



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

**FACULTAD DE TRASPASO AL PADRE EN EL NUEVO PERMISO
POSTNATAL PARENTAL**

MARÍA JESÚS GORMAZ OTERO

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

PROFESORA GUÍA:

MARÍA CRISTINA GAJARDO HARBOE

SANTIAGO DE CHILE

2015

TABLA DE CONTENIDO

	Página
ÍNDICE DE ILUSTRACIONES Y CUADROS	iv
RESUMEN.....	v
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1: LA FACULTAD DE TRASPASO EN CHILE.....	4
1.1. La facultad de traspaso en la Ley 20.545	4
1.2. Objetivos del legislador. Historia de la ley.....	8
1.3. Interpretación de la norma	41
CAPÍTULO 2: ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN NACIONAL	56
2.1. Aplicación práctica de la norma.	56
2.2. Problemas en la legislación actual y consecuencias.....	70
CAPÍTULO 3: SOLUCIONES DEL DERECHO COMPARADO	102
3.1. Convenios y tratados internacionales	102
3.2. Situación general a nivel mundial	112
3.3. Situación concreta en algunos países.....	121
3.3.1. El caso de Cuba	121
3.3.2. El caso de España	124
3.3.3. El caso de Noruega.....	127

3.3.4. El caso de Suecia.....	130
CAPÍTULO 4: PROPUESTAS.....	135
4.1. Factibilidad de incorporar elementos del Derecho Comparado en Chile.....	135
4.2. Otras propuestas.....	146
CONCLUSIONES	156
BIBLIOGRAFÍA.....	161

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES Y CUADROS

	Página
TABLA 1: Tasa de natalidad en países de la OCDE, 1970-2006.	20
TABLA 2: Participación laboral por género en Latinoamérica.....	21
TABLA 3: Razones que impiden a las mujeres salir a trabajar en Chile. ...	22
TABLA 4: Tasas de desempleo por género, año 2009.....	87
TABLA 5: Estado civil por género, en empleados del sector bancario, año 2009-2010.	88
TABLA 6: Permiso pagado y no pagado para las madres (en semanas)...	115
TABLA 7: Permiso pagado y no pagado para los padres (en semanas)....	115

RESUMEN

En este trabajo examinaremos la facultad de traspaso al padre contemplada en la Ley 20.545 que crea el nuevo permiso postnatal parental, para determinar si la norma es adecuada o no para alcanzar los objetivos buscados por el legislador con su creación.

Analizaremos primero la historia fidedigna de la ley, para extraer estos objetivos. Luego procederemos a observar la aplicación práctica para más tarde determinar los problemas existentes en la norma y sus consecuencias. A continuación estudiaremos la situación en el Derecho Comparado. Y, por último, se realizarán las propuestas.

De este modo, se comprobará nuestra hipótesis: que la facultad de traspaso vigente no es adecuada para cumplir sus objetivos, ofreciéndose finalmente soluciones para ello.

INTRODUCCIÓN

La Ley 20.545 crea el Permiso Postnatal Parental, dentro del cual se incorpora la facultad de traspaso, que consiste en transferir parte del nuevo permiso al padre, con el fuero y subsidio incluidos, por un máximo de seis semanas, si el permiso dura doce, o de doce semanas, si dura dieciocho.

Sin duda esta facultad constituye una novedad que permitirá a muchos padres pasar más tiempo con sus hijos pequeños. Sin embargo, los límites que trae aparejados podrían ver disminuida su eficacia.

La facultad de traspaso se creó buscando la concretización de variados ideales, como la igualdad de género, menor discriminación a la mujer y corresponsabilidad parental, entre otros. Este trabajo tiene como

objetivo examinar entonces si las disposiciones relativas a esta facultad son adecuadas o no para cumplir con sus ideales, para así comprobar o rechazar nuestra hipótesis que afirma que, dados los límites existentes en la facultad de traspaso, ella no es idónea para lograrlos.

Para realizar este trabajo de investigación examinaré la Ley 20.545 y su respectiva historia fidedigna, junto con otros documentos, para extraer los objetivos que se buscaban con dicha norma y analizar su redacción. Luego se observará la interpretación y la aplicación que se le ha dado en la práctica, y sus consecuencias en relación a los objetivos. A continuación se examinará el Derecho Comparado, rescatando soluciones aplicables en nuestro país. Y procederé finalmente a determinar si la facultad de traspaso, en la forma que está estipulada en nuestra legislación, es adecuada para cumplir los objetivos propuestos para su creación, y en caso negativo, formular las propuestas.

La razón que me motivó a escoger este tema fue la importancia de esta facultad, que reside, entre otras cosas, en servir de contrapeso a la

principal desventaja derivada de aumentar el período postnatal, cual es una mayor discriminación laboral hacia mujeres en edad fértil. Si esta facultad no está inteligentemente regulada, se limitará su efectividad. Perjudicando también a los padres, que cada vez desean involucrarse más en el cuidado de sus hijos. Y, por último, ralentiza la evolución en el terreno de la equidad de los roles de madres y padres. Todo lo cual produce descontento en la sociedad e impide superar nuestros niveles de bienestar público.

En este trabajo se estudiará entonces un tema que prácticamente no ha sido tratado por nuestra doctrina, considerando que surge a partir de una ley relativamente reciente. Además, impera en nuestro país una visión conservadora que encarga a la madre la crianza de los hijos, no apreciando la importancia de la participación paterna en dicha tarea, por lo cual muy pocos han cuestionado la necesidad de otorgarle a ellos un permiso postnatal más amplio, de modo de posibilitarles un rol activo e igualitario en el cuidado de sus hijos.

CAPÍTULO 1: LA FACULTAD DE TRASPASO EN CHILE

1.1. La facultad de traspaso en la Ley 20.545

La ley 20.545, del 17 de octubre de 2011, establece el permiso postnatal parental, aumentando así el período de descanso de las madres trabajadoras.

Este permiso consiste en un período de descanso para los padres trabajadores que comienza a continuación del descanso postnatal de doce semanas. Éste puede ejercerse en dos modalidades: a jornada completa o a media jornada. En la primera modalidad, la trabajadora puede ausentarse de sus funciones por doce semanas percibiendo el 100% del subsidio, con tope de 73,2 UF. En la segunda, el permiso será de dieciocho semanas en media

jornada, percibiendo el 50% del subsidio. La decisión se deja a la madre trabajadora, debiendo avisar con treinta días de anticipación a su empleador, estando ambas opciones cubiertas por el fuero maternal.

