mujeres para acceder a mayores cargos, con la consecuente mejor remuneración.

Cabe resaltar que la mayor parte de las mujeres se desempeña en empresas grandes, ya que del total de trabajadoras 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% en micro empresas.

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% de participación de las mujeres).

Dicho todo lo anterior, podemos indicar que la tendencia progresiva de la incorporación de la mujer al mundo del mercado laboral hace imprescindible crear mejores condiciones, oportunidades y disposiciones para así poder permitir y fomentar su óptima introducción a la fuerza laboral activa. Esto, además, debe ir acompañado de reales cambios de percepciones, opiniones y actitudes en nuestra sociedad con respecto al rol actual de la mujer y que no pueden ir en desmedro de los legítimos derechos que posee en su calidad de madre.

Es en este ámbito en que el Estado tiene un rol trascendental al respecto, puesto que, como vimos, uno de sus deberes fundamentales es propender al fortalecimiento de la familia como núcleo esencial de la sociedad y creemos que, a través de Políticas Gubernamentales, debe promover, fomentar y culturizar respecto del rol que la mujer ha de ocupar en el mundo laboral, sobre todo cuando ha de compatibilizarlo con su rol de madre.

Porque, hemos de entender que la maternidad tiene un carácter de bien jurídico en el más amplio sentido de la palabra, el cual debe ser consagrado por la legislación social ya que, como hemos podido apreciar a lo largo de nuestra Memoria, la protección de la maternidad es uno de los tópicos más importantes, tanto del Derecho del Trabajo como del Derecho Social en general, por cuanto al tutelarse a la madre no sólo se la cuida a ella sino que también al hijo y, por ende, a toda la comunidad. Por tal motivo, estas normas de carácter general van más allá de lo meramente laboral e interesan a la comunidad nacional como un todo y son un derivado del Derecho a la Vida, que, como señalamos, es el primero de los derechos humanos.

Los problemas que se derivan de la maternidad, aunque resulte obvio, se deben a que hasta ahora la responsabilidad sólo se ha centrado en las mujeres. En el cuidado de los niños existe en no pocas ocasiones un tremendo ausente, que es el padre. Cuando se ha hablado de igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, no significa sólo que las

²¹⁰ ENCLA, 1999.

²¹¹ Según información publicada en artículo de diario El Mercurio (septiembre de 1999), basada en un trabajo de Gálvez y Sánchez, MIDEPLAN 1998 (sobre la base de encuesta CASEN, 1997).

mujeres se incorporen al mundo laboral, que no tengan violencia intrafamiliar o previsión social, sino también en como los padres asumen su paternidad.

Ello, puesto que no hay que olvidar la responsabilidad de los padres en la crianza de los hijos. Un buen avance en ese sentido es que la legislación haya incorporado la posibilidad de que tanto la madre como el padre puedan encargarse del hijo en caso de enfermedad (así lo contempla el artículo 199 bis del Código del Trabajo, el cual fue incorporado a nuestra legislación a través de la Ley N° 19.505 de 25 de julio de 1997). En esto hay que separa el cuidado de niños y de la madre, relación afectiva de la madre-hijo, y la de padre-hijo. Son muchas las variables.

En la actualidad si bien existe la posibilidad de que el padre presente licencias médicas porque el hijo está enfermo, esto no se conoce ni se difunde. Y esto tiene que ver con un problema cultural. Muchos hombres se avergüenzan de presentar licencias médicas argumentando esta razón. Es este sentido, creemos que para terminar con los prejuicios se necesita la colaboración de los hombres que trabajan en el Gobierno; porque este no es un tema de mujeres, sino del país, de la sociedad toda. A partir de la preescolaridad hay que comenzar a educar a los niños enseñándoles que los hijos son responsabilidad compartida. Y esa es una de las tareas que también debe de asumir el Estado.

Por ello es que en lo relativo a la protección a la maternidad, el Estado juega un rol trascendental e, insistimos, debe establecer Políticas Gubernamentales que hagan que las disposiciones que tutelan la maternidad no sean simplemente programáticas y sean efectivamente aplicadas en la realidad social.

Por tal motivo, además, cualquier análisis de los costos a consecuencia de las normas laborales aplicables a las mujeres, constituye un objetivo indispensable para el desarrollo de tales Políticas de Gobierno que tiendan a evitar la discriminación de las mujeres en cuanto al acceso al trabajo, y a la calidad de éste, de tal forma que los costos de reproducción sean absorbidos por toda la sociedad y no en forma exclusiva por las mujeres trabajadoras.

