



UNIVERSIDAD DE CHILE

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

***PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD Y EL AMPARO
DE LAS TRABAJADORAS DURANTE EL FUERO
MATERNAL.***

PROYECTO DE MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL
GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

POR

MARCELO ANDRÉ NAVARRO MARDONES
15.371.762-1

Profesor Guía: María Eugenia Montt Retamales

Santiago, Chile
2015

TABLA DE CONTENIDOS

OBJETIVO.....pág. 4

INTRODUCCIÓN.....pág. 6

CAPÍTULO I: “EL FUERO MATERNAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA”

1.1 Concepto de fuero maternal: análisis del concepto en doctrina, legislación y jurisprudencia.....pág. 12

1.2 Protección a la maternidad:.....pág. 21

A) Constitución Política de la República.....pág. 22

B) Código del Trabajo.....pág. 23

C) Otras leyes.....pág. 25

CAPÍTULO II: “DERECHOS QUE LE ASISTEN A LA MUJER TRABAJADORA AMPARADA POR EL FUERO MATERNAL”

2.1 Derecho a descanso por maternidad.....pág. 31

a) Descanso pre natal.....pág. 32

b) Descanso post natal.....pág. 35

c) Descanso post natal parental.....pág. 39

2.2 Derecho a servicio de Sala Cuna.....pág. 42

2.3 Permiso para alimentar al hijo o hija.....pág. 45

2.4 Permiso por enfermedad grave del hijo o hija.....pág. 48

2.5 Derecho a no realizar labores incompatibles con el estado de gravidez.....pág. 52

2.6 Obligación del procedimiento de desafuero.....pág. 55

CAPÍTULO III: “CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA LEGAL VIGENTE”

3.1 Expectativa de garantía de la trabajadora.....pág. 62

3.2 Perspectiva de cumplimiento por el empleador. Discriminación contra la mujer embarazada.....pág. 67

3.3 Ambiente laboral propicio para el desarrollo normal de la mujer trabajadora que se encuentre en periodo de gravidez o puerperio.....pág. 72

CAPÍTULO IV: “SISTEMA DE FISCALIZACIÓN DE INFRACCIONES”

4.1 Denuncia ante la Inspección del Trabajo.....pág. 78

A) Formalidades de la denuncia.....pág. 80

B) Requisitos para poder hacer la denuncia.....pág. 81

C) Sistema de generación de fiscalización.....pág. 83

4.2 Oportunidad y efectividad de la fiscalización.....pág. 85

4.3 Desamparo ante abusos del empleador.....pág. 89

CAPÍTULO V: “EL FUERO MATERNAL EN EL DERECHO COMPARADO”

5.1 Análisis de la Legislación Europea.....pág. 94

5.2 Análisis de la Legislación Sud Americana.....pág. 106

5.3 Análisis de la Legislación Norte Americana.....pág. 113

CAPÍTULO VI: “PROPUESTA DE SOLUCIONES PARA PROTECCIÓN DE LA MUJER TRABAJADORA AMPARADA POR EL FUERO MATERNAL”

6.1 Modificaciones a la legislación vigente.....pág. 118

6.2 Modificación de la institucionalidad vigente.....pág. 126

6.3 Modificaciones al procedimiento de fiscalización.....pág. 128

CONCLUSIONES.....pág. 132

BIBLIOGRAFÍA.....pág. 135

OBJETIVO DEL TRABAJO.

1) Planteamiento del problema:

En nuestra legislación existen una serie de normas que regulan la protección o defensa de la mujer dentro de la labor productiva, en especial los casos en que la mujer trabajadora se encuentra en periodo de gravidez o puerperio. Dichas normas han pretendido proteger de forma integral a las mujeres que, sea por necesidad o por proyección personal, se encuentran insertas en las actividades productivas durante el periodo de embarazo y crianza de sus hijos.

No obstante lo anterior, esta etapa de la mujer, que debería significar un periodo de dicha y felicidad, muchas veces se ve opacada por una serie de problemas que van surgiendo al interior de su ambiente laboral, ocasionados primordialmente por la posición ventajosa en que se encuentra el empleador.

Es así como en muchas ocasiones, la mujer trabajadora se ve enfrentada a situaciones de arbitrariedad y abusos, que lo que hacen es conculcar sus derechos y menoscabar su situación como madre. Ante estos actos la ley permite y otorga a la mujer trabajadora el derecho de interponer un reclamo ante la inspección del trabajo respectiva, a fin de que se fiscalicen estos hechos.

Sin embargo, y a pesar de este derecho conferido por la legislación nacional, el procedimiento fiscalizador de la inspección del trabajo no permite tutelar a

cabalidad los derechos de la madre trabajadora, debido a la poca celeridad del mismo y a la falta de fiscalizadores especializados en este tipo de infracciones.

2) Hipótesis de trabajo:

Atendido lo expuesto en el punto anterior, el presente trabajo tiene como objetivo buscar y proponer alternativas de solución a esta situación desmedrada, que impide el cumplimiento cabal de la legislación vigente y que hace inertes los esfuerzos realizados por el legislador en el sentido de acrecentar la protección de la mujer trabajadora, especialmente aquellas que se encuentran en etapa de embarazo y puerperio, y que por tanto, gozan del fuero maternal otorgado y consagrado en el Código del Trabajo y reforzado por diversas leyes especiales en la materia.

Para ello se realizará un análisis sustantivo y crítico de la legislación vigente y de la regulación específica del procedimiento fiscalizador aplicado por la Inspección del Trabajo, a fin de detectar cuales son los principales problemas u obstáculos que impiden el ejercicio pleno de los derechos otorgados a la mujer trabajadora.

Además se analizará la legislación comparada y los procedimientos aplicados para estos casos por instituciones estatales extranjeras, a fin de poder determinar posibles soluciones que permitan implementar nuevos procedimientos o nuevas institucionalidades dentro del proceso fiscalizador para, con ello, dar total protección a la mujer trabajadora que goce de fuero maternal.

INTRODUCCIÓN.

“Las normas sobre protección a la maternidad establecen una serie de derechos a favor de la madre y, en algunas situaciones, en beneficio del padre. En general todas estas normas responden a una inquietud de la sociedad actual de encontrar formas de compatibilizar el papel de la mujer en la reproducción con su creciente participación en las actividades productivas”.¹

Desde hace mucho tiempo, las mujeres se incorporaron a la labor productiva, pasando a formar parte de la población trabajadora de nuestra sociedad. Con ello, se comenzaron a generar una serie de discusiones acerca de las diferencias que se producían en el campo laboral entre mujeres y hombres, tanto en los cargos que desempeñan en las empresas así como a las posibilidades de ascenso dentro de las mismas.

Sin embargo, no cabe duda alguna que una de las principales diferencias existentes entre el sexo femenino y el sexo masculino es la capacidad natural de la mujer de encontrarse en estado de gravidez, y la imposibilidad biológica del hombre respecto del mismo proceso vital. Así las cosas y a pesar del creciente intento de posicionarse en igualdad, se quiera o no, mujer y hombre deben ser

¹ GONZÁLEZ G., X. 2008. Tema de colección: Protección a la maternidad. En: LEGALPUBLISHING. (Eds.) Manual de consultas laborales y previsionales. Santiago, Chile. Legal Publishing. pp. 19-52.

tratados de distinta forma respecto de dicha situación, pues es imposible desconocer la veracidad de tal divergencia.

Por ello, y debido a la creciente tendencia de que la mujer se iguale al hombre respecto de sus posibilidades de desarrollo personal y social, es que con el correr de los últimos años, en nuestro país se ha ido desarrollando un fenómeno social en relación con la integración de la mujer en las actividades productivas, siendo cada vez mayor la participación femenina en empleos asalariados y en el mercado de trabajo. Junto con dicho proceso de integración femenina se ha ido demarcando con claridad las funciones que debe cumplir la mujer en la sociedad, no sólo como trabajadora, sino también como madre.

Es así como en el momento en que la mujer comienza a tomar parte en la vida laboral debe tener siempre presente dicha bifuncionalidad, puesto que el embarazo va produciendo ciertos cambios hormonales, biológicos y corporales que modifican la forma de desarrollo normal, y con ello se impide y limita en algunos casos la realización de ciertas conductas propias de la vida laboral.

Es por lo señalado anteriormente, que se ha afirmado por algunos autores que *“En el ámbito del derecho del trabajo encontramos lo que dice relación con la protección a la mujer en la estabilidad y condiciones de su empleo, lo que implica un conjunto de normas jurídicas que atienden a la protección del trabajo de la mujer*

embarazada o puérperas, destinadas a facilitar a la madre el cumplimiento de sus obligaciones maternas...".²

Por ello es que nuestro legislador se ha visto en la necesidad de establecer ciertos derechos a favor de las mujeres trabajadoras, buscando siempre el poder compatibilizar esta doble función de la mujer en la vida familiar y laboral, sin entorpecer ninguna de ellas, sino más bien velando por el bienestar de la futura madre y de la vida del niño que está por nacer, a fin de poder darles protección ante la posibilidad de que, estando insertas en algún empleo, se encuentren en estado de gravidez, con todas las consecuencias y cambios que ello implica.

En esta constante búsqueda de nuestro legislador de poder brindar la protección necesaria a la mujer en su condición de madre y de trabajadora, se ha desarrollado diversa normativa, estableciendo también fuertes sanciones en aquellos casos en que se infringen dichas normas, validando con ello el claro sentido protector de dicha legislación.

Así entonces nos encontramos con las disposiciones del Código del Trabajo, comprendidas en el Libro II, Título II, artículos 194 a 208, de dicho cuerpo legal, en donde se establecen claramente las limitaciones al empleador respecto de la relación laboral con las trabajadoras durante su periodo de embarazo y post parto. Así también podemos ver en diversas Leyes como se amplía el campo de

² GONZÁLEZ G., X. 2008. Tema de colección: Protección a la maternidad. En: LEGALPUBLISHING. (Eds.) Manual de consultas laborales y previsionales. Santiago, Chile. Legal Publishing. pp. 19-52.

protección a las trabajadoras, como por ejemplo la Ley N° 19.505, sobre permisos especiales a los trabajadores en caso de enfermedad grave de hijo menor de 18 años; la Ley N° 20.166, sobre la ampliación del derecho de alimentar al hijo a todas las mujeres que tengan hijos menores de 2 años; la Ley N° 20.545, que amplía el descanso postnatal a 6 meses y amplía los derechos referentes a este descanso, entre otras disposiciones, que serán tratadas en detalle en el transcurso de este trabajo.

No obstante lo anterior, de un tiempo a esta parte han surgido en muchos estratos de la sociedad la duda respecto de si la legislación vigente es suficiente para cubrir toda la problemática laboral que se suscita para la mujer trabajadora en su relación laboral, cuando ésta, por el hecho de estar embarazada, queda acogida al fuero maternal. Si bien en la teoría se ha intentado dar completo amparo a la trabajadora, en la práctica dicho amparo no se ajusta estrictamente a legislación sobre la materia, puesto que la mujer trabajadora debe enfrentar diversas situaciones de hecho que no se contemplan dentro de la normativa.

Así las cosas y para dar cabal cumplimiento a la legislación vigente, es de suma importancia el rol que juega en esta protección a la maternidad la Dirección del Trabajo, a través de sus facultades de fiscalización. Si bien se han establecido por dicha entidad sanciones y multas económicas muy altas para las infracciones que se refieren a la materia que nos convoca, el problema se presenta en el momento en que la trabajadora es objeto de alguna arbitrariedad y desea realizar el

reclamo ante la Inspección del Trabajo respectiva, puesto que se enfrenta a un trámite del todo engorroso, lento y burocrático, que termina por hacer inoficiosa dicha instancia y agotadora para una mujer en estado de gravidez.

Ante esto, el presente trabajo lo que busca es hacer un análisis legal crítico de la situación actual en que se encuentran las trabajadoras acogidas a fuero maternal, puesto que si bien legalmente están protegidas y amparadas por diversa normativa, en la práctica se encuentran en gran indefensión y desventaja frente a la posición mejorada en que se encuentra el empleador.

“En los últimos años, la protección a la maternidad se ha visto jalonada por los progresos de la legislación, la evolución de la práctica en el lugar de trabajo y el aumento de las expectativas sociales en relación con los derechos de las trabajadoras durante sus años de crianza. Pero las ventajas que se han ido obteniendo no han conseguido resolver el problema fundamental que experimentan la mayoría de las mujeres trabajadoras (sino todas) en algún momento de sus vidas profesionales: la desigualdad de trato en el empleo a causa de su función procreadora”³

Ahora bien, no se puede dejar de mencionar que existen ciertas oportunidades en que los empleadores atienden de forma correcta las necesidades y respetan debidamente los derechos de las mujeres trabajadoras, cuando estas se encuentran en estado de puerperio, pero se debe indicar que estos son los casos minoritarios, pues la mayoría de las veces, nos encontramos con las prácticas de

³ MELIS V., C. y SÁEZ C., F. 2000. Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Conosur Ltda. TOMO II.

hostigamiento y desigualdades de parte de las empresas y empleadores, quienes ven más como un problema el hecho de que una trabajadora sea madre.

Frente a todo esto, nuestra legislación no ha tenido respuestas concretas ni tampoco ha podido mejorar la situación ya mencionada, dejando a su propia ventura a las trabajadoras en estado de gravidez o puerperio. Si bien se han dado algunos atisbos de ciertas soluciones y se han propuesto nuevas regulaciones que buscan mejorar la condición de la mujer trabajadora amparada por el fuero maternal, todas con la finalidad de favorecer y permitir un mayor desarrollo a la mujer en su condición de madre, estas se van diluyendo en el debate nacional.

En este trabajo se intentarán dar ciertas bases de mejoramiento ante esta situación de completa injusticia e indefensión práctica, en que se encuentran nuestras trabajadoras y madres en Chile. Para ello se analizará en concreto la reglamentación chilena sobre la materia, se analizará también la protección a la maternidad en el derecho comparado, para luego intentar esbozar soluciones prácticas y legales que pueden ser aplicadas en nuestro país para poder dar una solución veraz y concreta a la problemática planteada.

CAPÍTULO I:

“EL FUERO MATERNAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA”

1.1.- Concepto de fuero maternal: análisis del concepto en doctrina, legislación y jurisprudencia.

Para comenzar este trabajo de análisis respecto de la institución del Fuero Maternal, es conveniente comenzar por la revisión del concepto en un ámbito doctrinario, para luego pasar a revisar su conceptualización y los alcances que esta tiene en nuestra legislación.

Así las cosas, para el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la palabra fuero proviene del vocablo latín *FORUM*, palabra que significa Tribunal, refiriéndose además al *poder o jurisdicción que tiene una persona*. También se define el término fuero como *aquel de que gozan unas personas para llevar sus causas a ciertos Tribunales por privilegio del cuerpo de que son individuos*.⁴

De lo anterior se puede desprender que el término fuero se refiere, en primer lugar, a la protección especial que les entrega la legislación a ciertas personas, en atención a su función o cargo que desempeñan o a una distinta situación en que se encuentren, dentro del ámbito del trabajo que realizan.

⁴ Diccionario de la Real Academia 22ª Edición números, encontramos otras acepciones: nro. 7. m. Der. Competencia a la que legalmente están sometidas las partes y que por derecho les corresponde y nro. 8. m. Der. Competencia jurisdiccional especial que corresponde a ciertas personas por razón de su cargo. Fuero parlamentario.

Podemos ver que la definición de fuero, refiriéndose a una especial protección legal, puede tener distintas fuentes o ámbitos según la situación particular o cargo que desempeña la persona que requiere de esta protección. Así podemos ver que existen distintos tipos de fuero, militar, sindical, eclesiástico, militar, maternal, entre otros.

Ahora bien, atendida la inclusión en el concepto de fuero de la palabra jurisdicción y Tribunales, es posible también, en segundo lugar, definir que el término fuero se refiere a la forma en que deben conocerse los juicios o procedimientos en que se encuentren involucradas personas que gozan de protección especial atendida su situación personal o cargo que desempeñan.

En doctrina el término fuero es definido en forma genérica en el sentido de tratarse de un una especial forma de protección que establece la ley para ciertos trabajadores y trabajadoras que se encuentran en un especial estado de vulnerabilidad y que consiste fundamentalmente en que aquéllos no podrán ser despedidos, sino previa autorización judicial por alguna de las causales que dispone la ley.

Entonces, especificando el término de fuero en relación a la condición personal del embarazo, nos podemos centrar en buscar la definición de “fuero maternal”, el cual se puede definir como “aquel privilegio o protección que se le entrega a la mujer trabajadora que se encuentra embarazada, a fin de darle estabilidad y permanencia a su relación laboral durante su periodo de

vulnerabilidad”⁵, protección que se extiende al desarrollo de su trabajo, así como a su permanencia en el mismo.

Pasando ahora a la conceptualización legal, podemos partir analizando el artículo 174 del Código del Trabajo, en el cual se hace referencia al fuero laboral, disponiendo que “...el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente...”, lo cual nos señala que, aquella especial protección a que se refiere el fuero, parte por la restricción que tiene el empleador de poner término al contrato de trabajo sin autorización judicial previa.

Luego, el artículo 201 del mismo cuerpo legal, especifica esta protección especial referida a la mujer embarazada y al tiempo en que se encuentra protegida por el fuero. Dicha disposición legal dispone que durante el periodo de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, la trabajadora embarazada estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174, que trata según vimos, la prohibición del empleador de poner término al contrato de trabajo sin autorización judicial previa.

Así también nos encontramos con una serie de dictámenes de la Dirección del Trabajo, en los cuales se busca establecer la aplicación casuística de la normativa referida al fuero, en todos sus ámbitos, por ejemplo, el dictamen de la Dirección del Trabajo Nº 3483/139 del 24 de junio de 1996, sobre la caducidad del fuero sindical; el dictamen de la Dirección del Trabajo Nº 4777/221 del 14 de

⁵ Gaceta Jurídica Nº 202, del año 1997, pág. 181.-

diciembre de 2001, relativo a la forma de comunicar el inicio del fuero sindical; el dictamen de la Dirección del Trabajo Nº 4535/209 del 05 de agosto de 1994, sobre la continuidad del fuero maternal de un trabajo a otro, entre otros.

Luego al buscar el concepto en la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia, nos encontramos con sentencias uniformes de la Corte de Apelaciones de Santiago, las cuales se han referido constantemente a que el fuero es más bien una garantía que impide el despido sin autorización judicial, la cual se otorgará sólo en determinados casos debidamente establecidos en nuestra legislación.

Así también la Excelentísima Corte Suprema, ha indicado que el fuero maternal es aquel privilegio que se extiende hasta por un año después de expirado el descanso maternal, de lo que resulta que la relación laboral se mantiene durante dicho periodo, siendo por ello del todo procedente mantener la remuneración por tal tiempo.⁶

Con todo lo anteriormente expuesto, podemos ahora con mayor consistencia, entrar en la definición propia de lo que es el FUERO MATERNAL, el cual debe entenderse como aquel privilegio consistente en la protección especial concedida a la mujer trabajadora que se encuentre en situación de embarazo, que busca mantener su estabilidad laboral con la prohibición del empleador de poner término a la relación laboral desde el inicio del embarazo, y hasta un año después de terminado el descanso maternal.

⁶Libro de Sentencias Laborales, correspondiente al mes de Marzo de 1999.

Así podemos ver que, esta protección especial otorgada a la trabajadora, se produce específicamente por su condición de gravidez, y por ello el legislador ha mostrado su interés de proteger no solamente a la mujer trabajadora, sino que la finalidad de dicho fuero es permitir el debido cuidado del hijo desde el momento de su concepción.

Con ello, vemos que el bien jurídico protegido por el fuero maternal es, tanto la *estabilidad laboral* de la trabajadora así como también la *maternidad*, como un acontecimiento de la naturaleza humana. Estos dos aspectos son igualmente relevantes dentro de la institución, toda vez que lo que se busca es que la mujer trabajadora durante su periodo de embarazo, tenga tranquilidad, y no sufra el temor de perder su fuente laboral, brindándole la seguridad jurídica de que durante su embarazo y hasta un año después del descanso maternal contará con los recursos necesarios para satisfacer las necesidades básicas propias y las de su hijo.

En términos generales, podemos decir que el fuero maternal participa de las mismas características que cualquier otra institución comprendida en el derecho del trabajo, pero como institución independiente además posee algunas que le son propias en razón de su naturaleza protectora, puesto que el fuero maternal es una institución en constante evolución, característica por lo demás inherente al derecho del trabajo en general.

El fuero maternal se sitúa dentro de una protección integral a la maternidad, la cual tiene una consagración positiva tanto a nivel nacional como internacional; esto se traduce en las disposiciones contenidas en los diferentes cuerpos legales, en especial el Código del Trabajo y en los múltiples tratados y convenciones aprobados y ratificados por nuestro país respectivamente.⁷

ANÁLISIS HISTÓRICO:

El fuero maternal como privilegio de la mujer embarazada, se enmarca dentro del ámbito de la protección a la maternidad, protección que con el transcurso del tiempo ha ido experimentando una serie de variaciones tanto formal como conceptualmente, siempre en respuesta a las diversas necesidades sociales y económicas que cambian con el paso de la historia.

Los primeros indicios de evolución se manifiestan en los primeros años del siglo XIX, época en que existía una casi nula consideración al estado de gravidez de la mujer, cuando esta se encontraba desempeñando algún tipo de trabajo, pero fue una época en que inició la preocupación por los cuidados y precauciones que debía tener la madre durante su periodo de embarazo.

Luego en el siglo XX se fue manifestando de forma más explícita la protección que se pretendía dar a la mujer trabajadora que se encontrara en estado

⁷ CAAMANO ROJO, Eduardo. Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 2009, n.33 pp. 175-214.

puerperal, partiendo con la primera conferencia de la O.I.T., realizada en la ciudad de Washington en el año 1919 en la cual se aprobó el Convenio N° 3, sobre “Protección de la Maternidad”, tanto en su aspecto laboral como previsional, a partir del cual se pudo comenzar a considerar la maternidad como un “estado” merecedor de protección formal.⁸

Luego en la Declaración de Filadelfia se especifica que uno de los objetivos de protección por parte de la O.I.T. es precisamente la maternidad y la infancia, asamblea en la cual se aprobó el Convenio N° 103, en el año 1952, que revisa el anterior Convenio N° 3, dedicando un título especial “De la Protección de la Maternidad”.⁹

Ahora bien, la protección a la maternidad se fue consagrando también en otras instancias, pudiendo encontrar recomendaciones de ello en la “Declaración Universal de los Derechos del Hombre” de 1948, también en la “Carta Internacional de Garantías Sociales” de 1948 (Bogotá), y además en las diversas “Conferencias del Trabajo de la O.I.T” realizadas en Santiago en 1936, en La Habana en 1939, y en Montevideo en 1949.