Una de las novedades que incluye el permiso postnatal parental es la facultad de traspaso, que se refiere a la posibilidad que tiene la madre de transferir parte de su permiso al padre del niño. Dicha facultad se encuentra regulada en los incisos octavo y noveno del artículo 197 bis. del Código del Trabajo, el cual fue agregado por el primer artículo de la ley 20.545; estando consagrada de la siguiente manera:

“Si ambos padres son trabajadores, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del permiso postnatal parental, a partir de la séptima semana del mismo, por el número de semanas que ésta indique. Las semanas utilizadas por el padre deberán ubicarse en el período final del permiso y darán derecho al subsidio establecido en este artículo, calculado en base a sus remuneraciones. Le será aplicable al trabajador lo dispuesto en el inciso quinto.

En caso de que el padre haga uso del permiso postnatal parental, deberá dar aviso a su empleador mediante carta certificada enviada, a lo menos, con diez días de anticipación a la fecha en que hará uso del mencionado permiso, con copia a la Inspección del Trabajo. Copia de dicha comunicación deberá ser remitida, dentro del mismo plazo, al empleador de la trabajadora. A su vez, el empleador del padre deberá dar aviso a las entidades pagadoras del subsidio que correspondan, antes del inicio del permiso postnatal parental que aquél utilice.”

Esto quiere decir, en primer lugar, que es la madre quien tiene el poder de decidir usar esta facultad, y es ella quien decide su duración.

En segundo lugar, la facultad de traspaso tiene un límite temporal. Sólo puede otorgarse a partir de la séptima semana desde que ha comenzado el permiso postnatal parental, y debe necesariamente ubicarse al final de dicho período, sin poder distribuirse de otro modo. Esto implica que el padre trabajador puede gozar de un máximo de seis semanas si el permiso es de jornada completa, o de doce semanas si es de media jornada.

Dejándose así un mínimo de seis semanas para la madre, la que además cuenta con las doce semanas del descanso postnatal, el cual no puede ser transferido al padre.

Esta facultad permite al padre gozar de los mismos beneficios que la ley concede a la madre, contando así con permiso para ausentarse de su trabajo durante media jornada o jornada completa, con un subsidio calculado en base a sus propias remuneraciones, y con fuero laboral. Respecto a este último, sin embargo, la ley lo concede con una extensión diferente, según se puede apreciar en el artículo 201 inciso primero del Código del Trabajo:

“Artículo 201.- Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis, la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174. En caso de que el padre haga uso del permiso postnatal parental del artículo 197 bis también gozará de fuero laboral, por un período equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del

uso del mismo. Con todo, este fuero del padre no podrá exceder de tres meses.”

Como puede observarse en el artículo anterior, el fuero en el caso de la madre comienza con la concepción del cigoto, y dura hasta un año de expirado el descanso postnatal. O sea, hasta que el niño cumpla un año y doce semanas. Mientras que en el caso del padre, el fuero comienza diez días antes de que empiece a usar el permiso, dado que debe avisar a su empleador del traspaso con diez días de anticipación; durando “el doble de la duración de su permiso”. Pero además se establece un tope de tres meses para la duración total de su fuero, que equivale aproximadamente a la cantidad máxima de tiempo que puede traspasarse cuando el permiso es de media jornada, que son doce semanas.

1.2. Objetivos del legislador. Historia de la ley

Ya hemos examinado la ley, y ahora corresponde examinar su historia, pues de ella podemos extraer los objetivos que tuvo en mente el legislador al momento de dictarla, y, en una etapa posterior, analizar si la norma estudiada ha cumplido con su propósito.

Partiremos este examen por el mensaje presidencial en el proyecto de ley, firmado por don Sebastián Piñera Echenique.

“Últimamente, se ha destacado también la importancia de la figura paterna en el desarrollo infantil temprano y existen estudios que muestran que el apego seguro materno y paterno se influyen mutuamente y de manera interdependiente. Adicionalmente, la participación del padre en el período perinatal se asocia con un mayor nivel de desarrollo cognitivo y social del niño, una menor tasa de depresión materna, menor estrés parental y una mayor participación del padre en la crianza del hijo durante su vida.”¹

¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2011. Historia de la Ley N° 20.545: Modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal

El presidente aquí hace ver la necesidad de incluir al padre en el nuevo permiso postnatal parental, desde que una figura paterna más activa desde temprana edad ayuda a un mejor desarrollo para el niño. No debemos olvidar que el período postnatal existe, entre otras razones, para reforzar los lazos del recién nacido con sus padres, pues es lo que permitirá su desarrollo integral, apuntando así al bienestar del menor.

Un poco más adelante el mensaje permite extraer un segundo objetivo:

“Con el ingreso de la mujer al mundo del trabajo y su participación en el sustento económico del hogar, se debiera esperar un apoyo más sistemático de los hombres en las labores domésticas, especialmente aquellas asociadas al cuidado de los niños. Chile no alcanzará el verdadero

parental. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1030936&buscar=20545>> [consulta: 31 de marzo de 2014]. Pág. 7.

desarrollo social y económico si hombres y mujeres no pueden participar activamente del mundo laboral y compartir más equitativamente las tareas del hogar y crianza de los hijos.”²

Con esto inserta el principio de corresponsabilidad parental. Es necesario para el progreso social que exista igualdad en la distribución de los deberes del hogar, y en esto tiene principal importancia la equitatividad en el terreno de la paternidad. Pues de esa forma se fomenta la igualdad dentro de las familias chilenas, que, como señala la Constitución en su artículo primero, son el núcleo fundamental de la sociedad.

El punto sexto del mensaje pasa a exponer los objetivos del proyecto, entre los cuales consagra expresamente el de “aumentar la corresponsabilidad de padre y madre en el cuidado de los hijos y facilitar una mayor conciliación entre familia y trabajo para los hombres y mujeres en nuestro país”. Al respecto, señala:

²ibid. op. Cit. Pág. 10.

“Para el buen desarrollo y crianza de los niños no solo es necesario que tengan una relación directa frecuente con la madre, sino que también se reconoce la importancia del padre en la crianza. La legislación, de a poco, ha dado reconocimiento a esto, a través del permiso paternal por el nacimiento de un hijo o la posibilidad que el padre sea quien ejerza el permiso por enfermedad grave del hijo menor de un año, entre otros. Sin embargo, consideramos que la modificación de nuestra actual legislación es la oportunidad de dar una señal muy clara al país sobre la importancia de una mayor participación de los padres en la crianza y abrir espacios para ella.”³

Es decir que el legislador no sólo está interesado en permitir que el padre se involucre más en el cuidado de sus hijos, si no que le interesa además incentivar que así sea. Por lo cual será importante luego determinar

³ibid. op. Cit. Pág. 13.

si en la legislación existen incentivos para que el padre ejerza su derecho al permiso postnatal parental.

Después el autor hace una breve reseña de todos los objetivos que se buscan cumplir con el proyecto de ley enviado:

“En definitiva, el proyecto que hoy presentamos reconoce que es necesario modernizar nuestra actual legislación de protección a la maternidad para dar un gran salto que nos permita proyectarnos hacia futuro, mediante el fortalecimiento de estos derechos, el incremento de su cobertura, la mejora en sus plazos, la superación de sus rigideces, el incentivo a la corresponsabilidad, la disminución de las discriminaciones contra la mujer y la focalización de los recursos del Estado en las familias y niños más vulnerables de nuestro país.”⁴

⁴ibid. op. Cit. Pág. 13.