Recordemos que en nuestro país existen normas de protección a la maternidad desde comienzos del siglo veinte. En 1917 se legisló sobre salas cunas, en 1924 sobre contrato de trabajo para los obreros que prohibía el trabajo de la mujer embarazada desde los cuarenta días antes y hasta veinte días después del parto, debiendo el patrón conservarle su puesto. Adicionalmente se estableció el seguro de enfermedad obrero que comprendía también a las enfermedades derivadas de la maternidad. Además hubo normas sobre la misma materia en el Decreto Ley 442 de 1925.

Con posterioridad, fueron dictándose sucesivas leyes hasta llegar a la legislación vigente hoy en día. Las disposiciones sobre protección a la maternidad, como hemos señalado, se encuentran contenidas en el Código del Trabajo en los artículos 194 a 208 inclusive; estos preceptos poseen un carácter estrictamente irrenunciable y son de aplicación general tanto para los trabajadores regidos por el Código del Trabajo (sector privado y empresas del Estado) como para aquellos que se rigen por las normas del Estatuto Administrativo. Ratifica todo lo anterior el artículo 194 del Código del Trabajo, al disponer que los trabajadores dependientes, cualesquiera sea su estatuto jurídico, se regirán por las normas sobre protección a la maternidad fijadas en él.

Aún más, indica la normativa antes citada que estos preceptos legales benefician a todas las trabajadoras que dependan de cualquier empleador, incluyendo aquellas que trabajen en su domicilio y, en general, a todas las mujeres que estén acogidas a algún sistema previsional. La legislación reitera, asimismo, el principio de no discriminación a que ya habíamos hecho referencia al iniciar el estudio sobre las normas laborales que protegen

la maternidad, señalando que ningún empleador podrá condicionar la contratación de las mujeres, su continuación, renovación del contrato, promoción o movilidad en su empleo a la ausencia o existencia de embarazos ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de embarazo.

En este último aspecto es importante recalcar lo dispuesto en el artículo 2° inciso segundo del Código del Trabajo que señala que: “Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”. Recalcando en su inciso tercero que entre los actos de discriminación se encuentran las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de sexo.

La mujer sufre discriminaciones de este tipo, desde que, como pudimos apreciar en Capítulos anteriores, el empleador considera que su incorporación a las empresas le acarrea más costos económicos, porque toma en consideración los derechos que le otorga la Ley Laboral, como lo son: derecho a descanso pre y post-natal, retribuido a través de un subsidio maternal; el derecho a salas cunas, derecho de la madre a dar alimento a sus hijos y derecho al fuero maternal los debe asumir exclusivamente ella. El empleador suele entender la maternidad como una situación exclusivamente femenina, no teniendo en cuenta que la maternidad es una situación que incumbe, como señalamos, a la comunidad en su totalidad, porque los derechos concedidos a la mujer no le son concedidos por el hecho de ser tales, sino en consideración a una situación especial en la cual se encuentra como es la maternidad.

¿Será entonces, ante tal situación, imposible conciliar los roles de madre y de trabajadora? Esta es una interrogante que hasta el día de hoy que no tiene una respuesta unívoca. Ello, porque hemos visto lo tardío que ha sido la incorporación de la mujer al mundo laboral en comparación a los hombres y una vez incorporada surge el hecho de que no les es fácil acceder a cargos mejor remunerados y porque, en iguales cargos, los hombres tienen mejores salarios que las mujeres. En efecto, en nuestro país, si bien se ha modificado la distribución de los niveles educativos por sexo, no se ha modificado substancialmente la distribución del ingreso.

Además, porque hemos podido apreciar que ha sido a la mujer a la que históricamente se le ha entregado la responsabilidad de hacerse cargo de las tareas del hogar y del cuidado de los hijos, lo que va, en no pocas ocasiones, en desmedro de sus posibilidades de ejercer trabajos remunerados. Ya señalamos que fue predominante por largos años la convicción de que el trabajo femenino fuera del hogar y la maternidad no eran compatibles, sin embargo, esto poco a poco se ha ido modificando y desde principios del siglo pasado se ha venido afianzando la idea, aunque no se ha verificado totalmente en la práctica, de que la sociedad y la empresa deben asegurar la compatibilidad entre el trabajo para el mercado que realizan las mujeres y su maternidad.

El rol de la Legislación Laboral, en este sentido, si bien tiene como propósito propender al cuidado de la madre trabajadora y de los hijos, en la práctica derivados de los mitos de indican que tal protección genera más costos para el empleador, la madre trabajadora se ve expuesta, como vimos en el Capítulo precedente, desde a presiones, y situaciones discriminatorias por parte del empleador, lo que hace que la legislación laboral en ese sentido se pueda volver tornar, como señalamos en el precitado Capítulo, contraproducente por cuanto restringe la posibilidad de la madre de incorporarse al mundo laboral, ya que sufre tales presiones y discriminaciones antes siquiera de ser contratada y que, como lo que como indicamos anteriormente, va por cierto directamente contra de lo dispuesto en el artículo 2° del Código del Trabajo y cuyo texto ya hemos reproducido.