Asimismo, podemos encontrar también en el “Convenio Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo” N° 158 del año 1982, que se establece el

⁸ Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3), Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto (Entrada en vigor: 13 junio 1921) Adopción: Washington, 1ª reunión CIT (29 noviembre 1919) - Estatus: Instrumento en situación provisoria (Convenios Técnicos). En Chile dicho convenio fue aprobado el 15 de septiembre de 1925.-

⁹ Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103) Convenio relativo a la protección de la maternidad (revisado en 1952) (Entrada en vigor: 07 septiembre 1955) Adopción: Ginebra, 35ª reunión CIT (28 junio 1952) - Estatus: Instrumento que ha sido superado (Convenios Técnicos).

resguardo de la relación de trabajo, recomendando la prohibición de poner término a la relación laboral por motivo de embarazo o ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

A partir del año 2000, en la convención celebrada en Ginebra, en la cual se aprobó el Convenio N° 183, que revisaba el anterior Convenio N° 103, el que tomó una real importancia, por cuanto con ello se sentarían las bases para el nuevo milenio, en lo que a protección de la maternidad se refiere.

Con lo anterior, se ha llegado en la actualidad a considerar a la maternidad como un estado de preocupación que debe enfrentar la sociedad en su conjunto y no solamente la madre. Ello cobra especial importancia si consideramos que la población femenina mundial envejece cada día, privilegiando la estabilidad laboral y postergando la posibilidad de ser madre, sobre todo en países de la Unión Europea, también en economías emergentes, y en países latinoamericanos con economías dinámicas como la de Chile, donde, que si bien se han establecido sistemas adecuados de protección a la maternidad, aún son insuficientes.

En Chile la evolución de la protección de la maternidad, y la institución del fuero maternal que la acompaña, han ido desarrollándose en paralelo con las convenciones y recomendaciones de organizaciones como la O.I.T. y de otros organismos internacionales, que van orientando a los estados respecto de la bases de esta institución de protección.

Luego de la Independencia de nuestra nación, y durante la vigencia de normativas, como la “novísima recopilación”, no existían normas de carácter uniforme que se refirieran a la protección de la maternidad y en especial al fuero maternal. Fue en el Gobierno de don Arturo Alessandri Palma que se comenzó a dar a los trabajadores una protección más integral, en especial a las mujeres embarazadas y otros trabajadores que se encontraran en alguna situación especial.

Una de las primeras leyes con tintes sociales fue la ley N° 3.185¹⁰, en la cual se hacía expresa mención a la protección a la mujer, refiriéndose a la obligación de mantener salas cunas a los establecimientos o empresas con más de 50 trabajadoras. A partir de ello, el trabajo legislativo comenzó a incrementarse en torno a la protección laboral, sobre todo desde la adhesión de Chile a la O.I.T., luego de los cambios sociales que experimento el mapa mundial, en razón del término de la I guerra mundial, en el año 1919.

Luego, en el año 1924, se dicta la Ley N° 4.053, ¹¹ la cual establece de forma preliminar el descanso de la mujer embarazada con motivo de dicha condición, en la cual se hace referencia al trabajo obrero, prohibiendo el trabajo de la mujer

¹⁰ 13 de Enero de 1917, Sobre Dictación de Reglamentos necesarios para la explotación(explotación) de los servicios de agua potable i(y) saneamiento; i dispone que con las utilidades que se obtengan se instalarán nuevos servicios (y)i se mejorarán los existentes de acuerdo con el plan que se indica.

¹¹ Fecha Publicación: 29-Septiembre de 1924; Fecha Promulgación: 08 septiembre de 1924. Posteriormente el N° 4 del Art. 574 del DFL 178, Bienestar Social, publicado el 28 de mayo de 1931, que refundió en un solo texto la presente ley con las demás leyes referentes al trabajo, derogó esta norma. El Art. 576 dispone que dicho texto refundido regirá 6 meses después de su publicación.

embarazada durante los 40 días anteriores al parto y los 20 días siguientes, debiendo el patrón reservar su puesto.

En la misma época, se dictó la Ley N° 4.054, en la cual se establecía la obligación de mantener un seguro de enfermedad para el sector laboral obrero, el cual debía incluir también la cobertura a las prestaciones médicas que deriven el estado de maternidad y del parto. Con la dictación del D.L. N° 442 en el año 1925, la protección a la maternidad fue regulada de manera más específica en la clase obrera, estableciendo la obligación de salas cuna y el deber del patrón de pagar un subsidio del 50% de su remuneración y reservar el puesto a la mujer embarazada durante su descanso prenatal.

En el año 1931 en nuestro país se dictó el Código del Trabajo, el cual vino a concentrar y unificar todas las normas que regulaban la protección a la maternidad, específicamente se estableció en el título III del libro II el conjunto de normas que buscaban proteger a la mujer embarazada en el trabajo. A partir de él se han ido introduciendo modificaciones a este título tendientes a mejorar la situación de la mujer trabajadora, siempre en miras de la evolución de esta institución en el ámbito internacional y de las recomendaciones y avances de la O.I.T. en la materia.

1.2.- Protección a la maternidad:

En la actualidad la protección a la maternidad en nuestro país ha tenido progresos considerables, extendiendo los ámbitos en los cuales debe darse dicha protección, consagrándose ciertas normas que de manera expresa regulan el deber de proteger a la mujer embarazada. Esta consagración se ha hecho a nivel constitucional, con lo cual se ha irradiado su aplicación a otras fuentes normativas, a fin de dar una protección completa a la mujer trabajadora que se encuentre en periodo de embarazo. En la continuación veremos donde y de qué manera encontramos desarrollada la protección de la maternidad en nuestra legislación.

A) Constitución Política de la República.

En la Constitución Política de la República de 1980 contiene las primeras normas referidas a la protección a la maternidad, pero como referencia genérica a la protección de la vida. De forma preliminar se establece en el inciso segundo del artículo 1º de nuestra carta magna, la cual al asentar las bases de la institucionalidad, como orden principal, dispone de forma expresa que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

Luego nuestra Constitución, al momento de establecer los derechos fundamentales, en su artículo 19, numeral 1, inciso segundo, establece que *“La ley*

protege la vida del que está por nacer”,¹² debiendo entenderse con ello el resguardo del proceso de gestación que se da durante el embarazo. Más adelante y de forma genérica, el numeral 16 del mismo artículo, señala que nuestra constitución garantiza la libertad de trabajo y su protección, lo cual permite entender que dicha protección está precisamente destinada a evitar la discriminación y abusos laborales por encontrarse en condiciones particulares, como es en este caso el estado de gravidez.

Por último, en el artículo 19 numeral 16 de nuestra Constitución Política de la República, se reconoce el derecho a la libertad de trabajo y, con ello expresamente se ordena la protección al mismo, sea cual sea el trabajo que se desempeña.

Ahora bien cabe mencionar que nuestra Carta Fundamental reconoce el sometimiento de nuestra legislación y soberanía a los derechos esenciales emanados de los tratados internacionales ratificados por nuestro país, dentro de los cuales se deberán considerar una serie de normas sobre esta materia, lo cual está expresado por la vía del artículo 5º de la Constitución Política de la República.

B) Código del Trabajo.

¹² Figueroa García-Huidobro, Rodolfo. (2007). Concepto De Persona, Titularidad Del Derecho A La Vida Y Aborto. Revista de derecho (Valdivia), 20(2), paginas 95-130.

El Código del Trabajo es la normativa que contiene en mayor medida y de forma específica la protección a los trabajadores. Así en el Libro II de este cuerpo legal, cuyo título es “*DE LA PROTECCIÓN A LOS TRABAJADORES*”. En este libro se entregan las condiciones generales acerca de la protección que se debe entregar a los trabajadores en el desempeño de sus labores.

Así, en el Título II del Libro II, se entregan las normas específicas acerca “*De la Protección a la Maternidad*”. En este capítulo nos encontramos no sólo con las disposiciones relativas al fuero que asiste a la trabajadora en estado de embarazo, sino también hace referencia a las formas en que se les da la protección referida, las cuales se pasarán a detallar en el capítulo siguiente, tales como el derecho a descanso pre natal y post natal, derecho a servicio de sala cuna, permiso para alimentar al hijo o permiso por enfermedad grave del hijo, entre otros.

De forma preliminar en el artículo 174 se establece la imposibilidad para el empleador de poner término al contrato de trabajo de ciertos trabajadores que se encuentran en circunstancias o condiciones especiales. Así en el artículo 201 del Código del Trabajo, se le concede este derecho a la trabajadora durante el periodo de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, el descanso post natal en este caso, periodo durante el cual la trabajadora se encontrará amparada por lo dispuesto en el artículo referido.¹³

¹³ Incluso se extiende beneficio a trabajadoras con contrato de aprendizaje, conforme ORD.: N° 0537/07 Las trabajadoras sujetas a contrato de aprendizaje contemplado en el Capítulo I, Título II del Libro I del Código del Trabajo, son beneficiarias de las normas sobre protección a la maternidad y en tal carácter se encuentran

En el artículo 194 del Código del Trabajo, en su inciso cuarto, se establece el derecho a la no discriminación con motivo de existencia o ausencia de embarazo, y la prohibición al empleador de exigir algún certificado o examen para verificar el estado de gravidez de la trabajadora, sea para su contratación, permanencia o movilidad en el lugar de trabajo.¹⁴

Así también en el artículo 195 del mismo cuerpo legal se establece el derecho a descanso por maternidad, antes y después del parto, determinando con ello el derecho legal al pre y post natal, descanso que últimamente ha sido regulado por nueva legislación, especificándose sus condiciones particulares y la forma de hacerlo efectivo.

En general el Código del Trabajo contiene la regulación del fuero laboral, y dentro de ésta el fuero maternal, para detallar luego cada uno de los derechos que evidencian la protección que el legislador pretende entregarle a la mujer trabajadora en estado de gravidez, derechos que luego serían regulados, especificados o modificados por nuevas leyes.

C) Regulación en otras leyes.

amparadas por el fuero maternal, Santiago, 06.02.2014 De : María Cecilia Sánchez Toro, Abogada, Directora Del Trabajo

¹⁴ El Dictamen N° 3.342/048, 1.09.14, fija sentido y alcance de los artículos 194 y 207 bis, del Código del Trabajo en su texto fijado por la ley N° 20.764 “Estas disposiciones beneficiarán a todos los trabajadores que dependan de cualquier empleador, comprendidos aquellos que trabajan en su domicilio y, en general, a todos los que estén acogidos a algún sistema previsional.”.-Del nuevo texto del inciso 1° del precepto legal transcrito se desprende, que las normas del artículo 194 y siguientes del Código del Trabajo buscan proteger la maternidad, la paternidad y la vida familiar.

Tal como se señalara en el punto anterior, para poder dar cobertura legal a todas las situaciones que se plantean respecto del fuero maternal, se hace necesaria la creación de nuevas leyes que puedan contener la regulación específica y la aplicación práctica de los derechos establecidos en el Código del Trabajo, para las mujeres amparadas por el fuero maternal.

En este sentido, nos encontramos con una serie de leyes que han sido dictadas por nuestros legisladores que, además de promover la protección a la maternidad, introducen modificaciones y reformas a la legislación vigente en nuestro país.

Así, en primer término, podemos encontrar la Ley N° 19.250,¹⁵ en la cual se establecen una serie de permisos y subsidios propios de la maternidad, pero esta vez en favor del padre. Por ejemplo, que en caso de fallecer la madre, los permisos y subsidios del período postnatal corresponden al padre; y el permiso para cuidar al hijo enfermo de hasta un año de edad, puede ser otorgado al padre.

Estas disposiciones son, sin duda, un avance, en cuanto se modifica la concepción tradicional de la maternidad como una responsabilidad exclusiva de las mujeres. Es importante considerar que estos derechos se otorgan al padre cualquiera sea la calidad - natural o legítima -, del hijo.

¹⁵ Ley 19.250.- Fecha Publicación: 30 de septiembre de 1993, Fecha Promulgación 23 de septiembre de 1993, Modifica Libros I, II y V Del Código Del Trabajo, Artículo 2472 Del Código Civil Y Otros Textos Legales.

Así también, nos encontramos con la Ley N° 19.591,¹⁶ que incorporó un conjunto de nuevos derechos para la mujer trabajadora. Esta ley constituye un nuevo avance en el logro de igualdad de condiciones para que la mujer acceda al mundo del trabajo y sean reconocidos en plenitud su dignidad y derechos.

Se destacan como las principales reformas de esta ley: a) Prohibición de discriminar a la mujer por estado de gravidez; b) Fuero maternal para la trabajadora de casa particular; c) Extensión del derecho de sala cuna, reemplazando el concepto de establecimiento por el de empresa.

Como se verá a través del presente documento, la mujer que trabaja tiene un conjunto de derechos, que se generan por el sólo hecho de la maternidad, sin que se requiera de una autorización previa u otra formalidad. La única exigencia que la ley establece es el certificado de un facultativo que acredite el estado de embarazo y los trámites propios de una licencia médica para el pago de los períodos de permiso que la ley otorga.

Tenemos también la Ley N° 20.166,¹⁷ en la cual se extiende el derecho de las madres trabajadoras para poder amamantar a sus hijos, aún cuando en el establecimiento de trabajo no exista sala cuna. Así establece que el permiso de amamantamiento, que es de 1 hora legal, se podrá ejercer en la establecimiento

¹⁶ Fecha Publicación: 09 de noviembre de 1998; Fecha Promulgación: 30 de octubre de 1998, Modifica El código Del Trabajo En Materia De Protección A La Maternidad

¹⁷ Fecha Publicación: 12 Febrero de 2007; Fecha Promulgación: 31 de enero de 2007, Extiende El Derecho De Las Madres Trabajadoras A Amamantar A Sus Hijos Aun Cuando No Exista Sala Cuna.

“sala cuna” o en el lugar en que se encuentre el hijo, considerando este tiempo como trabajado.

Por último, y como norma de mucha importancia, encontramos la Ley N° 20.545¹⁸, la cual introduce una serie de reformas y modificaciones a la legislación vigente en materia de fuero maternal. En esta Ley se aumentan y complementan los derechos ya establecidos, principalmente los siguientes:

- Hace extensible el permiso por nacimiento de un hijo, al padre que se encuentre en proceso de adopción, a diferencia de la norma anterior que otorgaba el derecho a quien ya se le hubiese concedido la adopción.
- Se incorpora como beneficiario del descanso postnatal o del resto de él, en caso de fallecimiento de la madre, a la persona a quien fuere otorgada la custodia del niño, en caso que el padre no tuviere el cuidado personal.
- El padre que haya sido privado del cuidado personal del menor, por sentencia judicial, perderá el derecho a subsidio y fuero, haciendo esto aplicable también a quien tenga el cuidado personal en caso de no ser el padre.
- Se dispone que, a las mujeres embarazadas y puérperas, deberá conservárseles sus puestos de trabajo durante los períodos de descanso, incluido el permiso postnatal parental.

¹⁸ Fecha Publicación: 17 de octubre de 2011 Fecha Promulgación: 06 de octubre de 2011; Modifica Las Normas Sobre Protección A La Maternidad E Incorpora El Permiso Postnatal Parental

La situación actual en que se encuentra el fuero maternal en Chile es bueno en términos generales, si bien es cierto está consagrado expresamente el fuero maternal para la mujer trabajadora, aún existen muchos resquicios legales utilizados por los empleadores para discriminar a la trabajadora embarazada y no respetar su fuero; aún mas, existe la tendencia preconizada por el empresariado chileno¹⁹ a presionar para disminuir los plazos de descanso pre y posnatal, revelando una posible “flexibilidad” en la protección a la maternidad. Es por ello que la protección del convenio N° 103 y N° 183 de la O.I.T. nos darán las pautas a seguir en esta materia para los años venideros.

¹⁹ Observaciones De La Confederación De La Producción Y Del Comercio Al Proyecto De Ley En Materia De Duración Del Descanso De Maternidad (Boletín 7526-13)

CAPÍTULO II:
“DERECHOS QUE LE ASISTEN A LA MUJER TRABAJADORA AMPARADA
POR EL FUERO MATERNAL”

Tal y como se desarrollara en el capítulo precedente, el fuero maternal es el principal derecho establecido por nuestro legislador para poder brindar protección a la mujer trabajadora que se encuentra embarazada y en el tiempo inmediatamente posterior al parto. Sin embargo éste derecho o régimen especial de protección, si bien es el primero y más importante, no es el único derecho establecido a favor de la mujer trabajadora durante su periodo de maternidad.

La protección a la maternidad, se encuentra regulada en el Libro II Título II del Código del Trabajo, al referirse en términos generales sobre la protección a los trabajadores, y en términos específicos, está regulada entre los artículos 194 y 208 del cuerpo legal antes citado, en los cuales se establecen los derechos a favor de la mujer trabajadora en su condición de madre.

En este sentido, es preciso señalar que los derechos contenidos en las normas legales referidas, tienen su origen inmediato el sólo hecho de encontrarse una trabajadora en estado de embarazo, no siendo necesaria autorización previa alguna u otra formalidad, más que la de acreditarse el estado de gravidez por parte de la trabajadora.

Ahora bien, y sin perjuicio de encontrarse regulados estos derechos en el

Código del Trabajo, este principio de protección a la mujer trabajadora que se encuentre en estado de embarazo, tiende a universalizarse, pues estas disposiciones han sido establecidas con el fin de beneficiar a todas las trabajadoras que dependan de cualquier empleador, incluso aquellas que trabajen desde su propio domicilio y, en general, todas las mujeres que estén acogidas a algún sistema previsional, constituyéndose así en normas de aplicación amplísima.²⁰

En esta misma línea, y considerando el sentido de universalidad de las disposiciones que brindan protección a la maternidad, normas de carácter general e indiscriminatorio, nuestro legislador se preocupó de resguardar la observancia de estas normas mediante el establecimiento expreso de la irrenunciabilidad de los derechos establecidos a favor de la trabajadora.

Dicho lo anterior, corresponde estudiar en el presente capítulo los derechos específicos que le asisten a la trabajadora durante el periodo de embarazo, realizando su análisis de forma particular, a fin de obtener una visión global de la legislación vigente sobre la materia.

2.1.- DERECHO A DESCANSO POR MATERNIDAD.

Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 195 de nuestro Código del trabajo, el cual consagra expresamente el derecho irrenunciable de la trabajadora para ausentarse por un periodo determinado de tiempo, antes y después del parto, recibiendo como subsidio el equivalente a su remuneración

²⁰ HÚMERES NOGUER, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I. Décimo Octava Edición, 2009, pp. 255-256.

habitual y garantizándole el legislador la inamovilidad de su fuente laboral.²¹

En este sentido, podemos ver que el descanso de maternidad se divide en un descanso durante el periodo de embarazo y anterior al parto, y un descanso durante el periodo de puerperio, una vez haya tenido acaecimiento el nacimiento del hijo, descanso prenatal y descanso postnatal, respectivamente.

Con ello podemos ver que los objetivos claros de este derecho a descanso son el producto de la concepción, la salud de la madre durante el periodo de embarazo y el bienestar del hijo recién nacido, y hasta un periodo determinado. Para ello se establece la prohibición de las embarazadas y puérperas de trabajar durante los periodos de descanso maternal, la irrenunciabilidad de los descansos de maternidad, y la garantía de conservación de los empleos durante los periodos de descanso.

A) Descanso pre natal.

Tal como se refiriera en párrafos anteriores, este descanso se encuentra consagrado en el artículo 195 del Código del Trabajo, el cual dispone expresamente que *“Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto...”*, fijando con ello el tiempo de duración del descanso pre natal.

Cabe tener presente que, señal inequívoca de encontrarse una mujer embarazada es el hecho tangible de la ocurrencia nacimiento del hijo. En consecuencia, la maternidad es determinada por este hecho biológico que es el

²¹ Artículo 195 inciso 1º Código del Trabajo: *“Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce después de él”*.

parto. En este sentido el legislador quiso abarcar más allá del concepto mismo de maternidad, estableciendo este descanso previo al parto o nacimiento del hijo.

Es de toda lógica que este descanso tiene por objetivo el cuidado de la salud de la trabajadora embarazada, puesto que el parto pone fin al periodo de embarazo y con ello, pone fin también a este periodo de descanso. Ahora bien, sin perjuicio que el embarazo tiene una duración mucho mayor, nuestra legislación laboral limitó este descanso sólo a una fracción del embarazo, que son 6 semanas antes del parto.

En este sentido, y tal como para acreditar el estado de embarazo la trabajadora deberá presentar un certificado extendido por un médico o matrona competentes, para poder gozar del descanso pre natal, la trabajadora deberá acreditar con un certificado similar que el embarazo ha llegado al periodo establecido, esto es, 6 semanas antes de la fecha estimada de parto.²²

i) Permiso pre natal suplementario.

Sin perjuicio de encontrarse claramente establecido y delimitado el periodo de descanso a que tiene derecho la trabajadora con motivo de su embarazo, nuestro legislador estableció un permiso suplementario al pre natal propiamente tal, el cual tiene por objetivo cuidar la salud de la madre que sufra alguna enfermedad que sea consecuencia directa del periodo de gestación.

²² Artículo 197 Código del Trabajo: *“Para que la trabajadora pueda solicitar este beneficio deberá presentar ante el jefe de establecimiento, empresa, servicio o empleador, un certificado médico o de matrona que acredite que el estado de embarazo a llegado al periodo fijado para obtenerlo”*.

En este sentido, se estableció el denominado descanso pre natal suplementario, el cual no tiene establecido o delimitado un periodo exacto de duración, toda vez que su extensión dependerá de cada caso en particular, en atención a la complejidad de la enfermedad que sufra la madre con motivo del embarazo, y será determinado por los profesionales responsables de las atenciones médicas preventivas y curativas.