Entre todos estos objetivos, quisiera destacar el de la disminución de las discriminaciones contra la mujer. Hay que tener en cuenta que, si bien el aumento del postnatal a seis meses beneficia enormemente a las madres chilenas, quienes de acuerdo con la práctica requerían un mayor período junto a sus hijos que el que les concedía antiguamente la ley; puede también tratarse de una circunstancia que les produzca perjuicios en el ámbito laboral, pues con ello aumenta el espacio de tiempo durante el cual se mantienen inactivas mientras conservan aun su puesto de trabajo. Por ello es necesario que la nueva regulación contenga mecanismos que ayuden a atenuar la discriminación laboral en contra de mujeres en edad fértil, y podría decirse que la facultad de traspaso al padre puede jugar un rol esencial en ello.

Finalmente se da a conocer el proyecto de ley. Siendo la facultad de traspaso al padre lo que nos compete en este trabajo, me remitiré sólo a los incisos que tratan sobre ella:

“Art. 197 bis.- Durante las doce semanas siguientes inmediatas al término del periodo postnatal, existirá un permiso postnatal parental a favor de la madre; no obstante, a elección de aquélla, el padre trabajador podrá hacer uso de dicho permiso a partir de la sexta semana del mismo. La mujer o el padre trabajador que se encuentre haciendo uso de este permiso recibirá el subsidio mencionado en el artículo 198. La base de cálculo del subsidio que origine el permiso postnatal parental, no podrá exceder a la cantidad equivalente a 30 unidades de fomento, al valor que tenga ésta al último día de cada mes anterior al pago, y en la determinación de su monto se considerarán siempre las remuneraciones de la madre, independiente de quien haga uso del permiso. Este tope será también aplicable a las remuneraciones que deban enterarse a los funcionarios de la administración del Estado cuando hagan uso del permiso postnatal parental. Este subsidio se financiará con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares del decreto con fuerza de ley N° 150, de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.”

“Art. 201.- Durante el período de embarazo y hasta un año después del nacimiento del niño la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174. En caso que el padre haga uso del permiso postnatal parental del artículo 197 bis, también gozará de fuero laboral por un periodo equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del mismo. En este caso, la duración del fuero de la madre señalado en el inciso anterior, se reducirá en el equivalente al período de fuero ejercido por el padre.”

Como puede observarse, la facultad de traspaso en el proyecto de ley es diferente a la norma actualmente vigente, lo que se produjo como consecuencia de las modificaciones sufridas durante su tramitación, las que se fundaron en el cumplimiento de los objetivos contemplados en el mensaje. Se examinarán las modificaciones relevantes para nuestro estudio en las siguientes páginas.

Uno de los documentos más relevantes que pueden observarse dentro de la historia de la ley, y que originó varias correcciones al proyecto, es el

informe de las Comisiones de Trabajo y Previsión Social, y de Salud, unidas. Comienza refiriéndose a la regulación que existía anteriormente sobre el descanso posnatal, criticándola desde el punto de vista de la situación nacional que existe en lo relativo a la distribución de los deberes del hogar, señalando la idea de reforzar la corresponsabilidad, y ligándola también a otro objetivo que no habíamos puntualizado hasta ahora:

“En cuanto a la participación activa del padre en el cuidado de los hijos, señaló que la actual ley no la incentiva, ya que todas las medidas de protección a la maternidad están fuertemente concentradas en la madre, determinando que las mujeres, además de trabajar, asumen prácticamente solas todas las responsabilidades de la crianza y del hogar. Tal es así, agregó, que una encuesta del programa Bicentenario refleja que el 77% de los padres sostiene que las madres son las principales responsables por el cuidado y educación de los hijos, que los segundos responsables son los abuelos, y que los padres sólo se encuentran en un tercer lugar, lo que resulta de alguna manera reforzado con nuestra legislación.

Indicó que los países que han logrado revertir esta situación y subir sus tasas de natalidad a los niveles de recambio generacional, de 2,1 ó 2,3 hijos por mujer, son aquellos que lograron generar una mentalidad de corresponsabilidad de padres y madres en el cuidado de los niños. Asimismo, los estudios muestran que en los países donde un mayor porcentaje de la población estima que el rol del hombre es ganar dinero y el de la mujer cuidar del hogar y la familia, son los que han mantenido muy bajas y decrecientes tasas de natalidad, y que aquellos que han logrado generar mayores niveles de corresponsabilidad de padres y madres en el cuidado de los hijos y la familia, revierten la situación de baja natalidad y recuperan la tasa por sobre los niveles de recambio generacional, manteniendo también altos índices de participación laboral femenina.”⁵

El objetivo entonces se refiere al de mejorar las tasas de natalidad en nuestro país, que actualmente se encuentran en descenso. Como bien señala el informe, la corresponsabilidad parental es uno de los puntos clave para lograrlo, desde que una desigual repartición del cuidado de los hijos implica

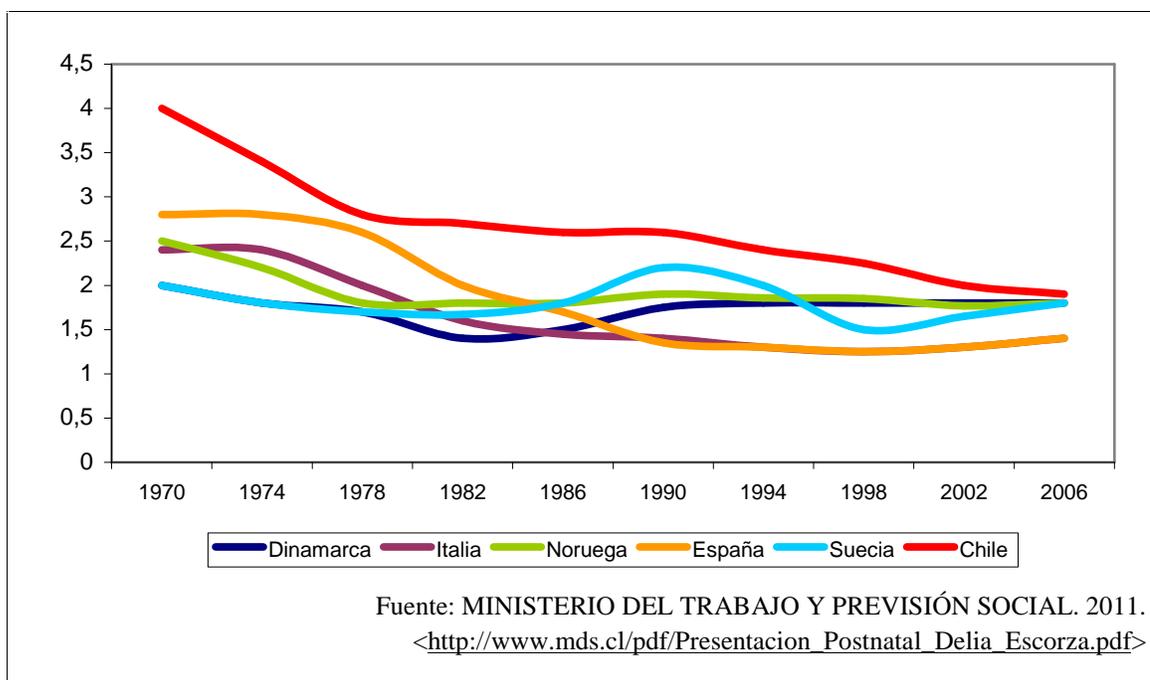
⁵ibid. op. Cit. Pág. 196-197.