No obstante lo anterior, debemos aclarar que aquello no necesariamente implica que la legislación al respecto sea totalmente, ineficiente o insuficiente, sino que, más bien, como analizamos en el Capítulo anterior, la situación apunta a que tanto los empleadores pero también la comunidad en su conjunto debiésemos entender que la maternidad no es sólo cuestión de las mujeres, sino una situación que involucra también a los hombres y, por ende, a la sociedad entera. Debíamos de comprender que las normas sobre protección a la maternidad no sólo protege a la mujer que es madre sino que está directamente vinculada con la protección de la familia y de los hijos que, como señalamos en un principio, los preceptos constitucionales parten precisamente por tutelarlos y el Estado debe, por mandato constitucional, asumir un rol activo en su resguardo.

CONCLUSION

RESULTADOS OBTENIDOS

Podemos sostener que en lo relativo al tema de nuestra Memoria, esto es, el análisis económico de las normas protectoras de la maternidad, comprobamos que estas no presentan la eficiencia que esperamos que tuviesen dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, planteamos en nuestra Memoria que para saber si una norma es eficiente o no, se partía sobre la base de que las normas de un sistema jurídico específico crean incentivos o desincentivos que guían, a las personas destinatarias de tales normas, a actuar de tal o cual manera. Indicamos que estos resultados a los cuales conduce la norma jurídica pueden ser considerados buenos o malos en el modelo de aplicación en estudio que, como tuvimos la oportunidad de señalar, se trata de comprobar si tales normas son eficientes o ineficientes, en el sentido de que la aplicación de aquella norma, da resultados que constituyen beneficios superiores a los de cualquier norma alternativa de aplicación o bien, el bienestar social alcanzado por la norma es el máximo posible para la sociedad.

Entendido así el concepto de eficiencia, hemos de concluir que las normas laborales protectoras de la maternidad no son eficientes, a lo menos en términos económicos, por cuanto, como tuvimos la oportunidad de analizar, no crean incentivos que induzcan a los actores, principalmente los empresarios, a querer cumplir la normativa laboral, no producen resultados que establezcan beneficios superiores a los de cualquier norma alternativa de aplicación ni tampoco el bienestar social alcanzado por la norma es el máximo posible para la sociedad. Por el contrario, vimos que las actitudes, esencialmente hostiles y discriminatorias para con las mujeres, adoptadas por los empresarios derivan de la creencia que la contratación de mujeres, principalmente en estado fértil, les generan costos muchos más altos que si contratase varones y que dicho mayor costo derivaba precisamente de la existencia de normas protectoras de la maternidad, por cuanto los derechos que contemplan esta normativa son, esencialmente, de cargo del empleador. Sin embargo, estimamos que no se toma en consideración que los costos derivados de la normativa protectora de la maternidad no deben ser única y exclusivamente adjudicados a las mujeres, por cuanto la maternidad también involucra a los varones y, por tanto, los costos de la maternidad debiesen distribuirse tanto entre mujeres como en los varones.

Consecuentemente, a raíz de que se considera a la mujer como única causante de los costos derivados de la maternidad, es que se produce la dificultad en su ingreso y desenvolvimiento dentro del mundo laboral. Y es en ese aspecto donde consideramos a las normas laborales protectoras de la maternidad, a lo menos desde el punto de vista económico, como ineficientes. Porque, como señalamos oportunamente, la incorporación de la mujer al mundo laboral no sólo la beneficia a ella en su desarrollo personal sino que en muchos casos es la fuente principal, y a veces única, de ingresos de su grupo familiar, además, de que también contribuye al desarrollo de la economía total del país, por cuanto la mujer ha logrado desenvolverse en áreas no ocupadas por los hombres y desarrollarse en forma competente en aquellas ya ocupadas por ellos y, porque además, contribuye a que

se eleve en forma importante la población económicamente activa del país lo cual conlleva a aumentar la productividad del país.

Por otro lado, si bien las normas protectoras de la maternidad aparecen beneficiando a las mujeres, como tuvimos la oportunidad de señalar, no son un beneficio exclusivo de ellas por el hecho de ser mujeres, sino que están abocadas a una situación especial en la cual éstas se encuentran y que es su maternidad, por consiguiente, esta normativa no sólo la protege a ella, sino que también a los recién nacidos, a los hijos menores y, por tanto, a la toda la Sociedad, lo cual incluye, por cierto, a los varones. Lo que se está en el fondo atendiendo es preservar el desarrollo, entre otros, económico del país: puesto que lo que se busca es establecer condiciones para que las mujeres puedan responder a los requerimientos de mano de obra que el país necesita, sin generar con ello obstáculos serios al crecimiento de la población, en razón de que no tuviesen que optar entre privilegiar su maternidad o privilegiar su derecho a trabajar.