La enfermedad que sufra la trabajadora deberá acreditarse con certificado médico y, supone como requisito sine qua non, que la enfermedad se produzca como consecuencia directa del embarazo, de manera que una enfermedad relacionada, pero ajena a éste estado, no confiere el derecho a este descanso suplementario.

ii) Permiso pre natal prorrogado.

Tal como se señalara, el descanso pre natal tiene su inicio 6 semanas antes de la fecha probable de parto, por lo que para determinar el comienzo de este descanso será necesario que el médico o matrona fijen cual es esa fecha probable.

Sin embargo, como lo dice el mismo término, esta es una fecha probable o estimativa, por cuanto el momento en que se produzca el alumbramiento o nacimiento del hijo, no tiene una fecha cierta y específica. De tal manera, se puede dar la situación de que, una vez que hayan transcurrido las 6 semanas establecidas como descanso pre natal, aún no haya acaecido el parto, sin que existan complicaciones médicas para ello.

Este es el supuesto que contempla el descanso pre natal prorrogado, el cual tendrá lugar siempre que el parto o nacimiento del hijo se produzca con posterioridad a las 6 semanas de duración del descanso pre natal, y su duración estará determinada hasta el acaecimiento del alumbramiento y por todo el tiempo que exceda de las 6 semanas previamente señaladas.

B) Descanso post natal.

De la misma forma como se reseñara anteriormente, este descanso se encuentra consagrado en el artículo 195 del Código del Trabajo, el cual dispone expresamente que *“Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad ... y doce después de él”*, con lo cual se fija y determina de manera específica la duración del descanso post natal propiamente tal.

Como se puede ver, este descanso es más amplio que el descanso pre natal, toda vez que el propósito que tuvo el legislador para establecer este derecho fue la madre se ocupe directamente del cuidado del hijo, siendo el doble objeto de la protección tanto el bienestar de la madre como el del hijo recién nacido.

Para poder tener derecho a gozar de este descanso, será menester acreditar a través de un certificado médico o de matrona, el hecho de haberse producido el nacimiento del hijo, con lo cual se ha puesto fin al estado de embarazo, pasando la madre al estado puerperal en el cual deberá cuidar del recién nacido.

Ahora bien, sin perjuicio de estar establecidas por regla general las 12

semanas de descanso para la madre una vez ocurrido el nacimiento, nuestro legislador se preocupó de regular las complejidades que pudiere tener el parto, al tratarse de un hecho natural, a través de la dictación de la Ley N° 20.545, publicada el 17 de Octubre de 2011, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo en lo que se refiere a la protección a la maternidad.

En primer lugar, se estableció un aumento del descanso post natal para el caso de los nacimiento prematuros, es decir cuando el parto tuviere acaecimiento antes de la trigésimo tercera semana de gestación, o cuando el niño al nacer pesare menos de 1500 gramos. En estos casos se estableció por el legislador que el descanso post natal propiamente tal se incremente de 12 a 18 semanas. En este caso lo que se busca proteger es el especial cuidado y protección que requiere un hijo cuando se encuentra en esta situación.²³

Así también, mediante la dictación de la Ley N° 20.545, se introdujo una modificación a nuestro Código del Trabajo, en el sentido de contemplarse un aumento o adición al descanso post natal propiamente tal, en los casos en que al acaecimiento del parto se produzcan el nacimiento de más de un hijo, es decir, en los casos de partos múltiples. En este sentido, el legislador otorgó un aumento del descanso post natal de 7 días corridos, por cada uno de los hijos nacidos a partir del segundo. Así por ejemplo, el nacimiento de trillizos significará un aumento de

²³ Artículo 196 inciso 4° Código del Trabajo: *“Cuando el parto se produjere antes de iniciada la trigésimo tercera semana de gestación, o si el niño al nacer pesare menos de 1.500 gramos, el descanso postnatal del inciso primero del artículo 195 será de dieciocho semanas”*.

14 días corridos a las 12 semanas ya establecidas.²⁴

Ahora bien, en los casos en que se produzcan simultáneamente al momento del parto las dos situaciones referidas en los párrafos anteriores, es decir, si se produjere un parto múltiple antes de que se inicie la trigésimo tercera semana de gestación o si, existiendo un parto múltiple alguno de los recién nacidos pasara menos de 1.500 gramos, nuestro legislador estableció la aplicación de la regla que signifique un mayor aumento al descanso post natal.

i) Situaciones particulares.

En el caso del descanso post natal, también se dan algunas situaciones particulares, producto mismo de ser el nacimiento o parto un hecho natural, situaciones tales como la interrupción del embarazo, el nacimiento de un hijo muerto o la muerte del recién nacido. Nos detendremos a realizar un somero análisis acerca de estas circunstancias.

En este sentido, es preciso señalar que para que proceda el descanso post natal es necesario y como condición esencial, el acaecimiento de un parto o alumbramiento. No se exige en ningún caso como requisito que el hijo nazca vivo o que se mantenga vivo durante el periodo de descanso. Así las cosas, existiendo parto procede que a la trabajadora se le otorgue el descanso post natal, pues uno de los objetos de este descanso es la salud de la madre.

²⁴ Artículo 196 inciso 5° Código del Trabajo: *“En caso de partos de dos o más niños, el período de descanso postnatal establecido en el inciso primero del artículo 195 se incrementará en siete días corridos por cada niño nacido a partir del segundo”*.

Por ello, si la trabajadora que haya dado a luz, acreditando dicha circunstancia con el certificado médico correspondiente, tendrá derecho al descanso post natal de 12 semanas, aún cuando pesarosamente haya nacido un hijo muerto, el recién nacido haya muerto durante el parto o éste fallezca durante el periodo de descanso.

Ahora bien, en el caso de que se produzca la interrupción del embarazo o aborto, se da la situación de que el periodo de gestación no llegará a término y por ello no se producirá parto. Al no producirse el parto, no habrá derecho para gozar del beneficio al descanso post natal, sin perjuicio de que a la trabajadora se le otorgue licencia médica común para su recuperación o del uso del permiso de 3 días hábiles que le asiste por la muerte de un hijo en gestación, consagrado en el artículo 66 inciso segundo del Código del Trabajo.

ii) Descanso post natal prolongado.

La ampliación del descanso post natal de 12 semanas, establecido por regla general, tiene lugar toda vez que a la madre le sobrevenga alguna enfermedad que se produzca como consecuencia directa del parto, enfermedad que la inhabilite para trabajar por un periodo de tiempo que exceda al periodo de descanso post natal de 12 semanas.

Esta situación de enfermedad deberá ser acreditada por certificado médico que debe ser expedido por el servicio encargado de la atención médica preventiva o curativa. En dicho certificado se establecerá el tiempo por el cual será necesario

ampliar el descanso puerperal, subsistiendo esta prolongación mientras dure la enfermedad.

Cabe señalar que, es bastante común que aquellas mujeres que sufren enfermedades con motivo del embarazo estén más propensas a sufrir enfermedades como consecuencia del alumbramiento, por lo que se verá ampliado el periodo de descanso pre natal y prolongado el periodo de descanso post natal, traduciéndose ello en que el descanso total por maternidad será bastante extenso, según se determine por parte de los médicos a cargo.

C) Descanso post natal parental.

Este descanso fue introducido dentro de nuestro Código del Trabajo, mediante las modificaciones efectuadas con la dictación de la Ley N° 20.545, sobre protección a la maternidad, agregando el artículo 197 bis al cuerpo legal ya citado. En este sentido, se estableció por esta normativa legal un descanso adicional de otras 12 semanas, que comienzan a correr una vez finalizado el post natal propiamente tal de 12 semanas después del parto.

Durante este descanso post natal parental, la trabajadora tendrá derecho a percibir un subsidio, el cual se deberá calcular por la entidad pagadora del mismo, de la misma forma que se calcula el subsidio por descanso pre natal y post natal establecido en el artículo 195 del Código del Trabajo.

Ahora bien, este descanso post natal parental se podrá ejercer de dos

modalidades distintas:

- a) Descanso post natal parental a tiempo completo: Este se produce cuando la trabajadora hace uso del permiso durante toda la jornada laboral, por el total de las 12 semanas de descanso, periodo durante el cual recibirá un subsidio igual al que recibía durante el pre natal y post natal. Para ello no será necesario realizar gestión alguna, toda vez que ésta es la situación normal y es un beneficio que nace de pleno derecho.
- b) Descanso post natal parental parcial: Al momento de terminar el descanso post natal propiamente tal, y con ello iniciarse el descanso post natal parental, la trabajadora tendrá la posibilidad de reintegrarse a su trabajo, cumpliendo sus labores habituales durante la mitad de la jornada laboral, aumentándose en este caso el descanso post natal parental a 18 semanas. En este caso la trabajadora tendrá derecho a percibir el 50% del subsidio recibido durante el descanso pre natal y post natal, además de percibir por parte de su empleador, al menos el 50% de las rentas fijas establecidas en el contrato de trabajo, y demás remuneraciones variables a que tenga derecho. Para poder hacer uso del post natal parental parcial, la trabajadora deberá enviar carta certificada a su empleador, con copia a la Inspección del Trabajo, con una antelación de 30 días al comienzo de éste descanso.
- c) Descanso post natal parental del padre: La ley N° 20.545, además de

incorporar el permiso post natal parental, innovó al permitir a la madre poder transferir al padre una parte de éste descanso. En esta caso deberá la madre manifestarlos de forma explícita y formal, por las vías legales establecidas, pasando con ello el padre a ser el titular de este derecho por el periodo traspasado, y gozando con ello de fuero laboral, por un periodo equivalente al doble de la duración de su permiso a contar de los 10 días anteriores al comienzo del uso del mismo, sin que exceda en total el lapso de 3 meses. Así se exigirá para que el padre pueda hacer uso de este traspaso, lo siguiente:

- Que se trate de un padre trabajador afecto al sistema previsional.
- Que el padre haga uso del permiso bajo la misma modalidad elegida por la madre.
- Que el traspaso se efectúe a partir de la séptima semana del permiso Postnatal Parental.
- Que el traspaso se verifique en las últimas semanas del permiso Postnatal Parental.

En este sentido, el padre tendrá la opción de gozar de un máximo de seis semanas, en el caso de que la mujer opte por tomarse doce semanas a jornada completa, y de doce semanas, si la mujer opta por tomarse dieciocho semanas a media jornada. Las semanas utilizadas por el padre deberán ubicarse siempre al

final del permiso.

Así como para hacer uso del permiso a jornada parcial, la mujer debe notificar a su empleador, para que el padre pueda hacer uso del descanso post natal parental deberá avisar, por carta certificada enviada con al menos diez días de anticipación al comienzo del permiso, a su empleador, al empleador de la madre y a la Inspección del Trabajo.

2.2.- DERECHO A SERVICIO DE SALA CUNA.²⁵

En nuestro ordenamiento jurídico, ante la evidente preocupación de nuestro legislador por aquellas trabajadoras que se convierten en madres, y con la finalidad de permitir que la mujer pueda reincorporarse a su trabajo y seguir prestando servicios de forma normal, sin tener que descuidar la atención y debido cuidado de su hijo, estableció esta obligación para las empresas, de mantener salas donde las trabajadoras puedan mantener a sus hijos durante la jornada laboral.

Para que una empresa se vea obligada a asistir en este servicio, es requisito primordial que ésta cuente con al menos 20 trabajadoras, independiente de su edad o estado civil, aún cuando no se encuentren embarazadas o no tengan hijos.

Es decir, toda empresa que tenga 20 o más trabajadoras deberá contar con un servicio de sala cuna en el cual las madres puedan alimentar a sus hijos y

²⁵ Artículo 203 del Código del Trabajo “*Las empresas que ocupan 20 o más trabajadoras, de cualquier edad o estado civil, deberán tener salas anexas e independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan dar alimento a sus hijos menores de 2 años y dejarlos mientras están en el trabajo..*”.

dejarlos al cuidado mientras desarrollan su labores, el cual deberá estar habilitado en previsión de que las trabajadoras queden embarazadas o se produzca el alumbramiento.

Ahora bien, el legislador ha establecido que esta obligación de prestar el servicio de sala cuna, pueda desarrollarse de 3 alternativas distintas, a saber:

- Creando, habilitando y manteniendo una sala cuna anexa e independiente de los lugares de trabajo, pero que sea supervisada y dotada por la empresa misma. En este sentido, los costos de habilitación del recinto así como de la contratación de personal capacitado para el cuidado de niños, deberá ser cubierto directamente por el empleador.
- Habilitar y mantener servicios de sala cuna, comunes a distintas empresas o establecimiento, que se encuentren en una misma área geográfica. Los recintos deberán contar con el informe favorable de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, respecto del cumplimiento de las condiciones necesarias para el servicio que se presta. Además los planos deberán ser sometidos a aprobación de la comisión técnica del Ministerio de Educación.
- También se permitirá a las empresas que paguen directamente a otros establecimientos o salas cuna, a los cuales las trabajadoras lleven a sus hijos menores de 2 años, debiendo reembolsar o pagar a la trabajadora el valor de los pasajes que deba utilizar la madre para el traslado del menor y para su

alimentación. En este caso el empleador deberá designar un establecimiento que cuente con la autorización de la Junta Nacional de Jardines Infantiles.

Tanto en el caso de habilitarse servicios comunes de salas cuna para varios establecimientos, o en el caso de que el empleador pague directamente los gastos de sala cuna al establecimiento que la madre lleve a sus hijo menor de 2 años, el tiempo que se le concede a la madre establecido en el artículo 206 del Código del Trabajo²⁶, se ampliará en el tiempo necesario para el viaje de ida y vuelta que realice la madre para poder alimentar a sus hijos.

Cabe tener presente que la finalidad con que el legislador estableció esta obligación de mantener salas cuna, es que se permita a las madres poder alimentar a sus hijos y procurar la buena asistencia de la madre hacia el hijo menor de 2 años, en lugares especialmente habilitados y adecuados para dichos fines. Cesará este derecho cuando el hijo cumpla los 2 años de edad, por entenderse que a partir de dicha edad ya están en condicione de alimentarse por sí mismos.

Es posible entonces concluir que nuestra legislación ha puesto de cargo de las empresas el cuidado de los hijos menores de dos años, cuando las trabajadoras están desempeñando sus labores. Pero esto no es respecto de todas las empresas, sino sólo respecto de los empleadores de mujeres, por cuanto la consagración de

²⁶ Artículo 206 del Código del Trabajo *“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”*.

este derecho se produjo en épocas en que el cuidado de los hijos se asociaba de forma privativa a las mujeres y no a la familia en su conjunto.

2.3.- PERMISO PARA ALIMENTAR AL HIJO O HIJA.

Existe una gran cantidad de estudios referidos a la importancia de la lactancia materna en las primeras etapas de desarrollo de los niños, señalando de forma clara como la lactancia influye en un mejor desarrollo psicomotor, el aumento de las defensas y, en definitiva, a mantener en forma óptima la salud física y mental del niño.

En atención a ello, nuestro legislador estableció este derecho que le asiste a la madre para poder salir del recinto laboral a dar alimentación a su hijo menor de dos años, permitiendo así que los hijos de madres trabajadoras puedan gozar de los innumerables beneficios que reporta el ser alimentado con leche materna durante los primeros periodos de desarrollo, así como del contacto directo con su madre.

Ahora bien, este derecho no solamente se estableció para el amamantamiento de los menores, puesto que aún cuando en un comienzo se pensó solo en este sentido, luego se extendió este derecho para poder “alimentar” al hijo y no solo para amamantar, por cuanto nuestro legislador estimó que aún cuando acabe la lactancia materna, es de vital importancia el mantener el contacto de la madre con el hijo durante los primeros años de vida.

Esto fue plenamente recogido por el artículo 206 de nuestro Código del Trabajo, en el cual se estableció el derecho para las madres trabajadoras de disponer de, al menos 1 hora al día, durante su jornada laboral, para poder dar alimento a su hijo menor de dos años. Este tiempo deberá ser considerado como tiempo efectivamente trabajado para efectos de la remuneración y no tendrán relación alguna con el periodo de colación de la madre.

Sin perjuicio de tratarse este derecho de un beneficio independiente y particular, antiguamente la práctica y el uso del mismo fue condicionándolo de cierta forma al uso del derecho de sala cuna, supeditándolo a este último. Así también lo ha entendido la dirección del trabajo a través de su jurisprudencia administrativa²⁷, en la cual se ha hecho referencia a la conexión existente entre ambos derechos y su ejercicio.

Sin embargo, mediante modificaciones recientes introducidas por la Ley N° 20.166, se dejó expresamente establecido que éste derecho le será aplicable a toda trabajadora que tenga hijos menores de 2 años, aún cuando no goce del derecho a sala cuna, por no estar obligado el empleador en los términos del artículo 203 del Código del Trabajo. Así las cosas, podemos ver que el único requisito para gozar de este derecho es que la trabajadora tenga hijos menores de 2 años.²⁸

²⁷ Dictamen ordinario N° 7486/171 de 1990, Dirección del Trabajo. “...*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*”.

²⁸ Dictamen ordinario N° 3413/055 de 2014, Dirección del Trabajo. “...*toda madre trabajadora tiene derecho a disponer de una hora al día, a lo menos, para dar alimento a sus hijos menores de dos años, con*

Este derecho o permiso para alimentar al hijo menor de 2 años, podrá ser ejercido por la trabajadora en 3 modalidades distintas, previo acuerdo con el empleador, a saber:

- a) En cualquier momento durante la jornada de trabajo.
- b) Dividiéndolo, a solicitud de la trabajadora, en dos porciones de tiempo.
- c) Retrasando o adelantando en media hora o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo.

La Dirección del Trabajo a través de su jurisprudencia administrativa vigente y uniforme, contenida entre otros en el dictamen N° 2248/047 del año 2007, a tendido a establecer que ante desacuerdo entre el empleador y la trabajadora, respecto de la forma en se ejercerá el derecho de alimentación del hijo menor de 2 años, prevalecerá la opción por la cual la madre hubiere optado.

Aún cuando se pueda entender que es la madre la titular del derecho a alimentar al hijo menor de dos años, en la actualidad éste beneficio podrá ser traspasado al padre, en los casos en que tanto la madre como el padre sean trabajadores, previo acuerdo entre ambos. Para ello será necesario que den aviso a sus empleadores por escrito, con copia a la Inspección del Trabajo correspondiente al lugar donde presten servicios, con una antelación de 30 días a la fecha en la que se hará uso del derecho por el padre. Asimismo deberá ocurrir ante cualquier modificación que decidan los padres respecto de este acuerdo.

prescindencia de si el o los hijos asisten o no a la sala cuna y de la cantidad de mujeres que prestan servicios para el empleador... ”.

Así también se ha establecido que, en los casos en que el padre tenga a su cargo el cuidado personal del hijo menor de dos años, por sentencia ejecutoriada, por fallecimiento de la madre o por cualquier causa que haga imposible el uso del derecho de alimentación por parte de la madre, el padre será el titular de este derecho. Así también ocurrirá con la trabajadora o el trabajador a los cuales se les haya conferido el cuidado personal o la tuición de un menor de dos años que no sea su hijo biológico, extendiéndose éste derecho también a su cónyuge, en los términos expresados en los párrafos anteriores.

2.4.- PERMISO POR ENFERMEDAD GRAVE DEL HIJO O HIJA.²⁹

Éste derecho fue establecido por nuestro legislador con el fin de brindar protección a los hijos cuando a éstos les afecten enfermedades serias o de gravedad, permitiendo a sus padres poder brindarle al menor la atención necesaria. Como lo señalara el profesor Héctor Húmeres Noguera, esta protección podemos entenderla de 3 maneras distintas, protección del recién nacido³⁰, protección al menor de hasta seis meses de edad cuando su tuición o cuidado personal quede en manos de un tercero³¹ y protección al menor de 18 años³².

²⁹ HÚMERES NOGUER, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I. Décimo Octava Edición, 2009, pp. 258-259.

³⁰ Artículo 199 del Código del Trabajo “*Cuando la salud de un niño menor de un año requiera la atención en el hogar con motivo de enfermedad grave, ... la madre trabajadora tendrá derecho al permiso y subsidio que establece el artículo anterior por el periodo que el respectivo servicio determine.*”

³¹ Artículo 200 del Código del Trabajo “*La trabajadora o trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad, por habersele otorgado judicialmente la tuición o cuidado personal, ... tendrá derecho al permiso*

En este sentido, podemos analizar este derecho o beneficio por cada uno de los artículos que lo regulan:

A) Artículo 199 del Código del Trabajo: Nuestro legislador establecido éste derecho en favor de los hijos cuando sea necesaria la atención y cuidado por parte de sus padres, por lo cual tendrá derecho a este permiso y subsidio aquel trabajador o trabajadora cuyo hijo menor de un año sufra de alguna enfermedad grave, de tal manera que requiera que la atención personal y permanente de sus padres de desarrolle en el hogar.

Se otorga también este derecho a la trabajadora o al trabajador al cual se le otorgue la tuición o el cuidado personal del menor de un año, por vía judicial como medida de protección. Se entenderá que este derecho se extiende también al cónyuge del trabajador referido.

Así también se establece que en caso que la madre haya fallecido o la tuición del menor le haya sido concedida al padre mediante sentencia judicial, éste será el titular del derecho en estudio. En el caso en que tanto la madre como el padre sean trabajadores, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del permiso y del subsidio establecido.

Para poder ejercer éste derecho, será necesario que el trabajador o

postnatal parental... Además, cuando el menor tuviere menos de seis meses, previamente tendrá derecho a un permiso y subsidio por doce semanas”

³² Artículo 199 bis del Código del Trabajo “*Cuando la salud de un menor de 18 años requiera la atención personal de sus padres con motivo de un accidente grave o de una enfermedad terminal... 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...*”

trabajadora acrediten que el niño menor de un año, ya sea su hijo o el menor cuyo cuidado se le ha entregado, se encuentre afectado por una enfermedad grave, entendiéndose por tal aquella que pone en riesgo su vida o es de gran importancia. Para ello deberá exhibirse al empleador un certificado extendido o ratificado por los servicios médicos que atiendan a los menores, quienes además determinarán el tiempo de duración del permiso, el cual necesariamente se extenderá por el periodo en que el menor se encuentre enfermo.