para las mujeres una enorme dificultad para compatibilizar esta tarea con el trabajo, puesto que todo el peso recae en ellas. Esto produce en muchos casos que ellas tengan que elegir entre maternidad o trabajo, explicando así las bajas en las tasas de natalidad, como también el bajo nivel de participación laboral femenina en Chile.

Lo anterior se refleja claramente en las estadísticas, y la verdad es que los datos, al menos hasta antes de la dictación de la Ley 20.545 en el 2011, eran alarmantes.

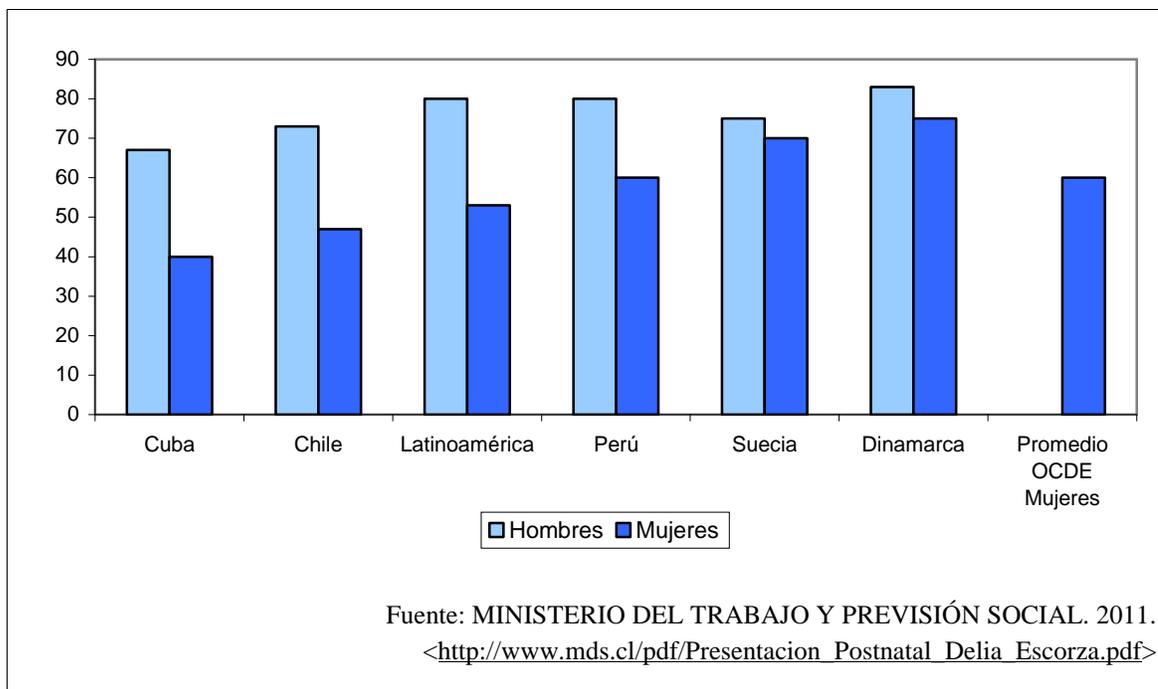
El siguiente gráfico muestra la continua baja de la tasa de natalidad en Chile, comparándola con las de otros países de la OCDE, que, si bien también presentan bajas, no sufren una disminución tan brusca como la nuestra, que baja desde los 4 hijos promedio en 1970, hasta los 1,9 para el 2008.

1. Tasa de natalidad en países de la OCDE, 1970-2006.



A continuación tenemos un segundo gráfico que muestra las tasas en porcentaje de participación laboral en distintos países, por género, y que ubica a Chile por debajo del promedio de la OCDE, e incluso de América Latina, evidenciando una gran diferencia entre ambos géneros. Lo que se explicaba, entre otras razones, por el hecho de que la normativa existente en ese entonces protegía casi exclusivamente a la maternidad, teniendo una escuálida regulación a favor de la paternidad.

2. Participación laboral por género en Latinoamérica.



Finalmente, la siguiente tabla evidencia la estrecha relación entre falta de corresponsabilidad parental y la baja participación laboral femenina en Chile, al mostrar las principales razones que impiden a las mujeres salir a trabajar:

3. Razones que impiden a las mujeres salir a trabajar en Chile.



Con todo esto no podemos más que concluir que la corresponsabilidad parental es un elemento fundamental a la hora de promover una mayor inserción laboral de la mujer, como también para mejorar nuestros niveles de natalidad y con ello de recambio generacional.

Por todos estos motivos es que es esencial incentivar el uso del permiso postnatal parental por parte del padre, más que limitarse a permitirlo. Las Comisiones Unidas destacan también que existe un mayoritario interés en nuestra sociedad en que así sea, visualizándose una gran posibilidad de cambio cultural que no puede ser desaprovechada:

“Así, ante la consulta efectuada a los hombres en cuanto a si estarían dispuestos a aceptar algunas semanas de postnatal si la madre de su hijo o hija quisiese pasárselas a ellos, la respuesta fue positiva en un 71,7%, lo que revela que se está generando un cambio en el discurso de la masculinidad, ya que los hombres no rechazan de plano la posibilidad de cuidar personalmente a los hijos y eso es, sin duda, un progreso. En ese sentido, agregó, es necesario alentar que la legislación se redacte de tal manera que genere un marco que efectivamente incentive a los hombres a hacer uso de estos beneficios y ejercer los derechos derivados de su paternidad. Recalcó que esta encuesta refleja una nueva realidad de nuestra comunidad, y

diversas organizaciones de la sociedad civil -como, por ejemplo, Amor de Papá⁶-, están permanentemente preocupadas de esta materia.

Analizada la encuesta por segmento de la población, continuó, el porcentaje mayoritario de respuesta afirmativa a la señalada consulta, está en el grupo C2 de la población, con un 82%. En tanto, por tramo de edad son los más jóvenes quienes están demandando un marco jurídico que les permita ejercer su paternidad, ya que un 78,3% de los hombres entre 18 y 29 años de edad contestó sí a igual pregunta.