Dado lo anterior es que consideramos la normativa laboral ineficiente en términos económicos, dejando con esto en claro que no desconocemos las virtudes que ésta pueda presentar en otros aspectos, como por ejemplo, de salud. En efecto, uno de los objetivos de la normativa protectora de la maternidad es contribuir con la buena salud de la mujer embarazada, los recién nacidos y los hijos menores, en términos que se regulan situaciones como el descanso pre y postnatal que ha de tener la madre trabajadora, el tiempo en que la madre ha de tener permisos para alimentar al hijo menor o las autorizaciones para cuidar al hijo enfermo grave, entre otras circunstancias.

Sin embargo las virtudes que pueda tener desde otros ámbitos, nosotras, considerando sólo el aspecto económico, estimamos que la normativa laboral protectora de la maternidad no es eficiente. En efecto, y como ya planteamos en líneas anteriores, la creencia de que la contratación de mujeres genera costos más elevados que la contratación de varones se basa exclusivamente en el hecho de la existencia de esta normativa protectora de la cual se tiene la creencia que protege exclusivamente a la mujer. De hecho, tomando como base la Encuesta realizada por la Dirección del Trabajo, la cual tuvimos oportunidad de analizar, los empresarios no tiene otro motivo para considerar más altos los costos de contratación de mujeres que la existencia de tal normativa laboral, por cuanto la mayor parte de los derechos que ella establece tienen que ser cubiertos monetariamente por el empleador. Sin embargo, no existe estudio alguno que demuestre que efectivamente sea mucho más elevado el costo de contratar mujeres con relación a la contratación de varones. Es más, se ha señalado que aún cuando esos costos puedan ser efectivamente superiores, estos no lo son en forma significativa como se quiere hacer creer y, por tanto, no se justifica las brechas remuneracionales entre varones y mujeres, diferencia que aumenta conforme aumenta tanto el nivel educacional como el grado en el mismo cargo de hombres y mujeres. Ello, por cuanto no es equitativo la diferencia remuneracional con el señalado mayor costo que implica la contratación de mujeres, dicho en otros términos, no se justifica la remuneración mas baja de las mujeres en relación al de los varones por igual labor realizada aduciendo que esto se debe a los supuestos mayores costos que implica su contratación.

De este modo, no es el hecho de los embarazos y, por tanto, la maternidad de las mujeres lo que es mal visto por los empresarios para contratarlas sino que es la legislación que protege la maternidad lo que utilizan como “excusa” para dificultar su contratación o derechamente no contratarlas, por cuanto no existe disposición alguna en nuestra legislación que haga obligatorio para los empresarios la contratación de mujeres, principalmente en estado fértil y su argumento para la no contratación es, como hemos planteado, los mayores costos que le implica su contratación.

A modo de resumen, concluimos que la normativa laboral protectora de la maternidad no es eficiente, en términos económicos, por las siguientes razones:

Porque genera diferencias remuneracionales entre varones y mujeres que desarrollan un mismo trabajo. Además, tal desigualdad remuneracional aumenta mientras más alto sea el cargo ocupado o más alto sea el nivel educacional de los trabajadoras/es.

Porque la diferencia de remuneraciones es debido a la creencia de que las normas protectoras de la maternidad genera mayores costos de contratación de mujeres, por cuanto sólo son adjudicados tales costos a ellas. Esto produce que muchas mujeres se desalienten para incorporarse al mundo del trabajo por cuanto siendo ya complicada el combinar los roles de madre con trabajadora, esto se hace aún más complicado si las remuneraciones no cumplen con las mínimas expectativas deseadas.

La excesiva regulación laboral protectora de la maternidad que si bien produce por una parte, como señalamos, beneficios sociales, de salud, entre otros, provoca por otro lado que los empleadores decidan no contratar mujeres, principalmente en edad fértil, por cuanto no existe normativa que obligue los empresarios a contratarlas, sea en toda la empresa, sea en un área específica de ella.

Porque el ejercicio de los derechos derivados de la normativa protectora de la maternidad, salvo ciertas excepciones como por ejemplo: muerte de la madre en período postnatal en cuyo caso el tiempo restante puede hacer uso de él el padre del menor, pueden ser realizados sólo por la madre trabajadora, lo cual justifica, en cierta medida, que los empleadores adjudiquen los costos de contratación de mujeres derivados de la normativa protectora sólo a ellas y no repartido entre mujeres y varones.

Porque la adjudicación casi exclusiva al empleador de los gastos que implican la implementación de los derechos derivados de la normativa protectora de la maternidad, hace que éste se los traspase a las trabajadoras, lo cual se refleja por medio, entre otras maneras, de las remuneraciones más bajas de éstas.