B) Artículo 200 del Código del Trabajo: Así también, se establece en el artículo 200 del Código del Trabajo que, cuando la tuición o el cuidado personal de un menor de edad le sea otorgada mediante resolución judicial, ya sea con motivo de una medida de protección o por haberse realizado el procedimiento de adopción, a una trabajadora o trabajador, éste tendrá derecho al descanso post natal parental, ya estudiado, en los términos establecidos en el artículo 197 bis del mismo cuerpo legal citado.

Ahora bien, en el caso que el menor cuya tuición o cuidado personal fuere entregado por sentencia judicial o medida de protección, tuviere menos de seis meses de edad, el trabajador o trabajadora al cual se le entregue el cuidado, tendrá derecho a un permiso y subsidio de doce semanas, previo al permiso referido en el párrafo anterior.

Con todo, la trabajadora que desee hacer uso de este beneficio, deberá

acreditar el encontrarse en situación de ello, a través de una declaración jurada en la cual se declare tener bajo su cuidado personal o tuición al menor de edad, y además deberá exhibirse un certificado o copia del Tribunal que haya concedido la tuición o cuidado personal, expresando el motivo de ello.

C) Artículo 199 bis del Código del Trabajo: Éste artículo establece un permiso para la madre trabajadora, permitiéndole ausentarse de su trabajo por el número equivalente a diez jornadas ordinarias de trabajo al año, en los casos en que su hijo menor de 18 años requiera de la atención de sus padres, de forma personal, por encontrarse padeciendo alguna enfermedad grave y aguda que ponga en riesgo su vida, o una enfermedad terminal que se encuentre en su fase final, o por algún accidente grave.

Este permiso podrá distribuirse a elección de la trabajadora en parcialidades o en jornadas completas, o combinando ambas modalidades, considerándose estas horas como efectivamente trabajadas para todos los efectos legales. El accidente o enfermedad deberá ser acreditado mediante certificado médico extendido por el médico tratante del menor de edad.

Así también se establece que en caso que la madre haya fallecido o la tuición del menor le haya sido concedida al padre mediante sentencia judicial, éste será el titular del derecho en estudio. En el caso en que tanto la madre como el padre sean trabajadores, cualquiera de ellos, a elección de la

madre, podrá gozar del permiso y del subsidio establecido.

Si bien este permiso para poder cuidar al hijo menor de un año cuando presente enfermedades de carácter grave, en un comienzo fue pensado de forma exclusiva para la madre, en una actitud del todo vanguardista nuestro legislador incluyó como beneficiario de este derecho al padre, en los casos estudiados, y a otras personas cuando se les entrega el cuidado de un menor.

Así también, el beneficio de cuidar a un hijo menor de 18 años por enfermedades o accidentes graves, no es propiamente tal un derecho que se enmarque dentro de la protección a la maternidad, pero es un beneficio que nace directamente del hecho de ser madre, por lo cual se considera por nuestro legislador dentro del mismo marco regulatorio.

Como podemos ver, estos beneficios de permisos por enfermedad de los hijos, han sido establecidos con un fuerte contenido de igualdad entre padre y madre, orientado también hacia la necesidad familiar y afectiva de los trabajadores, por cuanto en situaciones como las descritas no podrán realizar sus labores de forma normal.

2.5.- DERECHO A NO REALIZAR LABORES INCOMPATIBLES CON EL ESTADO DE GRAVIDEZ.³³

³³ Artículo 202 del Código del Trabajo “Durante el periodo 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...”

Se establece en nuestro Código del Trabajo la norma del artículo 202 del Código del Trabajo, que tiende a brindar protección a la mujer embarazada, pero también dicha protección se extiende a la salud del hijo que está por nacer, relevando con ello a la trabajadora de aquellas labores que sean consideradas por la autoridad administrativa como perjudiciales para la salud, perjuicio que deberá ser considerado de forma general.

Ahora bien, nuestro legislador quiso aportar ciertos casos en que siempre se considerarán como perjudiciales para la salud de la trabajadora así como para la salud de su hijo, a saber:

- A) Labores en los cuales se le obligue a la trabajadora a levantar, empujar o arrastrar grandes pesos.
- B) Todo trabajo en el cual la trabajadora deba realizar esfuerzos físicos, incluso el hecho de tener que mantenerse de pie por largos periodos de tiempo.
- C) Aquellas labores que deben desarrollarse en horario nocturno.
- D) Trabajos que deban realizarse fuera de la jornada normal, es decir, durante horas extraordinarias.
- E) Aquellos trabajos que las autoridades declaren inconvenientes para el estado de gravidez de la trabajadora.

Podemos ver de los casos aquí reseñados, que en todo momento el legislador ha pretendido proteger a la mujer embarazada, pero siempre teniendo

como horizonte el bienestar de su labor reproductora, por lo cual este especial cuidado involucra necesariamente al hijo. Lo anterior concuerda plenamente con las normas constitucionales referidas a la salud del que está por nacer y su debida protección.

Ahora bien, como se expresa en el artículo 202 del Código del Trabajo, se refiere a las trabajadoras que “habitualmente” estén ocupadas en labores consideradas peligrosas o perjudiciales, con lo cual surge la razonable duda de lo que ocurre con aquellos casos en que la realización de labores perjudiciales es de carácter “ocasional”

La OIT³⁴ se ha pronunciado en el sentido de considerar que el legislador se refirió expresamente a la habitualidad no con la intención de permitir la ocupación ocasional en los trabajos perjudiciales, sino que la habitualidad *“se exige porque la norma dispone el cambio de labores de la trabajadora y sus labores habituales son las concordadas en el contrato de trabajo; acuerdo que quedará sin efecto por disposición legal”*. En este sentido, el empleador no podrá en ningún caso exigir a la trabajadora embarazada la realización de trabajos peligrosos para su estado, ya sean ocasionales o habituales, si no por aplicación estricta de la norma en comento, será por el deber general de protección que tienen los empleadores respecto de sus trabajadoras.

³⁴ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “Trabajo y Maternidad. Las Normas que Protegen la Salud de las Trabajadoras Embarazadas”. Ponencias presentadas en el seminario organizado conjuntamente por la OIT y la Dirección del Trabajo de Chile. Año 1998. Capítulo III, La Perspectiva legal.

La Oficina Internacional del Trabajo considera la etapa de embarazo, el parto y el periodo puerperal como tres etapas distintas de la vida procreadora de la mujer, pero en los cuales será necesario brindarles protección a las trabajadoras por traer consigo peligros particulares para su salud³⁵. Nuestro artículo 202 en estudio viene a cumplir con esta recomendación, por la cual se persigue reducir al mínimo la fatiga, el estrés físico y mental y, además, evitar que las mujeres trabajadoras realicen trabajos peligrosos e insalubres.

Este derecho a ser trasladada de sus funciones por considerarse perniciosas para el estado de gravidez, sólo regirá durante el periodo de embarazo y una vez acreditado este, y siempre que los trabajos que se desarrollen por la trabajadora sean de aquellos considerados perjudiciales. Dicho traslado o transferencia no podrá significar una reducción en sus remuneraciones, sin perjuicio de la que trabajadora deje de percibir aquellos estipendios que se encuentran condiciones al tipo de trabajo realizado, como por ejemplo los bonos por trabajo nocturno, o el pago de horas extras trabajadas.

2.6 OBLIGACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DESAFUERO.

Tal como se señalara en el Capítulo I del presente trabajo, uno de los principales derechos de que goza la trabajadora durante su periodo de embarazo

³⁵ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Revista Trabajo”. Año 1998.

es el fuero maternal, establecido en el artículo 201 del Código del Trabajo³⁶, y que viene a brindar una especial protección a la mujer en estado de embarazo .

En esta sentido la trabajadora embarazada gozará de fuero laboral durante todo el periodo de embarazo y hasta un año después de terminado el descanso post natal propiamente tal, sin considerar el permiso post natal parental. Es decir, el periodo de un año de duración del fuero maternal comenzará a regir a una vez transcurridas 12 semanas desde el parto.

El alcance de esta protección establecida por el legislador, es la prohibición del empleador de poner término al contrato de trabajo de la trabajadora embarazada, sin que previamente se de cumplimiento a lo establecido en el artículo 174 del Código del Trabajo, esto es, solicitar autorización judicial para el despido.

Entendido de esta forma, podemos ver que el fuero maternal no consiste en una inamovilidad absoluta de la trabajadora respecto de su trabajo, sino más bien se trata de una inamovilidad relativa, en cuanto se le impone al empleador la obligación de que, al querer despedir a esta especial clase de trabajadores, ello sólo sea posible si se ha solicitado previamente la autorización al juez competente para concretarlo.

Pues bien, como se señalara, el artículo 174 de la normativa referida,

³⁶ Artículo 201 del Código del Trabajo *“Durante el periodo de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis, la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174...”*

establece que para poner término al contrato de trabajo de una trabajador con fuero laboral, siempre será necesaria la autorización del Juez competente, pero éste sólo podrá otorgar esta autorización cuando se aleguen como motivos del despido las causales establecidas en los numerales 4 y 5 del artículo 159³⁷ y las causales del artículo 160³⁸, ambos del Código del Trabajo.

Así las cosas, cuando un empleador tenga la intención de poner término al contrato de trabajo de una persona que goce de fuero laboral, tendrá que iniciar un procedimiento de “Desafuero”, el cual es un procedimiento judicial mediante el cual el empleador obtiene la autorización para despedir a un trabajador que

³⁷ Artículo 159 del Código del Trabajo “El contrato de trabajo terminará en los siguientes casos:

4. Vencimiento del plazo convenido en el contrato. La duración del contrato de plazo fijo no podrá exceder de un año.

5. Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato.”

³⁸ Artículo 160 del Código del Trabajo “El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:

1. Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan:

a) Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones;

b) Conductas de acoso sexual;

c) Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa;

d) Injurias proferidas por el trabajador al empleador;

e) Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña, y

f) Conductas de acoso laboral.

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

3. No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; asimismo, la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra.

4. Abandono del trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal:

a) la salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente, y

b) la negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato.

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

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

7. Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.”

protegido con el fuero laboral. La finalidad de dicho procedimiento es obtener la autorización por parte del Juez competente para poner fin a la relación laboral.

Atendiendo a las causales por las cuales el Juez podrá conceder el desafuero, podemos ver que se trata de causales preestablecidas (término del plazo del contrato o de la faena) o aquellas en las cuales el trabajador incurra en un hecho de carácter grave. En este sentido durante el procedimiento de desafuero, se tendrá que discutir la concurrencia de dichas circunstancias y, una vez acreditadas podrá el Juez acceder a la petición del empleador.

Ahora bien, en el caso que estando la trabajadora embarazada o habiéndosele otorgado el cuidado o tuición de un menor, el empleador por ignorancia de las situaciones referidas, pusiere término a la relación laboral en contravención a lo dispuesto en el artículo 174 del Código del Trabajo, quedará sin efecto dicha medida, debiendo la trabajadora reintegrarse a sus labores, teniendo derecho a la remuneración devengada en el periodo en que estuvo separada de su trabajo.

Para ello bastará que la trabajadora acredite su estado de gravidez mediante certificado emitido por el médico o matrona tratante, o acredite mediante la exhibición de sentencia judicial, que se le ha concedido la tuición o el cuidado de un menor por resolución judicial. La reincorporación en estos casos deberá solicitarla la trabajadora en el plazo de 60 días hábiles contados desde que se produce el despido.

Podemos ver entonces que nuestro legislador otorga una especial protección a favor de la trabajadora embarazada y del hijo que está por nacer o recién nacido, a través del fuero maternal. Pero dicho derecho tiene como contrapartida la prohibición de poner término a la relación laboral durante la vigencia del fuero, lo que reviste especial importancia ya que posibilita el ejercicio de todos los demás derechos consagrados en favor de la maternidad y paternidad, constituyéndose en una garantía para el ejercicio efectivo de éstos.

De esta forma, y con el objeto de resguardar la estabilidad en el empleo de la trabajadora, es decir, su continuidad y permanencia, y el desarrollo normal de su embarazo, se establece la prohibición para el empleador de poner término a su relación laboral, atendido los diversos bienes jurídicos que se encuentran en juego, a saber: la mantención de la fuente de ingresos, la salud y vida de la trabajadora embarazada, junto con la salud, vida y desarrollo del hijo/a que está por nacer o recién nacido.³⁹

³⁹ VARAS MARCHANT, Karla. Protección a la Maternidad, una cuestión de fondo. Escuela Sindical. Año 2014.

CAPÍTULO III:

“CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA LEGAL VIGENTE”

Tal como fuera analizado en los capítulos anteriores, nuestro legislador laboral se ha preocupado de otorgar protección a aquellos trabajadores que se encuentren en alguna situación que requiera un tratamiento distinto por parte del empleador, a través del establecimiento del fuero laboral. Dentro de él, se ha dado especial protección a la mujer trabajadora que se encuentre en estado de embarazo y por un periodo determinado después del parto.

Hemos podido analizar el contenido del término “fuero maternal”, estudiando además los alcances que éste tiene para la trabajadora y los textos legales que le dan regulación, tanto a nivel Constitucional como legal. Además hemos podido estudiar en detalle cada uno de los derechos que le ha conferido el legislador a la mujer trabajadora, tanto en el periodo de embarazo como en la etapa del puerperio.

Sin embargo, y a pesar del esfuerzo realizado por nuestra legislación para establecer en detalle una serie de garantías establecidas con el afán de proteger tanto a la madre como al hijo, cuando la primera se encuentre desarrollando labores productivas, toda garantía requiere de cierto margen de cumplimiento para poder hacerse efectiva y no quedar solamente en un mero texto legal.

En este sentido podemos ver que el empleador jugará un rol de suma importancia en cuanto a su deber irrestricto de cumplir con las normas referidas a la protección a la maternidad, presentes en nuestro Código del Trabajo, independiente de cómo se desarrolle la relación laboral. Así lo refiere el dictamen N° 1514/013⁴⁰, de la Dirección del Trabajo, en cuanto establece que dichas normas son inherentes al contrato de trabajo mismo.

No obstante lo referido en el párrafo anterior, dicho cumplimiento irrestricto que refiere el órgano administrativo competente no es tal, toda vez que en reiteradas ocasiones el empleador evade su obligación y responsabilidad ante situaciones infraccionales, con lo cual en la práctica las garantías establecidas a favor de la mujer embarazada y puérpera, no son totalmente efectivas para otorgar la protección que se persigue.

En estas circunstancias, podremos ver que la ilusión garantista de nuestro legislador no siempre permitirá a la trabajadora poder gozar plenamente de los derechos establecidos en la ley laboral, por cuanto para ello deberán darse una serie de condiciones y situaciones que sean aptas para brindar la protección buscada, para que en la práctica la madre pueda dedicarse al cuidado de su hijo en

⁴⁰ El Dictamen N° 1514/013, 28.04.14, establece la obligación del empleador de cumplir con las normas sobre protección a la maternidad, sin importar el estado de la relación laboral: “Armonizando lo expuesto en acápite que anteceden, posible es convenir que, en la especie, el empleador se encuentra obligado al cumplimiento de las normas contenidas en el Título II del Código del Trabajo, de la protección a la maternidad, toda vez que se trata de normas inherentes al contrato de trabajo, a cuyo cumplimiento, por consecuencia, el empleador se encuentra compelido según el transcrito y comentado artículo 17 del Código del Trabajo, no obstante que la relación laboral se encuentre suspendida, más aún en circunstancias que el bien jurídico protegido es la maternidad.”

los mismos términos establecidos en la ley, condiciones que en la práctica no siempre serán cumplidas.

Dicho lo anterior, corresponde en este capítulo pasar a revisar cuál es el ideal o expectativa de cumplimiento que podría esperar la trabajadora en atención a su condición maternal, así como también la situación en que se encuentra el empleador ante la obligación de cumplir con las normas referentes a la protección de la trabajadora en etapa maternal, establecidas en el Título II del Código del Trabajo, la forma en que puede dar cumplimiento a dichos mandatos legales, terminando con revisar las condiciones que permitirían dar efectivamente a la madre y su hijo la protección buscada por nuestra legislación.

3.1.- Expectativa de garantía de la trabajadora.

Nuestra legislación laboral, desde un comienzo se ha preocupado de establecer derechos a favor de los trabajadores, que les garanticen protección frente a las facultades que tiene el empleador dentro de la relación laboral. En este sentido el Código del Trabajo establece como límite de las facultades del empleador, el respeto de los derechos consagrados en la Constitución Política de la República, sobre todo cuando se refieran a derechos relacionados con la intimidad, la vida privada y la honra del trabajador.⁴¹

⁴¹ Artículo 5 Código del Trabajo: “*El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.*”

En este mismo sentido se pronuncia nuestro legislador al establecer como irrenunciables los derechos establecidos en las leyes laborales, irrenunciabilidad que impide al trabajador de privarse voluntariamente de las garantías que le otorga la legislación laboral, aunque sea para beneficio propio. Es así entonces como nuestro legislador ha querido proteger a los trabajadores aún de sus propios actos, en caso que por coacción de terceros o por mero desconocimiento, pretendan renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden.

Aún cuando la norma máxima de nuestra legislación, por la cual se establecen derechos fundamentales de las personas es la Constitución política de la República, en el ámbito laboral también se consagran ciertos derechos que garantizan al trabajador el ser tratado dignamente y en igualdad de condiciones durante el periodo en que se desarrolle la relación laboral. Estos derechos se refieren a *“otros derechos constitucionales de carácter general y por ello, no específicamente laborales, que pueden ser ejercidos sin embargo por los sujetos de las relaciones de trabajo (trabajadores en particular) en el ámbito de las mismas”*⁴².

En concordancia con lo antes expresado, y frente al establecimiento de una fuerte legislación garantista, es evidente entonces que los trabajadores puedan esperar por parte del empleador un fiel respeto a la normativa vigente, y por ello

⁴² Palomeque, M.C., en Ugarte, J.L., “La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro”. En Revista de Derecho. Vol. XX N°2. Diciembre de 2007. pág.51.

esperar razonablemente que sus derechos no sean conculcados durante la relación laboral.

Pues bien, avocándonos de forma más específica al tema que nos convoca, podemos ver que para la mujer trabajadora, por su condición de tal y su posibilidad maternal, existen ciertos derechos que se encuentran más propensos a ser vulnerados durante la relación laboral: en primer lugar el derecho a la no discriminación, y en segundo lugar el derecho a la intimidad. Consciente de ello es que nuestro legislador se ha esforzado continuamente por reafirmar la preeminencia y supremacía de estas garantías por sobre las facultades del empleador.

Así también lo ha entendido la Dirección del Trabajo al señalar que *“los derechos fundamentales encuentran en los valores superiores de la dignidad humana, la libertad y la igualdad sus parámetros modeladores y conformadores, de forma tal, que los mismos deben necesariamente explicarse, interpretarse y aplicarse a partir de dicho reconocimiento. Los derechos fundamentales constituyen entonces, la expresión jurídica más tangible y manifiesta de la dignidad de la persona humana y de los valores de libertad e igualdad. Siendo su categorización de ‘fundamentales’ una manifestación del contenido axiológico y una postura valorativa concreta respecto de la dignidad inherente a toda persona. Los derechos fundamentales se constituyen así, en verdaderos derechos subjetivos,*

*en tanto amparan y tutelan los espacios de libertad de los ciudadanos, garantizando un verdadero 'status jurídico' para los mismos, irrenunciable e irreductible"*⁴³.

Ante todo esto, resulta de toda lógica que la mujer centre sus proyecciones en poder realizarse de forma conjunta tanto en el ámbito laboral como en el ámbito de desarrollo de su condición de madre. La trabajadora verá en la legislación la mayor protección que se ha pretendido para garantizar su bienestar en estos dos ámbitos y por ello intentará insertarse en la vida del trabajo sin descuidar su condición de madre y el bienestar de su hijo.

Así también, en nuestra legislación se ha establecido al empleador en su carácter cuidador y responsable de las condiciones de vida y salud de la trabajadora durante la relación laboral, estableciendo los derechos que garantizan la protección a la maternidad como derechos inherentes al contrato de trabajo y, por ello prevalentes durante el desarrollo de la relación laboral.

Sin embargo, y a pesar de este esfuerzo legislativo, como se desarrollará en el acápite siguiente, el empleador no siempre cumplirá con este rol que le ha entregado el legislador, quedando en muchos casos la mujer trabajadora en un limbo de indefensión y desigualdad que raya en la ilegalidad. Si bien se le entregan ciertas herramientas para recurrir a organismos estatales superiores que deben contribuir a restablecer la situación de indemnidad, estos mecanismos no siempre tendrán el efecto esperado.

⁴³ Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2856/162 de agosto de 2002, pág.2.

De todo lo antes señalado, podemos analizar en el presente trabajo que nuestro legislador se ha esmerado en otorgar gran protección a la mujer trabajadora, cuando ésta se encuentra en estado de gravidez y puerperio, estableciendo una serie de normas legales tendientes a garantizar la salud tanto de la madre como del hijo que está por nacer, y una vez acaecido el nacimiento, normas a las que se les otorga una importancia por sobre lo estipulado dentro de la relación laboral.

Sin embargo podemos ver que las normas sobre protección a la maternidad, han servido como vehículo para poder proteger el embarazo, la infancia, la vida en familia y el bien común de la sociedad toda, pero no han logrado garantizar a la mujer en cuanto sujeto de protección como ciudadana, toda vez que en la práctica se hace muy difícil lograr compatibilizar las labores de madre con la inserción en las labores productivas.

Más aún, y como se explicará en detalle en el capítulo siguiente, el mecanismo de restablecimiento del orden jurídico, vulnerado dentro de la relación laboral, el bastante engorroso y burocrático, lo que impide que en la práctica la trabajadora pueda obtener un resultado o respuesta propicia y exitosa, sino que muy por el contrario, sólo contribuye a dejar en ella una sensación de indefensión que debiera ser inaceptable.

3.2.- Perspectiva de cumplimiento del empleador. Discriminación contra la mujer embarazada.