En cuanto a las mujeres, consultadas acerca de si estarían dispuestas a pasar algunas semanas de postnatal al padre de su hijo o hija, un 54,4% respondió afirmativamente, en tanto que, el segmento ABC1 registró el

⁶ N. del A.: Amor de Papá es una organización creada para proteger los derechos de los hijos con sus padres, específicamente ante Tribunales de Familia, y para impedir el desarrollo del síndrome de alienación parental.

porcentaje mayor en respuestas positivas, con un 61,2%, al igual que el tramo más joven, con un 58,8%, entre los 18 y los 29 años de edad.”⁷

Si se observa el proyecto de ley original, notaremos la existencia de un grave desincentivo para el ejercicio de la facultad de traspaso al padre, ubicado en el artículo 197 bis: “La base de cálculo del subsidio que origine el permiso postnatal parental, no podrá exceder a la cantidad equivalente a 30 unidades de fomento, al valor que tenga ésta al último día de cada mes anterior al pago, y en la determinación de su monto se considerarán siempre las remuneraciones de la madre, independiente de quien haga uso del permiso.” Así, el subsidio ligado al postnatal se calculaba siempre en base a las remuneraciones de la madre. Y, teniendo en mente la realidad de nuestro país, en la que las mujeres tienden a recibir sueldos inferiores, el uso del postnatal por parte del padre implicaría para la familia una reducción de sus ingresos totales al intercambiar su remuneración por un subsidio equivalente a la de la madre.

⁷ibid. op. Cit. Pág. 263.

Este problema fue objeto de discusión parlamentaria en la Cámara de Senadores. Al respecto me gustaría destacar la intervención de don Fulvio Rossi, que da cuenta de la gravedad de la situación, justificando el rechazo en un principio del proyecto de ley:

“Sigo insistiendo, señor Presidente: llegar a un acuerdo implicaba que un economista tuviera más importancia que un pediatra a la hora de determinar qué enfermedades pueden ser objeto del derecho de la madre o del padre a estar con su hijo o hija en caso de enfermedad.

¡Eso significaba el acuerdo!

¿Saben lo que implicaba además? Que el traspaso de una parte de la extensión del posnatal de la madre al padre -todos lo compartíamos, porque el cuidado de los hijos debe ser de a dos: la corresponsabilidad es muy relevante- se hiciera sobre la base del salario de la mujer, el cual en Chile,

lamentablemente -queremos cambiar esta situación-, es hoy 30 por ciento más bajo que el del hombre.”⁸

Respecto al mismo tema, se pronuncian también las Comisiones de Trabajo y Previsión Social, y de Salud, unidas, dentro de su informe, recalando nuevamente la necesidad de incentivar el uso del permiso postnatal parental por parte del padre, por sobre la de evitar malos usos del beneficio estatal:

“Similar preocupación, en el sentido de desincentivar la utilización de los beneficios que la ley contempla, manifestó respecto de la utilización del permiso parental por parte del padre, pues al ofrecerle un subsidio en base a la remuneración de la madre, él no optará por asumir el cuidado del hijo, toda vez que es un hecho reconocido que las mujeres hoy presentan un menor nivel de ingresos que el de los hombres. No siempre las personas quieren abusar o aprovecharse del sistema y, por tanto, si bien hay que

⁸ *ibid.* op. Cit. Pág. 70.

precaer su mal uso, también hay que considerar que al momento de incrementarse los miembros de la familia, no es fácil para los progenitores asumir una abrupta disminución del presupuesto familiar, y menos aún, cuando más necesitan mantener su situación económica.”⁹

La Asociación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF) destacó también todas las violaciones a tratados internacionales suscritos por Chile que implicaría el haber aprobado el proyecto de ley en dichos términos, argumentando que fijar el subsidio siempre en base a las remuneraciones de la madre jugaría en la práctica como una barrera que impediría a los trabajadores hombres hacer uso del postnatal, vulnerando así los derechos consagrados en diversas normas internacionales:

“La aprobación legislativa importaría, al mismo tiempo, severas transgresiones a diversas cartas políticas. A la Constitución Política de la República, desde luego, al violentar la igualdad ante la ley de las

⁹ibid. op. Cit. Pág. 205.

trabajadoras por sus diferencias remuneracionales; a la Convención de los Derechos del Niño, al someter las posibilidades de cuidado del recién nacido a los mayores o menores ingresos de sus progenitores; a la Convención de las Naciones Unidas contra la Discriminación de la Mujer, al castigar remuneracionalmente, dentro del mismo lugar de trabajo, a la mujer que asume la maternidad; y al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares, al obstaculizar que los hombres trabajadores puedan ejercer su derecho a la participación en la crianza de sus hijos desde la primera infancia.”¹⁰

Todas estas críticas finalmente contribuyen a que la ley actual fije como base de cálculo las remuneraciones del padre que esté haciendo uso del postnatal en ese momento, y no exclusivamente las de la madre, eliminándose entonces una de las barreras que funcionaban como fuerte desincentivo para el ejercicio de la facultad de traspaso.

¹⁰ibid. op. Cit. Pág. 307.

Dejando ahora de lado el subsidio, existía en el proyecto de ley otro desincentivo a considerar. Pues el artículo 201 señalaba que el uso del postnatal por el padre implicaba para la madre la reducción de su fuero: “En este caso, la duración del fuero de la madre señalado en el inciso anterior, se reducirá en el equivalente al período de fuero ejercido por el padre.”

Al respecto, puntualiza el problema la señora Directora de Estudios de Comunidad Mujer, dentro del informe de las Comisiones Unidas:

“Además, según el proyecto, si el hombre ejerciese el permiso parental, el fuero de la madre se reduciría por debajo del año desde el nacimiento, lo cual es otro elemento que desincentiva el uso del permiso por parte del padre.”¹¹

También el señor Secretario General de la Central Autónoma de Trabajadores visualiza el problema y lo ubica como un obstáculo a la facultad de traspaso, rechazando este punto del proyecto:

¹¹ibid. op. Cit. Pág. 263.

“En cuanto a la posibilidad de establecer una corresponsabilidad del padre y la madre en el cuidado de los hijos, indicó que ello representa un gran salto para estrechar los lazos familiares. Asimismo, añadió, entregar a la voluntad de la madre la decisión en cuanto a que sea el padre quien ocupe o no las últimas seis semanas en este permiso, es una opción correcta, por cuanto no todos los hombres están preparados para desempeñar dicho rol. Sin embargo, advirtió, no comparten la propuesta de reducir el fuero maternal, como lo hace el artículo 201 en proyecto, cuando sea el padre quien haga uso el período postnatal parental. De aprobarse esta modificación, subrayó, se estaría debilitando uno de los objetivos del proyecto, esto es, establecer caminos para la integración del padre en el cuidado de los hijos.”