2. OPINIONES SOBRE LA MATERIA

Habiendo señalado, en el párrafo anterior, que consideramos que la normativa protectora de la maternidad no es eficiente desde el punto económico. En este párrafo señalaremos cuales son, a nuestro modo de ver, los cambios y/o modificaciones que debiese experimentar la normativa laboral protectora de la maternidad con el fin de que de que ésta sea efectivamente utilizada, que no sea tratada de eludir en su aplicación por parte de los empleadores.

1. En primer lugar, creemos que uno de los puntos más delicados de la normativa laboral que protege la maternidad es ciertamente la falta de información que las trabajadoras poseen respecto de la extensión, de los contenidos de la normativa protectora y ello proviene tanto por la propia falta de interés de las trabajadoras de conocer sus derechos como por la despreocupación, en ocasiones deliberada, por parte de los empleadores de no entregar información a las trabajadoras relacionada con de la normativa laboral que estamos analizando. De ello se deriva que el desconocimiento, de algunas o todas, las normas protectoras de la maternidad por parte de las trabajadoras produce que éstas no tengan una exacta noción de sus derechos y, por tanto, no pueden exigirlos. Lo cual

se torna grave considerando que los derechos establecidos por la normativa laboral son irrenunciables y, acá por desconocimiento de la misma es que no se hace uso de ellas.

De ahí que creemos que la normativa que estamos revisando no sólo debiese ser exhaustiva en cuanto a detallar a quienes va dirigida la protección laboral, cuales son los derechos de las madres trabajadoras o la forma en que deben hacerse efectivos, sino que además debiese contemplar o considerar pautas o formulas para que la normativa sea efectivamente conocida por sus destinatarios.

En efecto, ¿cuál es la razón de ser de una normativa que conteniendo derechos esenciales, como lo es aquella que protege la maternidad, sea desconocida por sus destinatarios? Se podría argumentar, siguiendo al Derecho Civil, que según contempla en el artículo 8° del Código Civil que: “Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia” y, por tanto, que no tendría la normativa laboral porque contener norma especial al respecto para que las disposiciones protectoras de la maternidad sean conocidas.

Pues bien, creemos que en materia laboral, a diferencia de la civil, las partes no se encuentran en un plano de igualdad, a lo menos económicamente como lo señalamos, por tanto le corresponde, si bien no legal pero si éticamente, un papel importante a los empleadores el contribuir a que las trabajadoras conozcan cuales son los derechos que protegen su maternidad. Es decir, debiesen informarles a las trabajadoras, en forma clara, cuales son los derechos que les otorga la normativa laboral, para que ellas, con conocimiento y sin presiones por parte del empleador puedan hacer uso de los derechos que tal normativa les concede.

2. En segundo lugar, otra de las modificaciones que debiese experimentar la normativa laboral protectora de la maternidad dice relación con que varios de los derechos exigen un número mínimo de trabajadoras dentro de las empresas para poder ejercerlos. En efecto, los derechos de sala cuna y el permiso de alimentación, contemplados en los artículos 203 y 206 del Código del Trabajo respectivamente, exigen que las empresas cuenten con un mínimo de 20 trabajadoras para que puedan tener acceso a estos derechos.

No encontramos argumento alguno para que la normativa haga este distingo, por cuanto la maternidad es una sola y los cuidados que ella requiere no son distintos si la trabajadora labora en una empresa con veinte o más mujeres o en una con menos de veinte mujeres. No se puede aducir que las empresas sean pequeñas, por cuanto la baja empleabilidad femenina de las éstas no es indicador de que la empresa sea pequeña así, por ejemplo, una empresa puede tener 18 trabajadoras y 500 trabajadores, con lo cual no se puede considerar pequeña a esta empresa. Por ende, no siendo este un argumento para establecer la diferenciación de estos derechos entre empresas con veinte o más trabajadoras y las con menos de veinte trabajadoras y no habiendo, como indicamos, otra razón alguno que lo justifique, consideramos que la normativa debiese ser extensiva a todas las trabajadoras, independientemente del número de mujeres que existan en las empresas que laboran. Por tanto, estamos de acuerdo en que los derechos que otorga la normativa protectora de la maternidad no debe variar, pero si deben ampliarse el ejercicio de los derechos mencionados a un mayor número de trabajadoras (no limitarlo, en el caso de los derechos de alimentación y sala cuna sólo a las empresas que cuenten con 20 y más trabajadoras). Pero, por el contrario, y como analizamos en el Capítulo anterior, muchas veces los empleadores contratan menos de 19 mujeres con el sólo fin de no tener que asumir los costos de implementar los derechos antes mencionados.