Ahora bien, aún cuando el legislador ha pretendido brindar protección a la mujer trabajadora en su calidad de tal y en sus quehaceres de madre, quien debe dar cumplimiento a estas normas garantistas es el empleador, pues es él quien se encuentra obligado a otorgar beneficios y permisos a la trabajadora cuando se encuentra en condiciones de embarazo o el hijo tiene menos de un año.

“Los empleadores tienen el deber de garantizar una buena protección de la maternidad para las trabajadoras. El hecho que las mujeres sean las que tienen los hijos y sean las que los educan en los primeros años de su vida, no significa que deban asumir toda la responsabilidad; en efecto nos parece que la salud de la madre y de los menores va en interés directo de los empleadores y de la economía de un país, ya que es la mejor manera para que puedan contar con una mano de obra física e intelectualmente sana en el futuro.”⁴⁴

Este afán protector y garantista que ha mostrado nuestro legislador, otorga una gran responsabilidad al empleador en cuanto al cumplimiento de las normas referidas al tema en comento. Para entender lo anterior se debe asumir como premisa la situación ventajosa en que se encuentra el empleador en la relación laboral, respecto de la trabajadora que se vea beneficiada por las normas sobre protección a la maternidad por encontrarse en dicho proceso natural.

⁴⁴ LEIVA VENEGAS, Marcelo y QUILODRÁN ZAMORA, Exer. “El fuero maternal como régimen jurídico especial”. 2002, pp. 90.

Desde muy antiguo se ha podido evidenciar la gran tensión que existe en la relación entre trabajo y maternidad, por cuanto para una mujer se hace demasiado difícil cumplir a cabalidad con ambas situaciones. Ello debido a que con mucha habitualidad se ponen trabas a las trabajadoras para que puedan llevar a cabo esta doble función social, ya sea condicionando su trabajo a una eventual maternidad, o por la escases de servicios sociales que contribuyan a la crianza y cuidado de los hijos, o por no existir la necesaria flexibilidad que permita compatibilizar trabajo y familia, entre otros.

Todo lo anterior sólo logra obstaculizar la incorporación de la trabajadora al mundo laboral cuando se ha encontrado con la situación de ser madre. Lo anterior ha intentado ser mermado a través de modificaciones legales que, como se ha dicho, pretenden garantizar a la trabajadora el poder convivir en estos dos ámbitos sin dificultades.

La exigencia de equidad en el acceso al empleo aparece como un discurso un poco más reciente, y se acopla a la exigencia de los mismos derechos que tienen las mujeres frente a la maternidad para los padres, y otros cuidadores. Éste mismo discurso han recogido las últimas modificaciones efectuadas a la legislación laboral en materias referidas a la protección a la maternidad.

Lo referido anteriormente muchas veces produce el encarecimiento de la mano de obra femenina, y con ello el desincentivo de su contratación, lo que a la larga produce un claro desequilibrio a la exigencia de equidad que debe existir en

el acceso al empleo. La contratación de una mujer supone para el empleador un alto riesgo de exponerse a la situación de que la trabajadora quede embarazada y, con ello, verse obligado a tener que hacer concesiones que no estaban previstas.

Esto tiene su fundamento en nuestra sociedad, la que durante muchos años fue estructurando un modelo de protección de la mujer que terminó por marginarla paulatinamente del mercado de trabajo y, a la vez, fue consolidando un pacto de producción y reproducción a partir del arquetipo de hombre proveedor y mujer cuidadora.

Podemos ver entonces que el empleador, aún cuando ideológicamente esté de acuerdo con la normativa vigente acerca de la protección a la maternidad, verá esta situación como una carga adicional, que puede estar o no dispuesto a asumir. Por ejemplo, el permiso para alimentación del hijo concedido a la madre, implica como contrapartida para el empleador, ceder ciertas horas de trabajo que no las podrá recuperar por vía alguna.

Así mismo cuando se trate de un permiso por enfermedad del hijo, ello supondrá la ausencia de la trabajadora de sus labores, lo cual significará una disminución de la fuerza laboral, que será más o menos grave según la cantidad de trabajadores que exista en la empresa. Lo mismo se da durante los descansos pre y post natales de la madre, en que la ausencia de la trabajadora a sus quehaceres productivos se prolonga por meses.

Se podrá notar entonces como el legislador ha establecido como bienes superiores merecedores de especial cuidado, a la maternidad y la infancia, por sobre los intereses particulares de la empresa o el empleador, lo cual obliga a éste último a ceder en beneficio del cumplimiento de la Ley.

Asentado lo expuesto en los párrafos previos, cabe ahora hacer referencia a una situación que se produce en la práctica, referida a la protección a la maternidad. Ocurre que, ante la excesiva carga que le significa al empleador el tener que cumplir con las normas establecidas en beneficio de la mujer trabajadora, busca constantemente la forma de evadir su cumplimiento sin caer en la ilegalidad y, beneficiándose del precario sistema de fiscalización (materia que se verá en el capítulo siguiente).

Es justamente en esta búsqueda de alternativas de evasión, que el empleador cae en la discriminación en contra de la trabajadora, por el motivo de encontrarse embarazada. La Oficina Internacional del Trabajo, ha señalado que *“a pesar de la voluminosa legislación que desde antiguo existe en la materia, la discriminación contra la mujer por razones de maternidad es un fenómeno persistente e incluso creciente, según lo comprueban varias comisiones sobre igualdad de género en todo el mundo”*⁴⁵.

Destaca la OIT en este mismo informe, que algunos de los casos principales de discriminación se producen por despidos durante el periodo de embarazo y

⁴⁵ OIT. “La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse. Informe del Director General.” Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo 100ª reunión, 2011. Informe I (B)

lactancia, el no pago de subsidios por maternidad, o la dilatación en el pago de los mismos, la denegación de ascensos y promociones durante el fuero maternal y la denegación por parte del empleador para que la trabajadora vuelva al mismo puesto de trabajo que ocupaba antes del embarazo.

En este sentido, el empleador pretende eludir su obligación de cumplimiento de las normas sobre protección a la maternidad, utilizando el ardid discriminatorio previo a la contratación, o incluso durante ella. Sin embargo estos casos de abuso por su condición favorable por parte del empleador, si bien pueden ser previos al deber de cumplir con las normas que protegen a la madre trabajadora, adolecen igualmente de atentar contra nuestra legislación laboral.

Como lo expresa la Dirección del Trabajo, *“Discriminar es alterar la igualdad, violar o incumplir los derechos de una persona sobre la base de consideraciones personales. Con el agravante de que, en el caso de la discriminación por maternidad, derivan de una condición biológica, como es el embarazo. Es una distinción por sexo, ya que solo se realiza en virtud de la función reproductiva de las mujeres. Es reconocido que hay diversas maneras de discriminar con motivo de la maternidad, las que abarcan todas sus etapas: gestación, parto, puerperio, lactancia y responsabilidades familiares.”*⁴⁶

Así podemos ver que el empleador en algunas ocasiones realiza, de forma expresa o camuflada, actos de discriminación en contra de la mujer por causa de su condición de maternidad, ya sea de forma abierta cuando el sexo es el elemento

⁴⁶ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Gobierno de Chile. “¿La maternidad castigada? Discriminación y malos tratos.” Aporte al debate laboral. 2011. Pp. 21

explícito que lleva a un trato o a condiciones laborales menos favorables para un trabajador, frente a uno del otro sexo que está en una situación laboral comparable, o bien de forma más escondida o encubierta, en aquellos casos en que la medida discriminatoria está relacionada con ciertos atributos o cualidades personales que, exclusivamente o en gran medida, solo pueden ser cubiertos por personas de un sexo determinado, como es el caso de madre o estar embarazada.⁴⁷

Entonces, como se comentara en párrafos anteriores, si bien nuestro legislador ha realizado grandes esfuerzos en brindar protección a la mujer trabajadora, estableciendo una serie de normas legales garantistas a favor de ellas, cuando se encuentra en su proceso natural de maternidad, sea por embarazo o por haber dado ya a luz, éstas no logran su objetivo a cabalidad.

Lo anterior debido a que no se producen las condiciones propicias para esta protección, siendo reiteradas las ocasiones en que hay infracciones a estas normas por parte del empleador, las que en muchas situaciones serán muy difíciles de reclamar por el sistema burocrático que existe para ello y por tratarse muchas veces de infracciones escondidas tras el velo de una supuesta legalidad marginal.

3.3.- Ambiente laboral propicio para el desarrollo normal de la mujer trabajadora que se encuentre en periodo de gravidez o puerperio.

⁴⁷ Caamaño, E. “La discriminación laboral indirecta”. En Revista de Derecho. Vol. 12, N° 2, Valdivia, Chile, 2001.

Como fuera referido, nuestro legislador se ha esforzado continuamente en establecer derechos irrenunciables a favor de las trabajadoras que se encuentren en etapa de maternidad, con el fin de garantizar su desarrollo como madre, como trabajadora y la igualdad en el trato con sus pares. Sin embargo, y como el general de las disposiciones legales, estas normas lo que hacen es determinar de forma abstracta ciertos ideales de conducta por parte del empleador, y de la sociedad toda.

En este sentido, y atendida la abstracción de las normas, para poder cumplirlas a cabalidad y que éstas también puedan cumplir con el objetivo para el cual fueron establecidas, será necesario, primero, que exista un ambiente laboral propicio para el desarrollo de la función que cumple la mujer como trabajadora y madre, siendo necesario que se den las condiciones aptas para que se pueda desarrollar en estos dos ámbitos.

Pero la responsabilidad de crear este ambiente apto, si bien en un primer término recae en la empresa y el empleador, en un segundo momento se traspaesa esta responsabilidad hacia el Estado, en su rol subsidiario, quien deberá también prestar atención al cumplimiento de los beneficios establecidos para la madre trabajadora, así como también deberá vigilar que este ambiente propicio se mantenga en orden.

Así las cosas, no bastará con la dictación de más y nuevas normas que pretendan garantizar el bienestar de la madre y el hijo, a través de imponer nuevas

cargas al empleador, sino que será necesario el establecimiento de un mecanismo rápido y concreto que pueda mantener el *status quo* del ambiente laboral, sea previniendo mediante incentivos o sancionando el incumplimiento de forma ejemplar.

De lo anterior, podemos ver entonces que esta carga de crear y mantener un ambiente laboral o condiciones de trabajo aptas para el potencial desarrollo de la mujer en su condición de madre, el empleador deberá cumplirlo asumiendo el rol protector que le asigna nuestra legislación dentro de la relación laboral. Para ello deberá poner atención en diversas situaciones.

La necesidad de estas condiciones apropiadas, se podrá apreciar desde el comienzo de la relación laboral, en el entendido que el empleador no debe incurrir en discriminación o en un trato despectivo hacia la mujer por su condición o posible condición de madre. Así también deberá propiciarse las facilidades necesarias para que la trabajadora pueda hacer uso de los beneficios establecidos en caso de estar embarazada o haber nacido su hijo.

Es posible tender a pensar que, como se desarrolló en el punto anterior de este capítulo, el empleador comience a utilizar algunas artimañas con el fin de hostigar a la trabajadora para que vea tal cantidad de trabas a su desarrollo maternal, que opte por irse de la empresa y dedicarse exclusivamente a cumplir con su rol de madre, dejando de lado su desarrollo profesional. Esta situación sólo

ayudará a promover la disminución de la fuerza trabajadora femenina, en pos de atender su labor natural de maternidad.

Es precisamente en estos casos en que la legislación garantista, latamente explicada en el presente trabajo, sólo pasará a constituir una buena intención por parte de nuestro legislador, puesto que no cumplirá con su objetivo. Sólo cuando la trabajadora logre sentirse parte de la empresa y vea que existen las condiciones correctas para poder compatibilizar sus labores con el rol de madre, podrá ver como normal su desarrollo en estos dos ámbitos.

Ahora bien, aún cuando la empresa o el empleador cumplan grata y fielmente con la legislación laboral que se establece en protección de la maternidad, el Estado pasará a jugar un rol de suma importancia para lograr el objetivo esperado por nuestro legislador, toda vez que los derechos establecidos en favor de la trabajadora implican el cumplimiento de un complejo sistema de subsidios que aportarán tanto en lo económico como en lo emocional de la madre trabajadora.

Lo anterior debido a que, como es de público conocimiento, todo permiso establecido para la trabajadora, sea por concepto de descanso pre y post natal, enfermedad del hijo, es subsidiado o supervisado por el estado mediante el sistema de licencias médicas, las cuales tenderán a reemplazar la remuneración que dejará de recibir la trabajadora.

Pero cabe preguntarse ¿qué ocurrirá si el pago del subsidio establecido no es oportuno?, ¿tendrá el efecto querido por nuestro legislador al establecer los subsidios, que el pago de estos sea retardado por semanas o por meses?, ¿cómo podría la madre que se encuentra con descanso pre natal tener un embarazo saludable si debe cargar con el problema de la tardanza en los pagos?

Lo anterior son sólo hipótesis recogidas a la luz de sentir social respecto del sistema de subsidios establecido por el Estado, que en definitiva adquiere mayor gravedad, en mi opinión, cuando la persona afectada es una mujer embarazada o con un hijo recién nacido, toda vez que sus problemas afectarán también al hijo en diversas medidas.

Entonces, no bastará con la sola dictación de normas garantistas que pretendan resguardar la salud de la madre y del hijo, cuando la primera se encuentre desarrollando también un trabajo remunerado, sino que será necesaria la preocupación de las demás aristas que interfieren en el desarrollo de la trabajadora, a saber, la exigencia de cumplimiento por parte del empleador a las normas antes referidas, la preocupación de éste de mantener un espacio laboral propicio e igualitario para la trabajadora en su condición de madre, el cumplimiento oportuno por parte del Estado en los beneficios otorgados a la trabajadora.

Ahora bien, como pasaremos a analizar en los capítulos siguientes, de una forma más bien crítica, la alternativa que tiene la trabajadora cuando son

conculcados sus derechos, establecidos en protección y beneficio de la maternidad, es a través de la vía del reclamo administrativo, lo que más que una solución viene a constituirse en un problema y una carga adicional para la trabajadora, atendido lo burocrático y poco efectivo que es el procedimiento establecido para ello.

Como es de toda lógica, el establecimiento de derechos a favor de las trabajadoras que se aventuran en la experiencia de la maternidad, debe traer consigo un sistema sancionatorio que repudie el incumplimiento de la normativa legal y, a su vez, promueva el cumplimiento de la misma, lo cual en nuestro país no se logra a cabalidad.

CAPÍTULO IV:
“SISTEMA DE FISCALIZACIÓN DE INFRACCIONES”

4.1 Denuncia ante la Inspección del Trabajo.

Tal como cómo se anticipara en el capítulo anterior, nuestro legislador ha establecido una serie de normas legales que buscan garantizar la protección a la maternidad dentro del derecho laboral, con el fin de poder promover e incentivar el desarrollo de la trabajadora tanto en su condición de tal como en su condición de madre.

Sin embargo y a pesar del esfuerzo realizado por el legislador en establecer estas normas, no siempre se logra el objetivo buscado por ellas toda vez que, o se producen incumplimientos e infracciones por parte del empleador, o no existen las condiciones óptimas para que la trabajadora goce de los beneficios establecidos en su favor.

Ante esta realidad, los trabajadores tienen como opción de solución el procedimiento de denuncia establecido ante la Inspección del Trabajo, procedimiento establecido para todo tipo de infracciones a las normas laborales, denuncia que debe ser efectuada, tramitada y resuelta por la entidad administrativa mencionada.

La Dirección del Trabajo ha definido la denuncia como *“la acción iniciada por un trabajador o un familiar de éste, por un de trabajadores o dirigentes sindicales, mientras la relación laboral se encuentra vigente. Consiste en denunciar infracciones o incumplimientos de las disposiciones legales laborales, previsionales, de salud y/o higiene y seguridad, ocurridas en la empresa.”*⁴⁸

Así, cuando la trabajadora vea vulnerados sus derechos laborales, en especial aquellos que garantizan la protección a la maternidad, deberá iniciar un proceso engorroso y burocrático ante la Inspección del Trabajo respectiva, a fin de que esta inicie una etapa de inspección o fiscalización por funcionarios encargados de la misma entidad, la cual tendrá por finalidad constatar la efectividad de los hechos denunciados.

Como podremos ver más adelante, si bien es cierto existe una buena intención con el establecimiento de este proceso de denuncia, no es menos cierto que este mecanismo resulta muy poco diligente y efectivo para lograr el fin de mantener indemnes los derechos de las trabajadoras que se encuentren embarazadas o hayan sido madres recientemente.

Entonces podemos esbozar como un primer requisito para poder realizar la denuncia, la condición de encontrarse vigente la relación laboral entre el denunciante y la empresa o empleador, y como segundo requisito, que la denuncia sea efectuada respecto de infracciones o de incumplimientos a las disposiciones

⁴⁸ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Gobierno de Chile. Portal web institucional.

legales en materia laboral. Pues bien, pasemos a ver ahora las características específicas en materia de denuncias, que han sido establecidas por nuestro legislador.

A) Formalidades de la denuncia.

El procedimiento de denuncia en sí no es complejo, más bien es de fácil acceso para cualquier trabajador o trabajadora que desee iniciar el proceso de denuncia ante la Inspección del Trabajo. Para ello, el o los interesados deberán concurrir a la oficina de la entidad antes aludida correspondiente a la dirección donde esté ubicada la empresa en que ocurren las irregularidades a denunciar.

La denuncia será tomada por escrito por parte de un funcionario, quien solicitará la mayor información posible acerca de los hechos y antecedentes que sean útiles para fundamentar las irregularidades o infracciones materia de la denuncia. Éste funcionario efectuará un análisis previo acerca de si la denuncia cumple con las condiciones para ser admitida a tramitación, y en caso afirmativo informará al o los denunciantes acerca del procedimiento aplicable.

En este caso, la Inspección del Trabajo ordenará la realización de una o más fiscalizaciones, con el objeto de que un funcionario de la misma investigue la efectividad de los hechos e irregularidades denunciadas. En caso que, de la investigación efectuada por el fiscalizador se constate la veracidad de los hechos denunciados y, por ello, la infracción o incumplimiento de normas legales, la Inspección del Trabajo procederá a cursar las multas respectivas en contra del

empleador o, en su caso, citará a denunciante y denunciado a una audiencia de mediación para solucionar el conflicto.

El resultado de la denuncia y del proceso de fiscalización, será puesto en conocimiento de él o los denunciantes, mediante una carta certificada enviada por el Jefe de la Unidad de Fiscalización de la Inspección del Trabajo donde fuera efectuada la denuncia, al domicilio que se haya consignado en la solicitud de fiscalización.

B) Requisitos para hacer la denuncia.

Como ya mencionáramos, los primeros elementos que se requieren para efectuar la denuncia ante la Inspección del Trabajo, es que la relación laboral se encuentre vigente y que la denuncia verse sobre infracciones e incumplimiento de las normas laborales. Ante lo anterior, podemos ver que se desprende otro requisito, y es el hecho de existir una infracción o incumplimiento a las normas legales laborales y que ello genere la afectación de derechos de la trabajadora.

Entonces tenemos estos tres requisitos preliminares y esenciales que deben conjugarse para que la trabajadora pueda efectuar una denuncia ante la Inspección del Trabajo, cuando vea conculcados sus derechos, en lo que se refiere a la protección a la maternidad. Deberá al menos tenerse certeza acerca de un hecho específico que signifique vulneración de derechos por incumplimiento de normas laborales.

Ahora bien, al momento de efectuarse la denuncia, nos encontraremos también con ciertos requisitos de orden práctico que le serán exigidos al momento de comparecer a efectuar el reclamo. En este sentido, será necesario que la trabajadora aporte los siguientes antecedentes⁴⁹:

- *Cédula de identidad del denunciante.* Este documento será solicitado cuando sea el mismo afectado quien realiza la denuncia, de lo contrario se ingresará la denuncia sólo con el número de Rut de la trabajadora afectada.
- *Nombre o razón social del empleador.* Es necesario saber, de forma específica y concreta, en contra de quien se dirige la denuncia, y por empleador debe entenderse la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de la trabajadora en virtud de un contrato de trabajo.
- *Dirección comercial del empleador.* Como parte de la individualización misma del empleador, relacionado con el punto anterior.
- *Lugar específico donde el trabajador presta sus servicios.* Debido a que será en ese lugar en donde el fiscalizador deberá realizar la constatación acerca de la veracidad de los hechos vulneratorios denunciados.
- *Materia denunciada por la que se solicita fiscalización.* Este punto se hace indispensable, por cuanto al efectuarse la fiscalización se buscará

⁴⁹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Gobierno de Chile. Portal web institucional.

determinar la ocurrencia de los hechos denunciados de forma específica, sin atender a hechos distintos.

C) Sistema de generación de fiscalización.

De lo expresado en los dos puntos anteriores, podemos ver que el sistema de denuncia ante la Inspección del Trabajo, propuesto como solución ante las infracciones en que incurran los empleadores durante la relación laboral, se encuentra basado en un proceso de fiscalización o visita investigativa que realiza un funcionario de la misma entidad que recibe el reclamo efectuado por la trabajadora.

Sin embargo es preciso señalar que este proceso de fiscalización no se produce de forma automática al momento de recepcionarse la denuncia por parte de la Inspección del Trabajo, sino que, una vez que se considera que los hechos sean constitutivos de infracciones o incumplimientos que ameriten ser investigados, se genera el proceso de fiscalización.

En este sentido, tal como lo señala la Dirección del Trabajo, la fiscalización debe ser entendida como *“un conjunto de actividades orientadas a la elevación y el mejoramiento constante de los niveles de cumplimiento de la legislación laboral, previsional y de salud y seguridad en el trabajo, cuya supervigilancia es responsabilidad de la Dirección del Trabajo.”*

Si bien es cierto que el proceso establecido para fiscalización, por parte de la Dirección del Trabajo, tiene en sí mismo una finalidad y un objetivo bastante noble,

que es incentivar el cumplimiento de las normas laborales por la empresa y el empleador, a través de la imposición de multas y sanciones administrativas, no es menos cierto que dicha finalidad no siempre podrá ser cumplida a cabalidad.