Este punto en el artículo 201 se encuentra ahora suprimido, y de este modo, si el padre hace uso del postnatal ya no afectará al fuero de la madre, la que puede encontrarse en una situación vulnerable respecto a su puesto de trabajo aún después de haber traspasado el beneficio al padre, por lo que es importante que su fuero se mantenga.

Fuera de estos problemas puntuales, que fueron corregidos ya en la ley aprobada actualmente, persiste aún un problema de diseño en este nuevo permiso postnatal parental. Resultado de la visión cultural que aún impera en nuestro país y en muchos otros, consistente en concebir este permiso como una protección a la maternidad, dejando la paternidad en un segundo plano. Comunidad Mujer nuevamente visualizó el asunto y lo expuso de forma precisa:

“En relación a la incorporación del padre en el cuidado de los hijos, señaló que Comunidad Mujer reconoce el permiso postnatal parental como un paso simbólico hacia la corresponsabilidad. Sin embargo, añadió, cuestionan el diseño propuesto, esto es, que, en lugar de ser un derecho del padre –aunque sea sólo en algunas semanas-, se conciba como un derecho de la madre que ella puede ceder al padre con pago de un subsidio también asociado a los ingresos de la mujer. Enfatizó que esta propuesta amerita mayor análisis y muchas organizaciones, sindicatos, la misma

representación empresarial, y los propios parlamentarios, coinciden en la necesidad de discutir este diseño.”¹²

Asimismo, la Asociación Nacional de Empleados Fiscales se refirió al tema, sugiriendo establecer el permiso posnatal parental como un derecho de ambos padres, como el nombre da a entender, incluyéndose aquí el fuero, el cual se ve limitado en la regulación actual. Propone entonces “otorgar también a los padres la titularidad del derecho a postnatal parental, extendiendo su fuero hasta que el hijo cumpla un año de edad.”¹³

Finalmente me gustaría destacar dentro del informe, la última intervención de Comunidad Mujer, en la cual señala una serie de propuestas para modificar el proyecto de ley en examinación. A continuación se citan las que son relevantes para nuestro tema en estudio:

“ - Reemplazar la denominación del Título II del Libro II del Código del Trabajo, actualmente llamado “De la Protección a la maternidad”, para

¹²ibid. op. Cit. Pág. 262.

¹³ibid. op. Cit. Pág. 308.

denominarlo “De la protección de los trabajadores y las trabajadoras con responsabilidades familiares”, modificando, además, los artículos 195 a 199 y 200 a 201.

- En cuanto al artículo 197 bis propuesto, requiere modificaciones para verdaderamente avanzar en corresponsabilidad.

Al efecto, sugieren la creación de dos permisos, “parental” y “paternal”, con las consiguientes enmiendas que ello importaría en las restantes disposiciones del proyecto, especialmente respecto a los artículos 198 y 201 del Código del Trabajo, y los relativos a los cálculos del subsidio contenidos en el decreto con fuerza de ley N° 44. Esto es importante, subrayó, desde la perspectiva de generar un cambio cultural en este ámbito, el que, como tal, no es inmediato ni sencillo, sino que, muy por el contrario, es lento y complejo.”¹⁴

Más adelante, en la historia de la ley 20.545, se interpone un requerimiento ante el Tribunal Constitucional para que examine la

¹⁴ibid. op. Cit. Pág. 264-265.

constitucionalidad de la actuación del Senado al aprobar el artículo 197 bis. En relación con la facultad de traspaso al padre, se denuncian severas transgresiones a la Carta Fundamental contenidas en el proyecto de ley:

“La disposición en comento consagra el otorgamiento de un nuevo permiso, denominado permiso postnatal parental, que permitiría a la mujer trabajadora extender en 12 semanas adicionales el actual período postnatal, y la facultaría para elegir que el padre pueda hacer uso del permiso a partir de la séptima semana.

Este permiso es discriminatorio, en cuanto se confiere a las trabajadoras, y sólo de manera excepcional a los padres, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, que asegura a todas las personas: "La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

La forma en que el Ejecutivo ha planteado el permiso postnatal parental discrimina al padre trabajador porque no lo hace titular de ningún derecho como persona, sino que sólo establece la posibilidad de que la madre lo faculte para hacer uso de dicho permiso a partir de la séptima semana y discrimina a las mujeres porque distribuye desigualmente la responsabilidad en el cuidado de los/as hijos/as.”¹⁵

Sobre este punto, podría argumentarse que el hecho de que la madre sea la principal titular de este permiso se justifica por su misma naturaleza, por ser ella la que en definitiva gesta a su hijo. Sin embargo, como bien se destaca en el requerimiento, nada tiene que ver el permiso postnatal parental con este hecho biológico, pues para eso ya existen el descanso pre y postnatal:

“Si bien es evidente que el permiso prenatal y postnatal, con la correspondiente garantía estatal la mantención de sus ingresos, es un derecho que corresponde sólo a las trabajadoras por razones de embarazo,

¹⁵ *ibid.* op. Cit . Pág. 528.

parto y lactancia; no resulta lógico que sean las trabajadoras las únicas titulares del derecho al permiso postnatal parental, como tampoco al derecho a sala cuna, alimentación y licencia médica por enfermedad grave del/a hijo/a menor de un año. Ello sólo se sustenta en una desigual distribución de derechos y responsabilidades entre hombres y mujeres en base a estereotipos de género que atribuyen exclusivamente a las mujeres el cuidado y crianza de los/as hijos/as, manteniendo a los varones al margen de ello.”¹⁶

Junto con el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, se estima que el proyecto en comento vulnera también la Convención Para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, tratado internacional ratificado por nuestro país:

“El permiso postnatal parental propuesto no sólo contraviene la Constitución Política de la República, sino que además, incumple lo dispuesto en la Convención Para la Eliminación de todas las formas de

¹⁶ibid. op. Cit. Pág. 529.

Discriminación Contra la Mujer, específicamente en el artículo 5 letras a) y b), en cuanto refuerza los tradicionales roles de género, ya que entrega a la madre la principal responsabilidad por el cuidado de los/as hijos/as y mantiene al padre en un rol secundario.

El artículo 5 de la CEDAW (vigente en Chile desde su publicación en el Diario Oficial, el día 09 de diciembre de 1989), dispone que: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;
- b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos".

El permiso planteado no sólo mantiene la desigual distribución de las responsabilidades frente al cuidado de los/as hijos/as, sino que refuerza la idea de que ésta corresponde principalmente a las madres, contraviniéndose la obligación recién mencionada, en virtud de la cual el Estado de Chile debe modificar los patrones socioculturales de conducta de hombre y mujeres, a fin de eliminar los prejuicios y prácticas basados en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.”¹⁷

Más aún, el contenido del artículo 197 bis constituiría derechamente una discriminación en contra de la mujer, al imponer una desigual distribución en la responsabilidad de cuidar a los hijos, basada en el género del progenitor, sin justificación razonable, impactando estas circunstancias de forma negativa en sus posibilidades de ingreso, permanencia y ascenso en el mercado laboral, como también en sus remuneraciones. Esto será tratado con mayor detalle más adelante.