A este respecto es importante reiterar, pues la vimos en el Capítulo Segundo, la crítica elaborada por el profesor William Thayer Arteaga a propósito de la obligación de sala cuna, pues indica que: “El artículo 203 mantiene el absurdo de obligar a las empresas que dan trabajo a veinte o más trabajadoras (de cualquier edad o estado civil) con la obligación de disponer de salas anexas e independientes del local de trabajo, en donde las madres puedan dar alimento a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras ellas estén en el trabajo, o pagar el costo de ese servicio (inciso 5° del mismo artículo). De manera que si no contratan mujeres, o su número es inferior a veinte, se ahorran el gasto. Consecuencia inevitable de no reconocer este gasto como contingencia derivada de la seguridad social es que, siendo este cargo patronal, bajan la remuneración y la oportunidad de trabajo de la mujer y, algo más grave, se desconoce el derecho natural de la criatura a la leche materna, salvo que en la empresa se empleen veinte o más trabajadoras²¹².”

Por ello, consideramos que la reglamentación relativa a los derechos derivados de la maternidad, que incluye por cierto a las salas cunas, debiera reclinarsse hacia la seguridad social y no implicar sólo un recargo en los costos para el empleador o la empresa, pues ello conspira -y en este punto coincidimos con el profesor Thayer Arteaga- contra la igualdad de opción al trabajo de la mujer. En efecto, como vimos en el párrafo anterior, no sólo se atenta contra la igualdad en la opción al trabajo de las mujeres, sino que todos los costos asociados a la maternidad le son traspasados exclusivamente a ellas y no a los trabajadores varones.

3. Por último, hemos de señalar, que debiesen de crearse incentivos, con el fin de que la normativa laboral protectora de la maternidad sea cumplida estableciendo u otorgando mayores derechos con el fin de velar por la maternidad de las trabajadoras y no sólo quedarse en los mínimos que decreta la ley. En efecto, de los Estudios y Encuestas que analizamos, se concluye que los beneficios que las empresas otorgan a las trabajadoras embarazadas y a las madres, en general no superan en mínimo que establece la legislación. Ello se agrava porque las titulares de los derechos muchas veces no los ejercen, aún cuando estos, como señalamos, sean irrenunciables. Se cumple la ley, pero directamente entre los sindicatos, los empleadores e incluso los trabajadores no se aprecian iniciativas destinadas a perfeccionar la protección de la maternidad. Pero, sin duda, hay aspectos en que la acción diligente e interesada de las partes podrían conseguir importantes mejoras en la protección de la maternidad a nivel de las empresas, sin que ello implique incrementar los costos de los empleadores (costos que son, por cierto, un tema trascendental en esta materia, como vimos, por cuanto incide en la contratación de las mujeres en las empresas).

Este es el caso de las presiones que sufren las trabajadoras a raíz del embarazo, de las condiciones ambientales en que se desempeñan y el cambio de puesto de trabajo. Asimismo permitiría reconocer la diversidad de situaciones que ocurren en los establecimientos y los diferentes comportamientos que adoptan las trabajadoras en relación con la maternidad, dando así mayores posibilidades para que la ley se ajuste a estos intereses.

Hemos de señalar, para finalizar, que si bien es cierto las modificaciones que sugerimos debiesen hacerse no están abocadas sólo a términos económicos, si inciden en ese aspecto, por ejemplo, en lo relativo a la distribución de los costos, por cuanto si tales costos no sólo se atribuyesen en forma casi exclusiva a los empleadores, éstos no eludirían la contratación de mujeres, ya que no podrían argumentar que les resulta más costoso que contratar varones en el mismo puesto de trabajo.

²¹² Thayer Arteaga, William. 2001. Op. cit. p. 193-194.

Pero lo importante de todo esto, es que más que modificar la normativa protectora de la maternidad para hacerla eficiente y, por consiguiente, que sea efectivamente aplicada la normativa laboral, lo que falta es un profundo cambio de mentalidad en el sentido de que entendamos que la maternidad no es sólo una circunstancia adjudicable a la mujer, sino que es una situación que compete a la Sociedad toda.

De tal manera que si comprendemos aquello, podrán los legisladores plasmar tales cambios en la normativa, porque si se establecen derechos que no han de ser efectivamente utilizados, entonces la consagración será meramente programática, sin efectivos prácticos y lo que anhelamos es precisamente lo contrario, esto es, una legislación protectora de la maternidad que sea efectivamente aplicada por cuanto de verdad resulta trascendente para todos los actores sociales, principalmente para los empresarios, ya que su aplicación debe ser compatible con los fines lucrativos de las empresas, ya que este es uno de los puntos más importantes al momento de aplicar la normativa protectora de la maternidad, la cual debe ser compatible con los fines lucrativos de las empresas.