Lo anterior debido a un engorroso y complejo sistema en que se basa la generación de la visita inspectiva por parte del fiscalizador, el cual deberá primero premunirse de todos los antecedentes necesarios, fácticos y legales, antes de poder constatar en terreno la veracidad de los hechos infraccionales denunciados por la trabajadora.

La actividad de fiscalización, si bien se origina con la denuncia en la hipótesis que estamos tratando en el presente trabajo, seguirá un proceso administrativo previo e interno, por parte de la Dirección del Trabajo, en el cual se deberán seguir los siguientes pasos⁵⁰:

- 1° Generación de orden de fiscalización.
- 2° Generación de expediente de procedimiento inspectivo.
- 3° Asignación de fiscalización a funcionario determinado.
- 4° Calendarización de visita inspectiva.
- 5° Interiorización del funcionario en la denuncia y su contenido.
- 6° Preparación de información y normativa legal aplicable.
- 7° Realización de la visita inspectiva.
- 8° Resolución del fiscalizador.

⁵⁰ Circular N° 88. “*Establece manual de procedimientos de fiscalización y deja sin efecto normativa que se indica*”. 05 de Julio de 2001. Dirección del Trabajo.

9º Revisión de resolución por parte de Jefatura Administrativa.

De lo anterior podemos ver que el proceso de fiscalización, con el cual se pretende optimizar e incentivar el debido cumplimiento de la normativa laboral, es de suyo complejo y extenso, lo cual deviene en soluciones o sanciones administrativas que no consiguen evitar la vulneración de derechos que se produce con la infracción o incumplimiento que fuera denunciado por la trabajadora.

4.2 Oportunidad y efectividad de la fiscalización.

Hemos podido ver de todo lo expuesto hasta este momento, cual es la finalidad del proceso de fiscalización establecido por la Dirección del Trabajo, cual es el sistema de generación del mismo, los requisitos exigidos para poder generar dicho proceso fiscalizador a través de la denuncia, y la forma en que esta misma deberá efectuarse ante la Inspección del Trabajo.

Pues bien, es precisamente en el proceso mismo de fiscalización en el cual nos detendremos en el presente acápite, por cuanto la forma en que este se genera y desarrolla se aparta mucho de su objetivo y del ideal de solución que busca la trabajadora cuando comparece a efectuar la denuncia ante la entidad administrativa correspondiente.

Por lo general los casos en que la mujer trabajadora, que se encuentra en estado de embarazo y una vez nacido su hijo, que ve transgredidos sus derechos se

produce por actos de acoso laboral por parte de su empleador y de sus superiores, acoso laboral que se manifiesta mediante hostigamiento y hostilidad respecto del uso que hace la trabajadora de sus derechos laborales, derechos que buscan proteger la maternidad y la salud del que está por nacer.

En teoría el proceso de intervención de autoridades facultadas por la Ley para supervisar el apego a la normativa laboral vigente de parte de empleadores, debiera garantizar al trabajador o trabajadora que los derechos y condiciones laborales sean monitoreados debidamente, con el fin de detectar, corregir y, en su caso, sancionar cualquier desviación respecto a su correcto cumplimiento.

Para lograr esto, y debido a que los actos de acoso laboral en que se incurre en contra de la trabajadora se manifiestan de forma intermitente y con hechos o actos puntuales por parte del empleador, es un requisito esencial de la fiscalización que esta sea llevada a cabo con la mayor celeridad e inmediatez, una vez que se ha efectuado la denuncia.

Sin embargo, el proceso de generación de la visita inspectiva sólo contribuye a quitarle premura a la fiscalización y volver demasiado burocrático y lento el proceso mismo, lo que impide que este logre, en la mayoría de los casos, el objetivo primordial del procedimiento, que es constatar la efectividad de los hechos denunciados como incumplimientos a las normas laborales.

Podremos ver del proceso explicado en el punto anterior, que para llegar efectivamente a generar la visita inspectiva de fiscalización, se deben seguir pasos

estrictos e inevitables que redundarán en una fiscalización tardía y, con ello, en una solución inapropiada para los hechos que hubieren sido denunciados. Más aún, esta tardanza permite al empleador, en su calidad de infractor, de premunirse de los antecedentes de defensa que podrá demostrar al momento de la fiscalización.

Ya hemos mencionado anteriormente la responsabilidad que tiene el empleador en la relación laboral debido a su mejor posición en la misma. Es precisamente esta posición mejorada del empleador la que le permite enfrentar con cierta ventaja la fiscalización generada, puesto que el fiscalizador deberá constatar los antecedentes que den cuenta de la infracción, lo cual es una labor bastante compleja.

Podremos ver que en algunos casos la fiscalización es del todo efectiva y logra sus objetivos, cuando la infracción o vulneración de derechos pueda constar en antecedentes escrito o documentales, lo cual es serán clara prueba de los hechos denunciados. En estos casos el fiscalizador podrá acreditar la veracidad de los hechos que motivaron la visita inspectiva, de forma simple y práctica, revisando los antecedentes que solicite.

Ahora bien, como ya fuera mencionado en este trabajo, en los casos de la trabajadora amparada por el fuero maternal, los hechos a través de los cuales se ocasionan las infracciones o incumplimiento vulneratorios de derechos, se

producen a través de actos de hostigamiento y de acoso laboral, los cuales en ningún caso podrán demostrarse a través de documentos o antecedentes escritos.

En este caso nos referimos a hechos, situaciones de carácter fáctico. Entonces el fiscalizador tendrá que recurrir a distintos tipos de actuaciones que le permitan investigar los hechos denunciados, a fin de demostrar si son veraces o no. El fiscalizador en muchos casos tendrá que intentar recabar información a través de otros trabajadores, los cuales en muy pocos casos aceptarán entregar sus testimonios de forma abierta, por el temor a las represalias que pudiera tomar el empleador en su contra.

Muchas veces ocurrirá que es la misma trabajadora la que opta por no denunciar los hechos en los cuales ve vulnerados sus derechos, atendido que opta por mantener su fuente laboral, en desmedro de su dignidad y de su bienestar. Esto se da debido a que el empleador, a través de los actos de acoso laboral, lo que busca es “cansar” a la trabajadora para que ella renuncie y, liberarse así la empresa de la “carga” de tener una trabajadora embarazada.

Entonces es absolutamente comprensible, que en caso de recibirse una denuncia por infracciones a la ley laboral o por acoso laboral, por parte de una trabajadora que se encuentre amparada por el fuero maternal, será de vital importancia para poder dar una respuesta satisfactoria, que la Inspección del Trabajo realice las gestiones necesarias con la debida premura y rapidez, que impidan que el acto denunciado se diluya.

El actual sistema de fiscalización, atendida su lentitud e incierta eficacia para lograr el fin buscado, lo que hace es desincentivar a la trabajadora para efectuar la correspondiente denuncia en los casos en que se vea afectada, toda vez que al hacerlo es más lo que pone en riesgo que el resultado óptimo que podría esperar y, convengamos que una trabajadora embarazada no se encuentra en condiciones reales de arriesgar.

Por el contrario, cuando la trabajadora se encuentra amparada por la institución del fuero maternal, si bien le asisten una serie de derechos y garantías dentro de la relación laboral, no es menos cierto que también deberá cuidar de su salud y de su bienestar, tanto físico como psicológico, además de pensar en cuidar su fuente laboral. Como hacer compatibles todas estas preocupaciones, es una tarea pendiente de nuestra legislación laboral.

4.3 Desamparo ante abusos del empleador.

De las situaciones planteadas anteriormente, podremos ver entonces que la trabajadora, en aquellos casos en que pasa por el proceso del embarazo o bien de la maternidad, ve bastante desmejorada su posición dentro de la relación laboral, toda vez que aún cuando es amparada por el fuero maternal, queda expuesta a los cambios que puedan generarse en el trato con su empleador, cambios que no hacen sino producir conflictos para la trabajadora.

Debemos entender que cualquier tipo de acoso laboral es una práctica ilegítima, pero en el caso de la mujer que goza de fuera maternal es, además, ilegal. La trabajadora en esta situación sólo puede ser alejada de su trabajo previa autorización judicial. Sin embargo son cientos los casos que esconden una realidad distinta, casos en los cuales la trabajadora es víctima de hostigamientos, humillación, falta de dignidad o violencia psicológica ejercida en su contra, con el acoso en que incurre el empleador.

Son ofensas que las trabajadoras temen denunciar por miedo a perder el trabajo, a pesar de encontrarse en un lugar que termina convirtiéndose en hostil y desagradable. Ahora bien, los casos de acoso son fenómenos bastante complejos, puesto que hay situaciones que es posible percibir las de una forma distinta. En términos generales, la trabajadora que es víctima de estos casos de hostigamiento, comienza a percibir ciertos cambios en su relación laboral, sin darse cuenta de inmediato que está siendo víctima del acoso.

Se le comienza a excluir de actividades en las cuales participa el personal, se le da una sobrecarga de trabajo excesiva o, por el contrario, se produce una extraña disminución de tareas, lo que no hace sino mantenerla desocupada durante la jornada laboral. En ocasiones puede ocurrir que la trabajadora sea relegada de sus funciones, cambiada de lugar de trabajo aislada, todo con el fin de que ella se canse y busque renunciar a fin de no seguir viviendo dichas situaciones.

Ahora bien, es bastante difícil detectar desde un comienzo cuando se producen estos hechos de hostigamiento y acoso por parte del empleador y de los demás trabajadores. Se dan muchos casos en los cuales el empleador, bajo el manto de una buena relación laboral, solicita a la trabajadora ceder en ciertos derechos ofreciéndole mantener o mejorar algunas otras condiciones. Sin embargo las buenas relaciones laborales no pueden sustentarse en el abuso de las facultades por una de las partes y la resignación de la otra.

Una buena relación laboral, es aquella en que ambas partes actúan con respeto de los derechos del otro, es aquella en que la dignidad de la persona forma parte esencial del trato diario laboral. La buena relación Laboral, que trasciende al contrato de trabajo, es aquella en que ambas partes cumplen con los deberes contractuales y legales, pero por sobre todo con el contenido ético y moral que nace de él, y que impone deberes y valores como la fraternidad, el respeto, la discreción, la buena fe, la lealtad, la salud, la seguridad, el auxilio, entre otros.

Sin embargo no en todos los lugares de trabajo podremos encontrar este tipo de relación laboral, en la que la lealtad trasciende a las condiciones de los trabajadores, en la cual no existirá discriminación por la situación en que se encuentre la trabajadora.

Como dijéramos, muchas veces la trabajadora opta por no denunciar los hechos de hostigamiento en que se ve perjudicada, pero la pregunta es por qué no denuncia estos hechos. La respuesta es simple, el temor de la trabajadora, temor a

perder su trabajo y muchas veces única fuente laboral, temor a ser considerada conflictiva y sufrir represalias, temor a que ante la búsqueda de un nuevo trabajo, se tenga información acerca de la denuncia efectuada. Estos temores son del todo legítimos y válidos, aún cuando no debieran ser motivo suficiente para callar un caso de vulneración de derechos.

Sin embargo, mientras las malas prácticas del empleador y el sistema de fiscalización no cambien, en el sentido de darle una mayor seguridad a la trabajadora acerca del resultado de su denuncia, estos temores estarán muy lejos de desaparecer.

Es preciso señalar que nuestra legislación laboral considera entre sus principio rectores la irrenunciabilidad de los derechos laborales en esta materia, los cuales se encuentran amparados por la Ley. Entre estos derechos se encuentran los que protegen la maternidad, de manera que la protección legal existe, pero la forma de defender su cumplimiento no es apta para lograr el fin de nuestra legislación.

Todo lo dicho hasta ahora nos permite enfatizar en la necesidad de un cambio legislativo y administrativo en cuanto al sistema de fiscalización laboral ejecutado por la Dirección del Trabajo, por cuanto en la forma en que hoy se encuentra planteado produce una capacidad limitada para fiscalizar oportunamente una buena porción de las denuncias efectuadas. No basta con dictar leyes laborales que impongan más obligaciones a los empleadores y

otorguen mayores derechos a las trabajadoras amparadas con el fuero maternal, si los mecanismos institucionales de vigilancia de estas normas laborales son insuficientes e ineficaces.

Ahora bien, cualquier reforma que se aplique al sistema de fiscalización, no deberá olvidar que la institucionalidad laboral es débil, de un alcance bastante limitado y, además se encuentra expuesta constantemente a los cambios gubernamentales. En el capítulo final de este trabajo serán propuestos algunos cambios necesarios, tanto en el ámbito legal, en el institucional, como en el sistema de fiscalización, que creo son necesarios para dar una cabal protección a las trabajadoras.

CAPÍTULO V:

“EL FUERO MATERNAL EN EL DERECHO COMPARADO”

5.1 Análisis de la Legislación Europea.

A) DERECHO ESPAÑOL.

En la legislación española, las normas que regulan las relaciones laborales se encuentran establecidas en diversas normas, y no solo en un texto legal. Así podemos encontrar las disposiciones legales insertas en la Constitución Española de 1978, como norma superior, y que informan el derecho español. En esta línea, el artículo 14 del cuerpo normativo antes referido ⁵¹, establece el derecho a la igualdad ante la Ley y el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancias personal.

Así también encontraremos el numeral 1 del artículo 39 de la Constitución Española⁵², en el cual se establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social de la familia, y en el numeral 2 del artículo 9 del texto

⁵¹ Artículo 14 Constitución Española 1978: “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

⁵² Artículo 39 N° 1 Constitución Española 1978: “*1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”.

constitucional⁵³ se atribuye la obligación de promover las condiciones para que la libertad e igualdad de los individuos y los grupos que integran sean efectivas.

Por último, el texto de la norma constitucional establecerá en su artículo 35⁵⁴, el deber y derecho de toda persona a trabajar, la libre elección de su profesión u oficio, así como la prohibición de hacer discriminaciones por sexo. Además se establece también la obligación de regular la situación de los trabajadores mediante un estatuto legal.

Ahora bien, entrando a analizar de forma más específica lo que se refiere a las normas laborales, y según lo dispone la misma Constitución, se dicta por ley el Estatuto de los Trabajadores, el cual fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, el 24 de marzo de 1995, como norma laboral per se, en un análogo de lo que sería en nuestro país el Código del Trabajo.

Deberá considerarse además la Ley 39/1999, del 05 de noviembre de 1999, la cual promueve la conciliación entre la vida familiar y la vida laboral, introduciendo cambios legislativos importantes, a fin de facilitar que los trabajadores puedan participar activamente en la vida familiar, y permitiendo que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos.

⁵³ Artículo 9 N° 2 Constitución Española 1978: “2. *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”.

⁵⁴ Artículo 35 Constitución Española 1978: “1. *Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo*. 2. *La ley regulará un estatuto de los trabajadores*”.

De gran importancia será también la Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo de 2007, la cual se centra en promover la igualdad de trato entre hombres y mujeres, especialmente con la eliminación y sanción de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en todo ámbito de la vida. Esta norma sancionará como discriminación directa por razón de sexo, cualquier trato desfavorable hacia la mujer, que tenga relación con el embarazo o la maternidad.

De forma más específica, en la legislación española se establecen los siguientes derechos y beneficios a favor de la trabajadora que se encuentra embarazada y durante el periodo de lactancia, los que abarcan tanto prohibiciones para el empleador durante la relación laboral, como permisos por motivo de la maternidad de la trabajadora.

- PROHIBICIÓN DE DESPIDO: Se establece la prohibición de despedir a la trabajadora durante su proceso de maternidad, por considerarse motivos discriminatorios por razón de sexo, y por ello se entenderá nula la decisión de extinguir la relación laboral en los siguientes supuestos:

- a) Trabajadoras embarazadas, desde el inicio del embarazo y hasta el comienzo del periodo de suspensión por maternidad, aún cuando el empresario no tenga conocimiento de ello.
- b) Trabajadores que se encuentren en suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades relativas al embarazo, parto o lactancia natural.

- c) Trabajadores que hayan solicitado excedencia de la suspensión, para el cuidado de un hijo menor de tres años.
- d) Trabajadores que hayan solicitado permiso de lactancia, hospitalización de neonato o reducción de jornada para el cuidado de un menor de 8 años, o mientras disfruten de estos permisos.
- e) Trabajadores que se reintegren al trabajo una vez finalizado el periodo de suspensión por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hayan transcurrido más de 9 meses desde la fecha de nacimiento, acogimiento o adopción del hijo.

- SEGURIDAD Y SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LACTANCIA NATURAL: Según las normas españolas y en concordancia con las directrices europeas que protegen la seguridad y la salud de la mujer embarazada o que haya dado a luz recientemente, lo cual obliga al empleador a efectuar una evaluación de los factores de riesgo, para adaptar las condiciones de trabajo y tiempo a la condición de la trabajadora.

En este sentido, se deberá tener en consideración 2 situaciones particulares:

- 1) La exposición de los trabajadores a agentes químicos, físicos y biológicos que puedan ejercer efectos de toxicidad, por la incidencia que puedan tener en la fertilidad y desarrollo de descendencia.
- 2) Naturaleza, grado y duración de la exposición que sufra la trabajadora en periodo de embarazo o lactancia a agentes, procedimientos o

condiciones de trabajo que influyan negativamente en su salud o la del feto.

Así, si de la evaluación efectuada se revela un riesgo para la seguridad y salud, con posible repercusión en el embarazo o lactancia y no se pueda evitar la exposición a dicho riesgo, se deberán adoptar las siguientes medidas:

- 1) Asignar a la trabajadora un puesto compatible con su estado, pero dentro de su grupo o categoría equivalente.
 - 2) Si no fuere posible lo anterior, deberá ser destinada la trabajadora a un puesto fuera de su grupo o categoría equivalente, pero conservando el conjunto de retribuciones de origen.
 - 3) Por último, si ninguna de las dos opciones anteriores fuera técnica ni objetivamente posible, deberá declararse la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo.
- SISTEMA DE PERMISOS: Se establece un sistema de permisos, previo al parto y posterior a él, en el cual la trabajadora podrá seguir gozando de su remuneración. Estos permisos se establecen a través de la suspensión del contrato de trabajo, suspensión durante la cual la trabajadora deberá seguir gozando de su remuneración.
- 1) **Permiso anterior al parto:** En el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, se establece como causal de suspensión del contrato de trabajo la maternidad de la mujer trabajadora y la adopción de menores

de 5 años. Esta suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo. En este sentido, no se establece un plazo promedio ni estable para esta suspensión, sino que dependerá de las condiciones propias del embarazo. La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo se extingue en los casos de acaecimiento de un aborto.

2) **Permiso posterior al parto:** En el artículo 48 numeral 4 de los Estatutos de los Trabajadores, se establece que en el supuesto del parto, al suspensión del contrato de trabajo tendrá una duración de 16 semanas ininterrumpidas, las que podrán modificarse en los siguientes casos:

- Parto múltiple, se amplía en dos semanas por cada hijo a partir del segundo.
- Discapacidad del hijo menor adoptado, se amplía en dos semanas.
- Fallecimiento del hijo, no se reduce a menos que una vez finalizadas las primeras seis semanas, la madre solicite su reincorporación.
- Hospitalización del neonato, se puede suspender el periodo de descanso o aumentar su duración.

3) **Exámenes médicos:** la trabajadora tendrá derecho a ausentarse de sus funciones durante el tiempo que sea indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación de parto, que deban efectuarse dentro de la jornada laboral.

- REINCORPORACIÓN AL TRABAJO: Una vez terminada la suspensión del contrato de trabajo posterior al parto, sea por el cumplimiento del plazo o por solicitud de la madre, la trabajadora tendrá derecho a una reducción de su jornada, sin pérdida de retribución, en los casos en que necesite tiempo para la atención y el cuidado de sus hijos. Esto se da en las siguientes circunstancias:

- 1) Lactancia, cuando el hijo es menor a 9 meses, se tendrá derecho a 1 hora de ausencia del trabajo, divisible en dos fracciones, aumentándose su duración proporcionalmente en caso de parto múltiple. Este permiso podrá sustituirse por una reducción de la jornada en media hora, o acumularse en jornadas completas.
- 2) Neonatos hospitalizados, la madre tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante 1 hora, previo aviso y justificación del permiso, pudiendo también reducirse su jornada de trabajo hasta en 2 horas, con la correspondiente disminución salarial.

B) DERECHO ALEMÁN.

La protección a la maternidad en la legislación alemana, se comenzó a regular a partir de fines del siglo XIX. Una ley del año 1878 estableció por primera vez el concepto de baja por maternidad, la cual era de carácter obligatorio para las obreras de fábricas, pero con periodos mucho más reducidos que los establecidos

actualmente, pues ordenaba un descanso de tres semanas después de acaecido el parto.

Luego, en la Constitución alemana dictada el 14 de agosto del año 1919, en su artículo 119 disponía expresamente que *“incumbe al Estado mirar por la pureza, sanidad y mejoramiento de la familia. Las familias de prole numerosa tienen derecho a asistencia compensatoria. La maternidad tiene derecho a la protección y asistencia del Estado.”* Ese mismo año Alemania suscribió el convenio de Washington, de la Organización Internacional del Trabajo, en el cual se incorporaban disposiciones referentes a la baja laboral, pausas para lactancia, establecía sistemas de subsidio por maternidad y prohibición de despido con motivo del embarazo y el parto.

Pero no fue sino hasta el año 1927 en que se dicta la “Ley de Protección a la Maternidad” en que se puso en plena práctica el convenio de Washington, siendo Alemania el primer país Europeo en dar aplicación legal al convenio de la OIT, ley en la cual se recogen las orientaciones entregadas en el tratado internacional referido, estableciendo de forma específica y detallada las normas para dar cobertura legal al proceso de maternidad en el derecho laboral.⁵⁵

1.- Mutterschutz.

En este sentido el sistema de protección a la trabajadora embarazada y una vez nacido el hijo, es mediante lo que se denomina “baja por maternidad”. Se considera en principio como aquel periodo de tiempo que le corresponde a la

⁵⁵ Marrades Puig, Ana. “Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento”. Año 2002. pág. 43-44.

madre no acudir al trabajo por motivo de su reciente maternidad pero durante el cual sigue cobrando su salario.

Este periodo de baja laboral es de 14 semanas totales, 6 antes de parto y 8 posteriores al acaecimiento de éste. En caso de tratarse de un parto múltiple el descanso posterior al parto podrá aumentarse hasta 12 semanas y, en caso de que se trate de parto prematuro podrían ser más, cuestión que se analizará medicamente caso a caso.