¹⁷ibid. op. Cit. Pág. 529-530.

Para resumir, todo el análisis que hemos hecho sobre la historia de la Ley 20.545, nos permite concluir que los objetivos que se buscaban al crear la facultad de traspaso al padre del permiso postnatal parental fueron, primero, la corresponsabilidad, que busca la igualdad en el cuidado de los hijos, repartiéndose ambos padres de forma equitativa esta tarea; ya que con la facultad de traspaso se permitiría al padre involucrarse en el cuidado de sus hijos desde el principio.

Muy ligados a la corresponsabilidad, tenemos los objetivos del aumento de la participación laboral de la mujer y el del aumento de las tasas de natalidad que, como ya revisamos anteriormente, deben su situación actual a la poca corresponsabilidad parental que existe hoy en Chile.

Además, y siendo de suma importancia, tenemos el fin de aumentar el apego de los recién nacidos con sus padres para un mejor desarrollo integral de los primeros, así como el derecho de los padres a pasar más tiempo con sus bebés.

Finalmente rescatamos el objetivo de la disminución de la discriminación a las mujeres, particularmente de aquellas en edad fértil, siendo esencial en una ley que puede perjudicarlas en diversos ámbitos, especialmente en lo relativo a la contratación laboral, a la estabilidad dentro de sus trabajos, a sus posibilidades de ascenso y a sus remuneraciones, entre otros.

1.3. Interpretación de la norma

Ahora que tenemos claros los objetivos de la ley, nuestro siguiente paso es estudiar la interpretación que se le ha dado al texto de la norma, pues, independientemente de la historia de la ley, la interpretación que le den los organismos públicos, como consecuencia de la técnica legislativa,

será la que determinará en gran medida sus consecuencias prácticas, que serán analizadas en el siguiente capítulo.

Comenzaremos nuestro estudio con un dictamen emitido por la Contraloría General de la República del año 2012, que se pronuncia ante el reclamo de un padre al que se le ha negado el uso del permiso postnatal parental:

“Se ha dirigido a esta Contraloría General don Javier Enrique Cancino Aguilar, servidor contratado a honorarios por la Subsecretaría de Transportes, reclamando contra esa entidad por no otorgarle el beneficio contemplado en el artículo 197 bis del Código del Trabajo, relativo al traspaso parcial del permiso postnatal parental.

Sobre la materia, cabe señalar, en primer término, que el aludido artículo 197 bis -incorporado por la ley N° 20.545-, otorga a las trabajadoras el derecho a un permiso postnatal parental de doce semanas a

continuación del período postnatal, el que podrá extenderse hasta las dieciocho semanas en el evento que la mujer se reincorpore a sus labores por la mitad de su jornada.

Luego, el inciso octavo de dicho artículo dispone que “Si ambos padres son trabajadores, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del permiso postnatal parental, a partir de la séptima semana del mismo, por el número de semanas que ésta indique. Las semanas utilizadas por el padre deberán ubicarse en el período final del permiso y darán derecho al subsidio establecido en este artículo, calculado en base a sus remuneraciones.”

A su turno, el inciso primero del artículo 12 del decreto N° 1.433, de 2011, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el Reglamento para la Aplicación del Derecho al Permiso Postnatal Parental establecido en la ley N° 20.545 para el Sector Público, preceptúa que “Si ambos padres son trabajadores, y uno de ellos o ambos son empleados del sector público, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del permiso

postnatal parental, a partir de la séptima semana del mismo, por el número de semanas que ésta indique y con la misma modalidad de jornada que aquélla se encuentre haciendo uso del mencionado permiso, según lo establecido en los incisos primero y segundo del artículo 1° de este reglamento.”.

Precisado lo anterior, cabe manifestar que esta Entidad Fiscalizadora, a través de sus dictámenes N°s. 66.642, de 2010 y 2.930, de 2011, entre otros, ha señalado, que las personas contratadas a honorarios no invisten la calidad de funcionarios públicos, por lo que carecen de las prerrogativas de que gozan dichos empleados, como son las normas de protección a la maternidad establecidas en el Código del Trabajo, entre las que se encuentra el permiso postnatal parental, a menos que tales beneficios se hayan estipulado expresamente en la respectiva convención, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 11, inciso tercero, de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, en virtud del cual tales prestadores de servicios se rigen por las reglas que establezca el pacto de voluntades suscrito y no les son aplicables las disposiciones contenidas en el mencionado cuerpo legal.

De lo anterior se desprende, que en el caso de la especie, el recurrente tendrá derecho a ejercer la prerrogativa en comento en la medida en que se haya consagrado el ejercicio del mismo en su contrato de honorarios. De otro modo, no corresponde que opere el traspaso parcial del permiso postnatal parental, previsto en el inciso octavo del artículo 197 bis del Código Laboral.

Ramiro Mendoza Zúñiga

Contralor General de la República.”¹⁸

Este dictamen merece una reflexión. Uno de los puntos importantes de la ley 20.525 era la extensión en su cobertura, amparando a todos los trabajadores, incluyendo a los independientes. Así, el artículo 4 de la ley en comento, que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 del

¹⁸ Dictamen N° 4743, de 25 de enero de 2012. Contraloría General de la República

Ministerio de Salud, dispone que los trabajadores independientes tendrán también derecho al permiso postnatal parental de la misma forma que uno dependiente.

A su vez, el artículo 194 del Código del Trabajo señala que las normas de protección a la maternidad en dicho cuerpo legal se aplicarán a los servicios de la administración pública, a los semifiscales, de administración autónoma, municipalidades, entre otros.

Sin embargo, pese a la vigencia de estas normas, la entidad fiscalizadora ha resuelto ya en numerosas oportunidades que debe primar el artículo 11 de la Ley 18.834 que fija el Estatuto Administrativo, que señala que los trabajadores contratados a honorarios se rigen por las reglas de sus contratos, y no por dicho estatuto. Y, si bien es cierto que este artículo puede resultar contradictorio respecto a los ya vistos anteriormente, serían aplicables en este caso los criterios de especialidad y de temporalidad. Conforme al primer criterio, la norma especial deroga a la general, y si consideramos que el artículo 11 del Estatuto Administrativo se refiere sin

mayor detalle a los trabajadores a honorarios, mientras que los artículos ya mencionados de la Ley 20.525 se refiere a una materia específica, como lo es el permiso postnatal parental, y que además señala expresamente su aplicación a trabajadores independientes, y a los de la administración pública; no cabría más que concluir que en este caso la norma especial que debe primar sería la referida a la protección a la maternidad. Y conforme al segundo criterio, de temporalidad, llegamos a la misma conclusión, entendiéndose que la ley nueva deroga tácitamente a la vieja en todo lo que la contradiga, desde que las normas relativas al permiso postnatal parental son posteriores a las del Estatuto Administrativo, y que la voluntad del legislador es clara en cuanto a que se desea proteger con este beneficio a todos los trabajadores, dependientes o no, del sector público o privado.