De hecho, en la actual normativa, son diversas las formas de cumplir la normativa protectora por parte de los empleadores (entre ellas el pago de un bono que reemplaza la obligación de proporcionar salas cunas que aunque no es lo establecido por el artículo 203 del Código del Trabajo), los cuales le producen costos menores.

Por cierto, esperamos que este cambio de mentalidad suceda más pronto que tarde.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMO, LAIS. 2001. Los costos laborales de la protección a la maternidad y del cuidado infantil. Santiago, Chile. Editorial de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T)

ABRAMO, LAIS y TODARO ROSALBA. 2002. Cuestionando un mito: costos laborales de hombres y mujeres en América Latina. Lima, Perú. Organización Internacional del Trabajo (O.I.T), Oficina Regional para América Latina y el Caribe.

BALTRA CORTES, ALBERTO. 1968. Teoría Económica I. Segunda Edición. Santiago, Chile. Editorial Andrés Bello.

BARCIA LEHMANN, RODRIGO. 1998. Contratos desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho. Talca, Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.

BELMAR ALTAMIRANO, RODNEY. 2001. La maternidad y su protección legislativa: Visión de la jurisprudencia administrativa y judicial. Memoria para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.

BENITEZ MONTAGLIO, MARÍA CAROLINA y BUSTAMANTE SASMAY, CAROLINA. 2002. Protección a la maternidad y sus incidencias en la relación laboral. Memoria para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Universidad Central de Chile.

CALABRESI, GUIDO. 1984. El Coste de los Accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil. Barcelona, España. Editorial Ariel S.A.

CATALAN, FELIPE IGNACIO. 1999. Acerca del análisis económico del derecho. Memoria para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Adolfo Ibáñez.

CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. 1999. Curso de Derecho Constitucional. Tomo III. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. 1999. Curso de Derecho Constitucional. Tomo I. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

CENTRO DE ESTUDIOS DE LA MUJER (C.E.M.). 1991. La reproducción de la discriminación de la empresa moderna. Santiago, Chile

CENTRO DE ESTUDIOS DE LA MUJER (C.E.M.). 2001. ¿Trabajadora o madre? Un dilema que no puede ser. Santiago, Chile.

COASE, RONALD H. 1960. El problema del costo social. Journal of Law and Economic. University of Chicago Press.

COMISION DE ESTUDIOS LABORALES 1999. Santiago, Chile. Código del Trabajo: Comentarios, concordancias, jurisprudencia administrativa y judicial de 2001. P: 1-7.

COMPENDIO ESTADISTICO 1990. Santiago, Chile. Instituto Nacional de Estadísticas (I.N.E.)

- CHILE. Ministerio de Salud. 2004. Ley 19.966: Régimen de Acceso con Garantías Explícitas. 25 de septiembre 2004
- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO EXITO. Edición año 1991. Barcelona, España. Grupo Editorial Océano.
- DICCIONARIO DE LOCUCIONES USUALES Y VOCES EXTRANJERAS. 1991. Barcelona, España. Editorial Océano.
- FIGUERAS, JOSÉ ALBERTO. 2001. Ronald Coase, a cuarenta años de un artículo. Revista de Actualidad Económica N° 51, año XII. Madrid, España. Mayo-diciembre 2001.P: 1-7.
- FRANK, ROBERT. 1992. Microeconomía y conducta. Madrid, España. Editorial Mc Graw Hill.
- GOBIERNO DE CHILE. Servicio Nacional de la mujer. 2001. [en línea]. <http://www.muiereschile.cl/> [consulta: agosto, 2002]
- HENRIQUEZ, HELIA y RIQUELME, VERONICA. 1996. Cuaderno de Investigación N° 3. Las Normas que protegen la Maternidad en Chile: El comportamiento de las empresas. Santiago, Chile. Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo.
- HICKS, JOHN R. 1954. Investigación sobre algunos principios fundamentales de la teoría económica. México y Argentina. Fondo de Cultura Económica.
- HUMERES NOGUER, HECTOR. 2000. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICAS (I.N.E.). 1994. Mujeres en Chile: radiografías en números. Santiago, Chile.
- LERDA, SANDRA y TODARO ROSALBA. 1996. ¿Cuánto cuestan las mujeres?: Un análisis de los costos laborales por sexo. Santiago, Chile. Centro de Estudios de la Mujer.
- LIZAMA PORTAL, LUIS. 1998. Análisis Económico del Derecho y la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales. Santiago, Chile. Estudios en Homenaje de William Thayer.
- LIZAMA PORTAL, LUIS y UGARTE, JOSÉ LUIS. 1998. Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Conosur Limitada.
- LIZAMA PORTAL, LUIS. 2002. El Derecho del Trabajo y la Economía. Santiago, Chile. Taller de Memoria, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- MARCO NAVARRO, FLAVIA. 1999. Consecuencias económicas de la discriminación laboral por género. Memoria para optar al grado de Magíster en Derecho Económico. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- MENGOD JIMENO, ROSA MARÍA. 1999. Apuntes de Clases: Derecho Laboral I. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- MERCADO PACHECO, PEDRO. 1985. Análisis económico del Derecho y utilitarismo: convergencias y divergencias. 1985. España. Editoriales Telos. Volumen III.
- NEGRETE HILL, GABRIELA. 2001. De la protección a la maternidad en la legislación chilena del trabajo. Memoria para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valparaíso, Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Valparaíso.