La baja por maternidad establecida una vez que ocurra el parto, es decir el descanso post natal, podrá ser dividido entre los dos progenitores, siempre que el médico tratante determine que la madre puede reintegrarse a su trabajo sin peligro alguno para su estado de salud. En este caso, sea cual el progenitor que este gozando de la baja laboral, seguirá cobrando su sueldo.

Le quedará expresamente prohibido al empleador poder despedir al progenitor que este gozando del beneficio de baja por maternidad, cualquiera sea el progenitor que este gozando de este, ya que el trabajador se encuentra protegido por la ley alemana de protección contra el despido.

2.- Elternzeit.

Así también, la legislación alemana considera el beneficio denominado “excedencia por maternidad”. En este caso estamos hablando de un periodo de beneficio posterior al término de la baja por maternidad, periodo en el cual la madre podrá optar por dejar de trabajar o reducir su jornada laboral, sin perder su

puesto de trabajo. La diferencia está en que durante este periodo no recibirá sueldo o lo verá disminuido en la proporción que disminuya su jornada.

Este periodo de descanso o beneficio podrá ser disfrutado por cualquiera de los progenitores, en cualquier momento durante los primeros 3 años de vida del hijo, pudiendo optar la madre entre suspensión total de sus labores o reducción de jornada. En este último caso la legislación dispone que la reducción de jornada no signifique trabajar menos de 15 horas ni más de 30 horas semanales. Será requisito indispensable para esta reducción que el progenitor haya trabajado en la empresa por al menos 6 meses y ésta cuente con más de 15 trabajadores.

El derecho de “excedencia por maternidad” podrá ser disfrutado por ambos progenitores, sea simultáneamente o de forma consecutiva, pero sólo durante los 3 primeros años de vida del hijo. En este caso, el empleador tendrá la obligación de cuidar el puesto de trabajo del progenitor, pues el trabajador se encuentra protegido por la Ley alemana de protección contra el despido.

Para solicitar la excedencia por maternidad, el trabajador deberá comunicarle la decisión al empleador con al menos 7 semanas de antelación a comienzo del beneficio. Así también, el progenitor podrá alternar periodos de trabajo con periodos de excedencia, pero con un límite de 2 excedencias, pero si la primera es de un año completo, no podrá acogerse a la segunda excedencia a menos que el empleador lo permita.

3.- Elterngeld.

En relación al beneficio de la excedencia por maternidad, referido en el punto anterior, se establece el “*elternngeld*”, que consiste en una ayuda de índole social y económica que el estado les brinda a los progenitores que deseen acogerse a la excedencia por maternidad. Esta ayuda económica podrá recibirse durante los primeros meses de excedencia, aunque la duración total dependerá de diversos factores.

En primer lugar se establece que este beneficio podrá cobrarse sólo durante los 14 primeros meses de vida del niño. En caso que los dos progenitores opten por la excedencia, sólo podrán cobrar en conjunto 14 meses de ayuda, sea que lo hagan de forma simultánea o consecutiva. Ahora bien, en caso que uno sólo de los progenitores solicite esta ayuda por excedencia, podrá recibir como máximo 12 meses.

Así mismo se establece que el mínimo que deberá recibir el progenitor en caso de solicitar esta ayuda, será de dos meses. En caso que se trate de una familia monoparental, la ayuda la podrá solicitar y recibir sólo el progenitor que tiene a su cuidado al hijo. En los casos de parto múltiple, el beneficio o subsidio se podrá cobrar por cada hijo que se haya tenido.

En este sentido, podremos ver entonces que, la única forma para que el Estado entregue 14 meses de ayuda o subsidio, será en los casos de padre o madre solteros, o en los casos en que ambos progenitores se acojan al beneficio de la excedencia por maternidad y soliciten este subsidio.

4.- Efecto social.

Podremos ver que gracias al sistema de protección y ayuda que entrega el estado, para una trabajadora no será tan traumático, laboral y económicamente hablando, afrontar el hecho de tener un hijo. Lo normal será que la trabajadora, una vez conocida la noticia del embarazo, se acoja a la baja por maternidad durante todo el periodo disponible, es decir 14 semanas. Luego de ello con total seguridad solicitará la excedencia y junto con ello la ayuda monetaria que le entrega el estado.

Este hecho se debe a varios motivos. Por un lado tenemos que para una madre poder quedarse con su hijo y seguir cobrando una buena parte de su sueldo es algo más que tentador, a lo cual no suelen renunciar. Por otro lado, el Estado Alemán le brindará las facilidades y la protección necesaria para poder reincorporarse a sus labores una vez terminados los periodos de descanso.

Todo esto provoca que la excedencia maternal, más que algo deseable, se convierta en algo necesario y beneficioso. Sin embargo, muchas madres al ver el beneficio de poder quedarse en casa cuidando a su hijo sin perder su puesto de trabajo, optarán por mantener la excedencia aún cuando se termine el periodo de subsidio por parte del Estado, lo que a la larga provocará que la madre esté fuera del mercado laboral durante excesivo tiempo, haciendo muy complicado su reincorporación al mismo.

5.2 Análisis de la Legislación Sud Americana.

A) DERECHO ARGENTINO.

La legislación argentina comprende una serie de garantías para las trabajadoras embarazadas, dentro de las que destacan la protección especial por maternidad, que se refiere a la prohibición de ser despedida durante el embarazo, la llamada licencia por maternidad, y que se refiere al tiempo sin trabajar que le corresponde a la trabajadora antes y después de nacido el hijo, y el pago de remuneraciones y asignaciones familiares con motivo de la maternidad.

- Protección especial por maternidad:

La ley argentina establece una protección especial con motivo de la maternidad de la trabajadora, protección que tendrá una duración de siete meses y medio durante el embarazo y antes del parto, y de siete meses y medio después del alumbramiento. Esta protección si bien permite el despido durante su periodo de vigencia, impone una drástica sanción al empleador que incurra en la desvinculación de la trabajadora.

Así, en caso que la madre sea despedida durante la cobertura de esta protección especial, se considerará que el despido fue a causa de la maternidad, siendo condenado el empleador al pago de una indemnización en beneficio de la trabajadora despedida, que asciende a 12 veces el sueldo de la trabajadora, además de la indemnización legal por despido sin causa justa.

En este sentido, el gobierno argentino a través de su Ministerio del Trabajo, dispondrá de un departamento especializado que recibirá las denuncias hechas por las trabajadoras que consideren que su despido es injustificado y ocasionado por su condición maternal, departamento estatal que se encargará de aplicar las sanciones antes mencionadas y entregará la asesoría necesaria a la trabajadora.

- Licencia por maternidad:

Como ya se dijo, la licencia por maternidad es el periodo de descanso del que puede disfrutar la trabajadora, con motivo de su embarazo o por el nacimiento de su hijo. Cabe señalar que en la legislación argentina no se considera este tipo de licencia o de descanso para los caso de adopción, sino solo en casos de maternidad natural.

En Argentina la licencia por maternidad tendrá una duración total de 90 días, que podrán ser distribuidos entre el periodo anterior y posterior al parto, de las siguientes maneras:

- Ausentarse del trabajo por 45 días, contados hacia atrás desde la fecha probable de parto, y ausentarse por 45 días después de acontecido el nacimiento del hijo.

- Ausentarse solamente por 30 días antes de la de fecha probable de parto, y acumular 60 días de descanso posteriores al alumbramiento, caso en el cual se deberá presentar certificado del médico tratante que autorice a trabajar 15 días adicionales antes del parto.

- En caso de ocurrir un parto prematuro, todo aquel tiempo de licencia que no se uso antes del parto, se podrán acumular al periodo post parto, hasta completar los 90 días de descanso legal.

Una vez finalizada la licencia por maternidad, la trabajadora podrá volver a sus labores, debiendo el empleador mantenerla en su puesto de trabajo. Sin embargo, la trabajadora tendrá la opción de mantener en “excedencia”, que consiste en un permiso no pagado que pueden solicitar las trabajadoras en caso que lleven un año o más de antigüedad en la empresa.

Este periodo de excedencia deberá ser de al menos 3 meses y máximo de 6 meses, debiendo ser informada al empleador esta decisión al menos con dos días de anticipación al término de la licencia por maternidad, bajo sanción de no poder optar a este periodo de excedencia.

En caso de enfermedad durante o posterior al parto, lo que corresponde es la “licencia por enfermedad”, para lo cual se deberá presentar un certificado médico apenas te diagnostiquen la enfermedad, para que se pueda hacer efectiva esta licencia, en el cual deberá estar señalada la imposibilidad de trabajar con motivo de la enfermedad.

Esta licencia no podrá descontar de los 90 días legales de licencia por maternidad, y será pagada sólo durante 6 meses, o hasta 12 meses en caso que la madre sea la proveedora de la familia, dependiendo también de la antigüedad que lleve en el trabajo.

- Pago de remuneraciones y asignaciones familiares:

Durante el periodo de duración de la licencia por maternidad, en que la trabajadora se ausenta de la empresa, no percibirá una remuneración propiamente tal, sino una asignación familiar por maternidad que paga el Estado a fin de cubrir el salario completo mientras la licencia se encuentra vigente. En caso que la trabajadora tenga más de un empleo, tendrá derecho a cobrar esta asignación familiar por maternidad en cada uno de ellos.

Además, durante el embarazo la trabajadora podrá recibir una suma de dinero mensual adicional, asignación familiar denominada “prenatal”, y que es equivalente a la asignación familiar por hijo, que se cobrará desde el nacimiento hasta los 18 años de los hijos. Lo anterior es debido a que la ley argentina considera a la persona como ser humano desde el momento mismo de la concepción.

Cuando el embarazo sea interrumpido de forma natural (por la pérdida del hijo), si se produce el aborto por razones terapéuticas o quirúrgicas determinadas por el médico tratante, de igual forma se podrá cobrar la asignación familiar de prenatal, pero estas situaciones de aborto natural, terapéutico o quirúrgico tendrán que darse pasados los tres meses de embarazo y se cobra hasta el mes en que se interrumpió, o se decidió interrumpir, la gestación.

A) DERECHO BRASILEIRO.

En la legislación brasilera, las normas laborales se encuentran contenidas en la denominada "*Consolidación de las Leyes del Trabajo*", la cual surge como una necesidad constitucional del país, después de la creación del Ministerio del Trabajo en el año 1939, en un momento en que Brasil estaba inmerso en un proceso de cambios, en que se transformaba su economía desde lo agrario hacia lo industrial.

Esta legislación laboral se encuentra contenida en el Decreto ley N° 5452, dictado en el año 1943, y que hasta la fecha ha sido objeto de innumerables modificaciones, principalmente por disposiciones de carácter constitucional que han incidido en las materias reguladas por esta normativa.

En este sentido, y gracias a las reformas promovidas por el gobierno brasilero en el año 2010, Brasil ha pasado a estar a la vanguardia de los países latinoamericanos en lo que a licencias de maternidad se refiere, sólo por detrás de Chile, Venezuela y Cuba, países aún más proteccionistas con sus trabajadoras en etapa de maternidad.

En general el gobierno de Brasil ha establecido una serie de derechos y beneficios a favor de la trabajadora, cuando esta se encuentra embarazada y una vez nacido el hijo, los cuales tienen como función la protección tanto de la madre como del niño, así como el cuidado durante sus primeros meses.

Uno de los primeros derechos establecidos en la legislación brasilera para proteger a la trabajadora fue, establecer la prohibición legal del despido a causa del embarazo, por considerarse que no es justo motivo para su desvinculación, siendo

amparada por la “*Consolidación de las Leyes del Trabajo*” en caso que el empleador infrinja esta prohibición.

Luego se establece el sistema de licencias médicas con motivo del embarazo y la maternidad. Sin embargo se ha establecido como un primer requisito para acceder a este beneficio el hecho de haber cotizado en la seguridad social durante un periodo de al menos 10 meses, para así encontrarse en condiciones de recibir la licencia de maternidad para que no tengan que trabajar con gestación avanzada y para que puedan disfrutar del recién nacido después del [parto](#).

Según las últimas reformas introducidas a la legislación laboral en Brasil, se ha establecido un periodo de descanso por maternidad de 4 meses en total, a repartir entre el periodo pre y post natal. Ahora bien este periodo de descanso es aplicable a las trabajadoras del sector privado, por cuanto en el sector público esta licencia puede alcanzar hasta los 6 meses de descanso.

Con la finalidad de poder igualar las condiciones laborales y sus beneficios entre todas las trabajadoras brasileras, el gobierno ha optado por ayudar a las empresas privadas y darles incentivos fiscales para motivarlas a extender voluntariamente la licencia de maternidad hasta los 6 meses, igual que en el sector público.

En el caso de tratarse de una adopción, el tiempo de la licencia por maternidad será variable, dependiendo de la edad que tenga el niño al momento de ser adoptado. Si el hijo tiene hasta 1 año de edad, la licencia será de 120 días, si

tiene entre 1 y 4 años, la licencia será de 60 días, y si tiene entre 4 y 8 años, la licencia por maternidad será sólo de 30 días.

Durante este periodo de licencia por maternidad, las trabajadoras del sector privado recibirán su sueldo completo e íntegro, durante todo el periodo de tiempo en que se extienda la licencia, remuneración que será pagada directamente por el empleador, quien luego recibirá por parte del Estado el monto correspondiente a lo pagado.

En el caso de las trabajadoras del sector público y aquellas que se desempeñan de forma autónoma, tendrán derecho a un subsidio que se calculará de acuerdo a diferentes criterios aplicado por el Estado, y deberán gestionar de forma directa el pago de dicho subsidio ante la institución de Seguridad Social, encargada de dichas materias.

Además del sistema de descansos por maternidad, en Brasil se han establecido otros derechos, a saber:

- En casos excepcionales que sean diagnosticados medicamente, la trabajadora embarazada podrá solicitar el cambio de sus funciones al interior de su trabajo, si las que ejerce pudieren ocasionar perjuicios a su salud o a la de su hijo.

- En caso de ocurrencia de un aborto que no sea de índole criminal, la trabajadora tendrá derecho a un descanso remunerado de 2 semanas.

- Una vez que haya nacido el hijo, la trabajadora tendrá derecho a dos descansos durante la jornada de trabajado, de media hora cada uno, con el fin de amamantar a su hijo hasta que éste cumpla seis meses.

- Por último, en aquellos establecimientos en que trabajen 30 o más mujeres, mayores de dieciséis años, el empleador deberá disponer de un lugar apropiado donde las trabajadoras puedan dejar, bajo cuidado y supervisión, a sus hijos en período de lactancia.

5.3 Análisis de la Legislación de Estados Unidos.

Pasemos finalmente a revisar la forma en que se brinda protección a la trabajadora, en caso de embarazo y maternidad, en el derecho norteamericano de Estados Unidos. Cabe señalar como primer antecedentes, que la legislación de dicho país deriva en gran medida del Common Law, o derecho anglosajón, proveniente desde Inglaterra, y que tiene gran aplicación en los territorios que tienen influencia británica. Sin embargo, la norma o fuente de derecho más importante es a Constitución de los Estados Unidos y a ella quedan sujetas todas las otras normas.

Ahora bien, cuando no remitimos al derecho laboral, nos encontraremos con que éste se ha construido como una colección bastante amplia de leyes federales y estatales, que se remiten a regular distintos ámbitos del derecho del trabajo. Sin embargo, uno de los ámbitos que han quedado sin regulación por parte de la

legislación laboral estadounidense es el referido al descanso con motivo de embarazo o maternidad.

En este ámbito, Estados Unidos es el único país desarrollado que integra, junto a algunos países de África y Oceanía, un pequeño y poco célebre grupo de países que no asumen como Estado el costo de las licencias por maternidad de las trabajadoras, tanto en el embarazo como una vez acaecido el nacimiento del hijo, y que además no tienen en considerado en su legislación este beneficio.

Como consecuencia de ello, las trabajadoras, para poder dedicarse a sus hijos tendrán que emplear distintos recursos legales que, combinados unos con otros, les permitirán acceder al descanso necesario y correspondiente al proceso de maternidad por el que atraviesan. Entre estos recurso legales encontraremos la baja por incapacidad temporal, la baja por enfermedad, tiempo de vacaciones, días de permiso y la baja temporal sin sueldo.

Ahora bien, a pesar de lo mencionado anteriormente, existen algunas compañías más progresistas que, de forma voluntaria, ofrecen este tiempo de descanso a los nuevos padres, en alguno casos de hasta 6 semanas.

En el año 1993 se aprobó la dictación del Acta Federal de Baja Médica y Familiar (FMLA), en la cual se permitía a la mayoría de los empleados la posibilidad de disponer de hasta 12 semanas de baja médica por el nacimiento o la adopción de un hijo. Sin embargo estas bajas laborales no son remuneradas y tampoco estaban consideradas para las trabajadoras de empresas pequeñas.

En esta misma línea, y atendido que en la legislación estadounidense se permite a cada Estado poder legislar respecto de distintos asuntos, en el año 2002, el Estado de California fue el primero en aprobar las bajas por maternidad de forma independiente de la incapacidad, y el pago la remuneración durante éste periodo de baja. Sin embargo existen otros Estados que recientemente están agregando ésta posibilidad a la discusión legislativa, y otros que ni siquiera permiten a la trabajadora acogerse a un descanso temporal.

Atendida la situación antes relatada en que se encuentran en Estados Unidos las trabajadoras que pasan por el proceso de maternidad, sea durante el embarazo o una vez nacido el hijo, el recurso más apto y frecuente que utilizarán para poder gozar del descanso laboral, será entonces la denominada “baja por incapacidad temporal”. En qué consiste este sistema de permiso laboral, pasamos a revisar.

La baja por incapacidad temporal está destinada a aquellos trabajadores que no se encuentren en condiciones de desempeñar sus labores debido a una enfermedad, una lesión o un parto inminente. Este sistema permitirá al trabajador seguir percibiendo su sueldo o al menos parte de él, según quien sea el que autorice la baja por incapacidad.

Durante este periodo de baja por incapacidad temporal, la trabajadora tendrá derecho a recibir un subsidio que por el total o por un porcentaje de su sueldo, dependiendo de cada caso. Éste subsidio podrá ser cubierto por el Estado,

por el mismo empleador o por un seguro particular contratado por la trabajadora, en el cual deberá pagar una prima mensual.

Ahora bien, volviendo al sistema de “baja por maternidad” establecido en las leyes federales, se establece que la baja de 12 semanas sin goce de sueldo establecida en FMLA deberá ser solicitada al empleador al menos con 30 días de anticipación de la fecha en que se pretende dar inicio a la misma. De acuerdo a esta misma normativa la baja por maternidad o baja no pagada, podrá ser utilizada en cualquier momento de la gestación o después del parto, teniendo como condición que la ausencia laboral termine siempre antes de los 12 meses siguientes al parto.

CAPÍTULO VI:

“PROPUESTA DE SOLUCIONES PARA PROTECCIÓN DE LA MUJER TRABAJADORA AMPARADA POR EL FUERO MATERNAL”

En el desarrollo del presente trabajo, hemos podido analizar en detalle cuales son las condiciones de protección en que se encuentran las trabajadoras en Chile, en aquellos casos en que inicia su proceso de maternidad. Pero también hemos podido hacer un análisis acerca de situaciones de desamparo que se producen durante la relación laboral.

Se ha efectuado la explicación en detalle de los alcances que tiene el fuero maternal en Chile, además de la revisión acerca de la gama de derechos que le asiste a la trabajadora embarazada en nuestro país, así como también algunos ejemplos extranjeros acerca de la legislación vigente en materia laboral, en el derecho comparado.

Por último se ha efectuado una descripción practica de cómo funciona el sistema de fiscalización de infracciones en nuestra institucionalidad laboral, la cual se desarrolla mediante un proceso basado en la denuncia y las visitas fiscalizadoras para poder determinar la ocurrencia del hecho infraccional.

Lo anterior nos permite hacer una evaluación positiva en cuanto a la visión garantista que tiene nuestro legislador respecto de las trabajadoras embarazadas y cuando inician su etapa de madre, sobre todo cuando hacemos la comparación con

otros países que también contienen en su legislación la protección a la madre trabajadora, pues Chile se encuentra a la vanguardia en este tema.

Es conveniente tener presente que nuestros legisladores y el Estado ha realizado una serie de esfuerzos legislativos y sociales, con el fin de poder llegar a establecer esta condición garantista y de protección. Sin embargo y a pesar de ello, aún quedan muchas cosas por hacer para brindar una mayor protección a la trabajadora cuando es madre y, más aún cuando está embarazada.

Lo que sigue son una serie de propuestas acerca de los aspectos que deben ser modificados en nuestra legislación para poder llegar a un sistema que le brinde la necesaria atención y le de las herramientas a la trabajadora para tener una buena calidad de vida y, con ello, poder darle la misma a su hijo.

6.1 MODIFICACIONES A LA LEGISLACIÓN VIGENTE.

Tal como se expresara en párrafos anteriores, nuestro país hoy se encuentra muy bien posicionado en cuanto a la protección a la trabajadora en etapa de maternidad y los derechos laborales establecidos en su beneficio y en de su hijo, antes y después de nacido.

No obstante ello, existen algunos vacíos importantes en materia de protección a los derechos de las mujeres en todo el periodo perinatal, especialmente en lo que se refiere al pago de subsidios por licencias pre natal y

post natal, las modificaciones referidas al descanso parental y en lo que se refiere a la alimentación del hijo menor de 2 años.

i) En lo que se refiere al descanso pre y post natal, nuestra legislación exige que la mujer haya trabajado de forma dependiente al menos 3 meses antes de quedar embarazada, lo cual conlleva consigo el mismo tiempo de cotización en una AFP, además de haber pagado un plan de Isapre o Fonasa por al menos 6 meses antes de quedar embarazadas, en caso de ser trabajadoras independientes.

Lo anterior evidentemente provocará que existan casos de trabajadoras, sobre todo aquellas más jóvenes, que queden excluidas de poder gozar de este subsidio durante las licencias con motivo del nacimiento del hijo, por no cumplir con los requisitos mencionados. Sin embargo y a pesar de no tener acceso al pago del subsidio, de todas formas estarán obligadas al descanso por maternidad.