NOVOA FUENZALIDA, PATRICIO y THAYER ARTEAGA, WILLIAM. 1998. Manual del Derecho del Trabajo. Tercera edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo III.

NOVOA M., LORETO. 2002. ¿Quién se hace cargo de la maternidad? Revista de Mujer a Mujer N° 1028, Diario La Tercera. Santiago, Chile. 8 de junio de 2002.P: 21-25.

OTÉY A., JACQUELINE. 2002. Prolongación del período postnatal....Revista de Mujer a Mujer N° 1030, Diario La Tercera. Santiago, Chile. 6 de julio de 2002.P: 19-22.

PARETO, VILFREDO. 1945. Manual de Economía Política. Buenos Aires, Argentina. Editorial Atalaya.

PASTOR SANTOS. 1989. Sistema jurídico y economía: Una introducción al análisis económico del derecho. Madrid, España Editorial Tecnos.

PLA RODRIGUEZ, AMERICO. 1998. Los principios del derecho del trabajo. Buenos Aires, Argentina. Editorial de Palma.

PEÑA GONZALEZ, CARLOS. 2000. Análisis económico de las instituciones legales. Santiago de Chile. Revista Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales.

POBLETE JIMENEZ, CARLOS. 2001. Seguridad social: parte positiva. Apuntes de clases. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

PODUJE, LEONOR y WALKER, FRANCISCO. 1999. La mujer en el trabajo y protección a la maternidad en Chile. Revista Economía & Administración. Santiago, Chile. P: 49- 54.

POLINSKY, MITCHELL. 1995. Introducción al análisis económico del Derecho. Barcelona, España. Editorial Ariel S.A.

PORTUGAL, ANA MARÍA y WEBER PAULINA. 1998. Situación laboral de la mujer en Chile. Santiago, Chile. Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM).

POSNER, RICHARD. 1977. Segunda edición. Economic analysis of law, Boston y Toronto. Editorial Little Brown and Company.

POSNER, RICHARD. 1992. Análisis Económico del Derecho. Londres, Inglaterra. Editorial Little Brown and Company.

POSNER, RICHARD.1998. El Análisis Económico del Derecho. México. Editorial Fondo de Cultura Económica.

POSNER, RICHARD. 1998. Quinta edición. Economic analysis of Law. Nueva York. Editorial Aspen Law & Business.

POSNER, RICHARD. 1983. The Economic of Justice. Cambridge, Estados Unidos. Harvard University Press.

ROTHBARD, MURRAY. 1995. Algunas teorías alternativas sobre la libertad. Madrid, España. Editorial Unión.

SAMUELSON, PAUL. 1994. Economía. Decimocuarta edición. Madrid, España. Editorial Mc Graw Hill.

SCHAFER, HANS y OTT, CLAUS. 1991. Manual de análisis económico del derecho civil. Madrid, España. Editorial Tecnos.

STUARDO, ANTONIO. 2002. El Plan AUGE y sus repercusiones. Santiago de Chile. Diario electrónico El Gong, 6 de enero de 2002. <http://www.diarioelgong.cl/> [consulta: 20 de noviembre de 2004].

THAYER ARTEAGA, WILLIAM. 2002. Texto y Comentario de Código del Trabajo. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

TORRES LOPEZ, JUAN. 1987. Análisis económico del derecho: Panorama doctrinal. Madrid, España. Editorial Tecnos.

TORRES LOPEZ, JUAN. 2000. Sobre la ida y vuelta al liberalismo de la economía y del derecho. 2000. Granada, España. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. 1997. La igualdad jurídica y la discriminación laboral: Revisión de algunas situaciones problemáticas. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

UGARTE, JOSÉ LUIS. 1999. Igualdad Jurídica y Protección a la Maternidad: Notas sobre la Reforma Laboral de la Ley 19.591. Santiago, Chile. Revista Laboral Chilena.

UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. 2001. El Derecho del Trabajo y sus enemigos: aproximación al Análisis Económico del Derecho. Montevideo, Uruguay. Fundación Cultura Universitaria.

UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. 1997. Mujer, discriminación y derecho. Santiago, Chile. Revista Laboral Chilena