Así también, para efectos del cálculo del pago de las licencias pre y post natales, se considerará el promedio de sueldo de los tres meses anteriores al embarazo, los que no necesariamente reflejan los ingresos de la trabajadora al momento de iniciar su descanso, lo que podría originar una gran diferencia entre lo que reciba como subsidio con lo que realmente recibía como remuneración antes del comienzo de la licencia.

Más aún si se considera que para este cálculo se promedia el pago imponible para efectos previsionales de los tres meses anteriores al embarazo, lo que deja fuera del cálculo todo monto que no sea imponible, como gratificaciones, comisiones, así

como también perjudicará a aquellas trabajadoras independientes que también reciben pagos por honorarios y su cotización sea por un monto menor, a aquellas con lagunas previsionales y aquellas que simplemente no trabajaban antes de embarazarse.

Lo anterior no hace otra cosa que generar una serie de desigualdades entre las trabajadoras, lo cual se aparta del ideal legislativo que debe establecer derechos en beneficio de todas las personas, sin exclusión. En este sentido es necesario modificar nuestra Ley laboral vigente y poder establecer derechos igualitarios para trabajadoras que se encuentren en la misma situación, la maternidad, sin condicionar estos beneficios sociales.

Siguiendo en esta misma línea, este autor considera necesario modificar nuestra Ley, inicialmente, en cuanto a la forma de asignación de los subsidios por maternidad, por cuanto todas las trabajadoras que se vean en la situación de estar embarazadas puedan acceder al pago durante las licencias de pre y post natal, sin importar el tiempo que lleven trabajando y/o cotizando, y sin importar la forma en que reciban su remuneración o su honorario.

Además de ello es del todo necesario que el cálculo se realice en base al sueldo íntegro actual que recibe la trabajadora en el mes inmediatamente anterior al inicio de la licencia, pues es la única forma de asegurar la continuidad de la remuneración y así no ocasionar diferencias económicas entre el sueldo y el

subsidio, que sólo lograrán mermar el bienestar de la madre durante el periodo de descanso maternal y asimismo la carencia para el hijo una vez nacido.

Chile merece y necesita generar políticas públicas de protección a la maternidad que se centren en la igualdad y en el real bienestar de las trabajadoras y sus hijos, debiendo garantizar a toda familia al menos la certeza de mantener sus ingresos durante el descanso maternal, poniendo en el centro de la discusión las condiciones laborales de la mujer y que el beneficio social que implica el nacimiento de un niño debe ser también asumido por la sociedad en su conjunto y no una carga financiera asumida por la mujer y su pareja.

ii) Otro punto a destacar de nuestra legislación es el descanso parental, o el post natal para los padres. Es claro que nuestro legislador, y así lo manifestaron en su momento los involucrados en la discusión legislativa, al momento de pensar en esta posibilidad de descanso de los padres buscaba promover la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos, cuestión que en la actualidad no se logra.

Esta posibilidad que tiene la madre de traspasar parte de su descanso al padre, sea por 6 semanas completas o 12 semanas a media jornada según la opción que ejerza la madre, trae consigo un gran dilema para los padres. Lo anterior debido a que este descanso no es propiamente un post natal parental, sino que es una especie de canje de la licencia maternal que se traspasa al padre, debiendo la madre poner fin a su descanso.

Es evidente que este sistema no potenciará la corresponsabilidad entre ambos padres, toda vez que el padre optará por permitirle a la madre disfrutar de su descanso completo, principalmente en beneficio del hijo. Es por todos conocido que el periodo de amamantamiento durante los primeros meses de edad es de suma importancia.

En esta misma línea, ocurre que al momento de optar por quien continúa la licencia post natal, la madre siempre tendrá la primera opción, siendo el padre relegado a la voluntad de ésta. Este tipo de diseño de permiso parental masculino, en que la madre debe sacrificar parte de su permiso, es pésimo. No promueve la participación de los padres en la paternidad y en las tareas domésticas, ya que un escaso porcentaje de ellos accederá a la licencia.

En mi opinión, se debe propender a una licencia o descanso parental independiente del de la madre, muy por encima de los 5 días de descanso que tienen en la actualidad los trabajadores dependientes. Los primeros meses de vida de un niño son los más delicados y aquellos en los cuales requerirá mayor atención de sus padres y, que mejor, que dicha atención se la puedan brindar juntos.

Si bien en nuestra legislación laboral se ha avanzado mucho en los últimos años, aún estamos lejos de lograr esta corresponsabilidad en la crianza y la equidad de género en las labores del hogar. Como país seguimos siendo conservadores en este ámbito, pues aún se mantiene la idea de que las madres

realizan la mayor parte del trabajo doméstico y de las tareas de cuidado y crianza de los hijos.

Nuestra legislación necesita orientarse hacia un post natal parental individual de al menos 4 o 6 semanas de descanso, sea que el padre tenga o no contrato, con un sistema de subsidio para el padre, exclusivo e intransferible, y que deba ser disfrutado en paralelo al descanso maternal. Esto permitirá mejorar los indicadores de desarrollo de niños y niñas, el bienestar familiar, avanzar a la corresponsabilidad y lograr relaciones domésticas más igualitarias entre hombres y mujeres.

iii) Por último, es un punto crítico de nuestra legislación vigente lo que se refiere al derecho que la asiste a la trabajadora de poder dar alimento de forma directa al hijo menor de dos años, y hasta esa edad. Según este beneficio establecido por nuestro legislador, la madre tendrá derecho para ausentarse por un total de 1 hora de sus labores, con el fin de poder dar esta alimentación al hijo.

En la actualidad, muchas campañas se efectúan referidas a la alimentación de los niños en sus primeros años de vida, señalando la gran importancia de la misma para el desarrollo del niño. Más aún la OMS considera de vital importancia el periodo de amamantamiento del hijo y los efectos nocivos de acelerar la etapa en que el niño deje de alimentarse de la leche materna.

En este sentido podemos ver que el sistema adoptado por nuestro legislador para permitir a la trabajadora encargarse de la alimentación del hijo, será del todo

insuficiente, pues vemos que esta hora entregada a la trabajadora se traduce en definitiva en que ésta ingresa a su trabajo un hora más tarde o se retira del mismo uno hora antes, lo cual solo le permitirá a la trabajadora asistir a un horario de alimentación del hijo dentro del día.

Podremos ver que, por lo extenso de la jornada laboral normal en Chile, y las grandes distancias que deben recorrer muchas madres para llegar a sus trabajos, una hora de permiso no significa prácticamente nada, pues ese tiempo lo utiliza sólo en trayectos y no en el uso que se le debe dar, el cual alimentar al hijo en forma personal.

Así las cosas, a menos que la trabajadora desempeñe sus funciones en una empresa que deba contar con sala cuna y esta se encuentre en dependencias de la misma, el tiempo entregado por el legislador es del todo insuficiente para los fines propuestos. Debe necesariamente relacionarse este derecho del permiso para alimentar al hijo, con la exigencia a los empleadores de contar con una sala cuna cercana o con un recinto para el cuidado de los hijos.

Atendido lo anterior, es de mi opinión que la legislación vigente debiera ser modificada en estos dos sentidos, a fin de poder compatibilizar los derechos establecidos en beneficio de la madre y del hijo, a fin de que no resulten contraproducentes unos con otros.

Para ello debería ser modificado el estatuto de derecho establecidos a favor de la madre trabajadora, en el sentido de exigir a todos los empleadores,

independiente de cuántas trabajadoras se desempeñen en la empresa, a mantener convenios con Jardines Infantiles o Salas Cunas cercanas para que se encarguen del cuidado de los hijos y, junto con ello, aumentar el permiso otorgado para alimentación, a fin de que la madre pueda efectivamente utilizar este permiso con dicho fin.

Así, en el caso que sean menos de 20 trabajadoras, la obligación del empleador será la de buscar una institución dedicada al cuidado de menores que se encuentre a una distancia prudente para que la madre pueda movilizarse dentro del tiempo destinado a la alimentación. Y en caso que sean más de 20 trabajadoras tendrá la obligación de mantener un recinto de sala cuna en dependencias de la empresa.

De no ser así, el descanso entregado a la madre para alimentar a su hijo hasta los dos años de edad, no tendrá ningún sentido ni podrá cumplir los fines para los cuales se entrega este derecho, por cuanto la madre se verá imposibilitada de llegar a su destino dentro del tiempo entregado para ello y sólo podrá alimentar a su hijo una vez al día, lo cual a todas luces es insuficiente.

En caso contrario, el tiempo destinado a la alimentación del hijo deberá ser mayor, de al menos dos horas durante la jornada laboral, a fin que la madre participe de la alimentación del hijo, como mínimo durante la mañana y durante la tarde, lo cual aún sigue siendo escaso.

6.2 MODIFICACIÓN DE LA INSTITUCIONALIDAD VIGENTE.

Luego de haber efectuado algunas propuestas de cambio a la legislación vigente, en lo que a protección a la maternidad en el trabajo se refiere, pasemos ahora a analizar otro de los puntos importantes en este sistema de derechos, y que tiene que ver con los órganos involucrados en el cumplimiento de las garantías establecidas a favor de las trabajadoras.

En la actualidad nuestra institucionalidad laboral se centra en la existencia de un Servicio Público descentralizado, la Dirección del Trabajo, la cual tiene como misión velar por el cumplimiento de la legislación laboral, previsional, de seguridad y de salud en el trabajo, fortaleciendo sistemas de prevención y solución de conflictos entre trabajadores y empleadores.

Ahora bien el órgano encargado de llevar a cabo la fiscalización ante los trabajadores y los empleadores, será la Inspección del Trabajo, la cual tendrá como principal misión la de fiscalizar en terreno el cumplimiento de las leyes laborales y previsionales y la de recomendar la sanción para los casos en que descubra infracciones a la normativa vigente.

En este punto es donde se evidencia una debilidad en los casos de infracciones a las normas que otorgan protección a la trabajadora en proceso de maternidad. No es una novedad mencionar que en estas situaciones la vulneración de derechos se produce por actos o actitudes espontáneas y que, de no poder ser revisadas en el momento, corren el riesgo de desvanecerse de forma muy rápida.

En este sentido, y atendido el sistema de fiscalización ya explicado en este trabajo, requiere en la mayoría de los casos que primero se efectúe una denuncia formal, rigiéndose para ello por el burocrático proceso. Ello implicará que una vez acaecida la infracción la trabajadora tenga que dirigirse hasta la Inspección del Trabajo respectiva y efectuar la denuncia, tiempo en el cual todo indicio de infracción se podrá diluir.

Ahora bien, para entender esta gran dificultad será necesario comprender y asumir como diferentes las infracciones laborales que se relacionen con la legislación que establece derechos para las trabajadoras por motivo de su maternidad, para así entender que deben ser consideradas y atendidas de forma especial y distinta a otro tipo de infracciones.

Cabe señalar que en la actualidad, la Inspección del Trabajo recibe todo tipo de denuncias de infracciones laborales y por ello debe encargarse de la fiscalización en común de todas ellas, lo cual impide la dedicación y el tratamiento necesario ante la vulneración de derechos de trabajadoras por su condición de embarazo o de madres.

Así las cosas, en opinión de este autor es necesario modificar la institucionalidad laboral vigente en la actualidad, en el sentido de crear una Oficina o Unidad de la Inspección del Trabajo que se centre en el fiscalización de denuncias por infracciones a las leyes laborales que otorgan derechos especiales a las trabajadoras por su condición de maternidad.

Así existiría un órgano especializado que podría atender este tipo de infracciones que, este autor, considera de carácter especial, atendida la poca evidencia y la falta de registros que puedan acreditar la veracidad de los hechos denunciados por la trabajadora, lo cual requerirá un conocimiento y práctica de carácter especial para poder realizar la fiscalización.

Además sería necesario tener fiscalizadores dedicados especialmente a este tipo de infracciones, los cuales deberán atender las denuncias de forma directa y realizar la visita inspectiva en el momento mismo de efectuarse la denuncia, no requiriendo documentos por parte de la denunciante e, incluso, dando la posibilidad de efectuar la denuncia a distancia, en el momento mismo de incurrirse en la infracción por parte del empleador.

Estas modificaciones permitirían la fiscalización más rigurosa y asertiva por parte de la Inspección del Trabajo, en casos de infracciones a derechos consagrados en protección a la maternidad, los cuales deben ser considerados de primordial importancia atendida su doble función, proteger el proceso natural de maternidad de la mujer, así como la salud y bienestar del hijo tanto en su gestación como en sus primeros años de vida.

6.3 MODIFICACIONES AL PROCEDIMIENTO DE FISCALIZACIÓN.

Tal como fuera referido en capítulo cuarto del presente trabajo y en el acápite anterior, el sistema de fiscalización empleado por la Inspección del Trabajo,

resulta muchas veces bastante engorroso y burocrático, lo cual conlleva que con la visita inspectiva no se logre acreditar los hechos denunciados y, muchas veces, quedarán sin sanción las infracciones incurridas por el empleador.

En este sentido, y tal como se ha expresado, atendido que las infracciones incurridas por el empleador respecto de derechos consagrado en protección a la maternidad, muchas veces son de carácter espontáneo y tienen que ver con el hostigamiento a las trabajadoras embarazadas, cambios repentinos y esporádicos de labores, respecto de los cuales no queda registro o antecedente escrito, es de suma importancia que la fiscalización se efectúe de forma oportuna e inmediata.

Por ello el actual sistema de fiscalización laboral imperante en nuestro país resulta muchas veces inoperante respecto de estas situaciones, toda vez que con las tardías visitas inspectivas no se logra constatar la ocurrencia de los hechos denunciados y la trabajadora no tendrá los medios necesarios para acreditar su denuncia.

La única evidencia que podría existir respecto de la denuncia efectuada será la versión que se entregue a través de testigos, compañeros de trabajo, los cuales será comprensible que no quieran declarar ni involucrarse en los hechos relatados por la trabajadora al fiscalizador, por el riesgo que corren de poner en peligro su propio trabajo si declaran en contra de su empleador.

Así las cosas, resulta evidente la necesidad de reformar el sistema de fiscalización, al menos para los casos en que la denuncia se refiera a derechos

establecidos en protección de la maternidad, con el fin de que se puedan evidenciar los actos infraccionales y que no queden en la impunidad aquellas vulneraciones de derechos en contra de las trabajadoras, por el hecho de encontrarse embarazadas.

Por ello, en opinión de quien desarrolla el presente trabajo, es imperativa la modificación al sistema de fiscalización referida, en orden a poder atender de forma oportuna las denuncias que se realicen, buscando también con ello la sanción correspondiente y ejemplarizadora para aquel empleador que incurra en infracciones de esta índole.

La modificación a realizar deberá tener como horizonte la especialización de fiscalizadores que tengan dedicación exclusiva a los requerimientos efectuados por las madres trabajadoras, los cuales, al momento de recibir la denuncia, se por vía presencial o a distancia, se dispongan de forma inmediata a realizar la visita inspectiva y, una vez en terreno, obtener los antecedentes necesarios para poder realizar la fiscalización.

Para ello se deberá aumentar el número de fiscalizadores que existan en la Inspección del Trabajo, y destinar cierta cantidad de ellos a la especialización de este tipo de infracciones, a fin de que adquieran cierta experiencia respecto de cómo se desarrollan estas vulneraciones de derechos y, con ello, puedan poner el énfasis de la fiscalización en los acontecimientos infraccionales, más que en las evidencias o documentos que requieran para respaldar la denuncia.

Sólo con la modificación propuesta será posible lograr el objetivo de la fiscalización y la real protección de los derechos establecidos por nuestro legislador en protección a la maternidad en el trabajo, sancionando de forma efectiva las vulneraciones de derechos que ocurran en estos casos y manteniendo indemnes las garantías de la madre y del hijo.

CONCLUSIONES.

Desde el año 1952 en nuestro país, son tres las tendencias principales que han marcado los cambios en la legislación y en la práctica en materia de salud y seguridad en el trabajo de las mujeres embarazadas y las madres en periodo puerperal. Se ha evolucionado claramente hacia el abandono de las disposiciones de carácter general que prohibían determinados trabajos a las mujeres y su sustitución por medidas de protección más específicas en favor de determinados grupos vulnerables, como las trabajadoras antes y después del parto.

El análisis hecho hasta ahora por nuestros legisladores a la necesidad de protección y trato diferenciado que tienen las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, cuando están insertas en el ámbito productivo, se aleja mucho de la legislación ideal en esta materia. Muchas veces se ha mencionado la intención de modificar y hacer cambios que hagan progresar esta situación, pero la verdad es que en la actualidad falta mucho por hacer.

Si bien es cierto que se han efectuado avances legislativos que posicionan a Chile como uno de los países con la mejor legislación al respecto, no es menos cierto que existen muchos vacíos legales y aspectos en los cuales aún queda mucho por mejorar para poder dar cabal protección a la madre trabajadora, al hijo en sus primeros años de desarrollo, pero también al padre en su función de corresponsabilidad en la crianza.

Ahora bien, es necesario reconocer que el estatuto jurídico de protección a la maternidad en el Derecho del Trabajo se encuentra claramente establecido en el código del ramo y en diversas circulares dictadas por la Dirección del Trabajo. Pero lo difícil es lograr conciliar estas garantías con la práctica laboral desarrollada dentro de la empresa y con los intereses del empleador.

Con todo lo expresado en el desarrollo de este trabajo, ha quedado claramente establecida la situación desmejorada, en nuestra legislación laboral, de la mujer trabajadora que goza de fuero maternal. Hemos podido ver que las trabajadoras que se encuentran en estado de embarazo, cada vez se enfrentan a más injusticias y desigualdades por parte de sus empleadores, las cuales muchas veces quedan sin sanción y produce un estado de temor e indefensión en la trabajadora, al no tener un ente protector activo y diligente que fiscalice las irregularidades.

El problema aquí es que todas estas desigualdades y discriminaciones que sufre la mujer embarazada respecto a sus empleadores pueden ser superadas y mejoradas, pero para ello se requiere voluntad de todas las partes, tanto de los empleadores para responder a los requerimientos sobre la materia, como también de nuestros legisladores para poder generar leyes y normas que atiendan a esta situación social que tanto ha sido dejada de lado.

Un dato no menor es que la mayoría de las trabajadoras embarazadas hacen uso frecuente de licencias médicas por patologías del embarazo, con el fin de poder

favorecer el desarrollo de su maternidad y evitar que se produzca cualquier tipo de problema para la nueva vida que llevan dentro. Pero esta situación se podría solucionar de forma práctica mejorando las condiciones laborales de las trabajadoras en estado de gravidez, todo ello mediante cambios y modificaciones legales sumamente necesarias.

Los ámbitos de mejoramiento en la condición de las trabajadoras embarazadas y sujetas al fuero maternal dicen estrecha relación con el desarrollo óptimo de su condición de madre, tanto durante el desarrollo de la gestación como luego del alumbramiento, puesto que en cada una de esas etapas se requiere de concesiones especiales por parte del empleador.

Las modificaciones legales propuestas por este autor, quizás no vienen a solucionar de raíz el problema planteado a lo largo de este trabajo, pero de todas maneras contribuyen a mejorar la situación en que se encuentra la madre trabajadora ante el embarazo y el reciente nacimiento de su hijo.

Además de ello la legislación vigente en nuestro país se mantiene en una condición machista, en la cual la madre se encargará del cuidado del hijo y el padre solamente será un espectador de esta situación, sin atender al creciente interés que tienen los hombres de ser partícipes de la crianza y el desarrollo de los hijos, más aún en sus primeros años de vida.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, Edición 22º y 23º, Octubre 2014.
- 2.- GACETA JURÍDICA, Edición N° 202, año 1997.
- 3.- CAAMAÑO ROJO, EDUARDO. “Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, año 2009.
- 4.- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, RODOLFO. “Concepto De Persona, Titularidad Del Derecho A La Vida Y Aborto”. Revista de derecho (Valdivia), año 2007.
- 5.- HÚMERES NOGUER, HÉCTOR. “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” Tomo I y Tomo II. Décimo Octava Edición, 2009. Editorial Jurídica de Chile.
- 6.- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “Trabajo y Maternidad. Las Normas que Protegen la Salud de las Trabajadoras Embarazadas”. Ponencias presentadas en el seminario organizado conjuntamente por la OIT y la Dirección del Trabajo de Chile. Año 1998.
- 7.- VARAS MARCHANT, KARLA. “Protección a la Maternidad, una cuestión de fondo”. Escuela Sindical. Año 2014

- 8.- PALOMEQUE, M.C., EN UGARTE, J.L., "La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro". En Revista de Derecho. Vol. XX N°2. Diciembre de 2007.
- 9.- LEIVA VENEGAS, MARCELO Y QUILODRÁN ZAMORA, EXER. "El fuero maternal como régimen jurídico especial". Año 2002.
- 10.- DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Gobierno de Chile. "¿La maternidad castigada? Discriminación y malos tratos." Aporte al debate laboral. Año 2011.
- 11.- CAAMAÑO ROJO, EDUARDO. "La discriminación laboral indirecta". En Revista de Derecho. Vol 12, N° 2, Valdivia, Chile, año 2001.
- 12.- MARRADES PUIG, ANA. "Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento". Año 2002
- 13.- GONZÁLEZ G., XIMENA. "Tema de colección: Protección a la maternidad." En: LEGALPUBLISHING. (Eds.) Manual de consultas laborales y previsionales. Santiago, Chile. Legal Publishing. Año 2008.
- 14.- MELIS V., C. y SÁEZ C., F. "Derecho del Trabajo". Editorial Jurídica Conosur Ltda. TOMO II. Santiago, Chile. Año 2000.
- 15.- LEGAL PUBLISHING CHILE. "Grandes Temas Laborales para la empresa". Thomson Reuters. Santiago, Chile. Edición año 2013.
- 16.- AGUAYO MOHR C. y SKOKNIC LARRÁZABAL I. "Fiscalización Laboral". Editorial Punto Lex. Santiago, Chile. Edición año 2009.

17.- DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Portal web institucional. Compendio de Dictámenes ordinarios.

18.- CÓDIGO DEL TRABAJO, Gobierno de Chile. Dirección del Trabajo. Edición actualizada año 2015.