A pesar de todo esto, la práctica jurisprudencial ha tendido a prescindir de estos criterios, dejando desprotegidos a los trabajadores a honorarios y con ello, impidiendo que opere la facultad de traspaso objeto de nuestro estudio, mostrándose reacios a cumplir con la voluntad soberana.

Luego, tenemos un segundo dictamen de la Contraloría Regional de Aysén, del año 2012, que merece ser examinado. En él comparece una trabajadora reclamando que, luego de haber dado aviso de la fecha en que se realizaría el traspaso del permiso postnatal al padre, envía una nueva comunicación por la que desea adelantar el momento del traspaso y que, sin embargo, no fue acogida esta modificación:

“La Contraloría Regional de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo ha remitido una presentación de doña Mirna Avilés Galaz, funcionaria del Hospital de Puerto Aysén, dependiente del Servicio de Salud Aysén, para reclamar que no se le ha dado curso a su comunicación por la que modificó la fecha en la que el padre de su hijo gozaría del permiso postnatal parental, y tampoco a su petición de feriado, el que pretendía ejercer luego del término de su período de permiso.

Requerido de informe, el aludido Servicio de Salud se refirió a lo consultado y acompañó la documentación del caso.

Al respecto, cabe anotar que, según se desprende de los antecedentes aportados por la interesada y por su servicio empleador, el día 18 de enero del año en curso, la señora Avilés Galaz comunicó a este último que ejercería su derecho al permiso postnatal parental en modalidad de jornada completa, a contar del día 24 de ese mes, y que las últimas dos semanas corresponderían al padre de su hijo, a partir del 1 de abril de 2012.

Luego, el día 24 de febrero, esto es, durante el goce del beneficio en examen, la peticionaria dio un nuevo aviso a su empleador, para informar que adelantaría la data en la que el padre comenzaría a disfrutar del permiso, al día 6 de marzo, y en el mismo acto, solicitó el otorgamiento de feriado legal, a contar de ese mismo día 6. Esta última petición fue autorizada mediante la resolución exenta N° 285, de 27 de febrero de 2012, del mencionado Servicio de Salud, acto que posteriormente habría sido dejado sin efecto, siéndole comunicada esta decisión el día 14 de marzo.

A consecuencia de esto último, durante el mes de marzo del presente

año la recurrente percibió el subsidio derivado del ejercicio del referido permiso, y no el monto correspondiente a sus remuneraciones.

Sobre la materia, es menester señalar que conforme con lo dispuesto en los artículos 197 bis, inciso primero, del Código del Trabajo y 6° de la ley N° 20.545, las y los funcionarios del sector público a que se refiere el inciso primero del artículo 194 del citado Código, tendrán derecho a un permiso postnatal parental de doce semanas a continuación del período postnatal, durante el cual recibirán el subsidio a que se alude en la primera de esas disposiciones.

Enseguida, el inciso octavo del artículo 197 bis establece que si ambos padres son trabajadores, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del permiso postnatal parental, a partir de la séptima semana del mismo, por el número de semanas que esta indique, y agrega que las semanas utilizadas por el padre deberán ubicarse en el período final del permiso y darán derecho al mencionado subsidio.

Debe hacerse presente que el inciso cuarto del mismo precepto dispone, en lo pertinente, que para ejercer el derecho consagrado en el aludido inciso octavo, la trabajadora deberá dar aviso a su empleador mediante carta certificada, enviada con, a lo menos, treinta días de anticipación al término del período postnatal. De no efectuar esta comunicación, la trabajadora deberá ejercer su permiso postnatal parental de acuerdo con lo establecido en el inciso primero de ese precepto.

Así entonces, como puede advertirse de la normativa transcrita, la ley establece un plazo de treinta días antes del inicio del permiso postnatal parental para que la funcionaria que haga uso de su derecho a dicho permiso traspasando semanas al padre, informe a su empleador esta decisión.

En la especie, se puede apreciar que la interesada manifestó válidamente en la primera comunicación entregada a su servicio empleador su voluntad en orden a ejercer el beneficio de forma completa por un lapso

de diez semanas y que, luego de ese período, le cedería las dos semanas finales del permiso al padre del menor.

De este modo, aparece que el aviso enviado por la funcionaria durante el goce del derecho en cuestión fue extemporáneo, toda vez que la normativa en análisis no prevé la posibilidad de modificar la modalidad de ejercicio del permiso una vez que este se ha iniciado.

En consecuencia, es dable concluir que, por una parte, la referida resolución exenta N° 285, de 2012, del Servicio de Salud Aysén, no se ajustó a derecho, por cuanto autorizó el feriado de la interesada por un período que estaba amparado por el permiso postnatal parental que estaba gozando, razón por la cual debe dejarse sin efecto formalmente dicho acto administrativo; y por otra, la comunicación que esa servidora dio para alterar la modalidad de ejercicio del permiso no pudo producir efecto alguno, de lo que se sigue que el pago del subsidio que aquel organismo le efectuó se sujetó a lo dispuesto en los artículos 197 bis del Código del Trabajo, 6° de la ley N° 20.545, y 7° del reglamento de este último cuerpo

legal, aprobado por el decreto N° 1.433, de 2011, del Ministerio de Hacienda.

Ramiro Mendoza Zúñiga

Contralor General de la República.”¹⁹

Como puede entenderse, en este caso el reclamo es rechazado, ya que la segunda comunicación por la cual la madre decide adelantar la fecha del traspaso del permiso postnatal al padre, se efectuó cuando ya se encontraba gozando del beneficio, mientras que la ley prevé que dicha comunicación se haga treinta días antes de que éste empiece. Esto permite evidenciar una de las rigideces que contempla la ley respecto a la facultad de traspaso, que no deja a la pareja modificar la forma en que se distribuirán el permiso una vez éste esté operando, en circunstancias que pueden surgirles imprevistos que podrían hacer necesario efectuar cambios.

¹⁹ Dictamen N° 60.736, de 2 de octubre de 2012. Contraloría Regional de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo.

Finalmente tenemos un oficio de la Dirección del Trabajo, el N° 4052/083 emitido el mismo 17 de octubre de 2011, por el cual se detalla la forma en que el padre debe hacer uso del permiso postnatal parental. Al respecto, me gustaría centrar su atención en las siguientes disposiciones:

“Es necesario hacer presente que el derecho de opción entre una u otra alternativa de ejercicio del permiso postnatal parental corresponde a la madre trabajadora, lo que implica que si ésta hubiere optado por la primera de ellas, el padre estará obligado a hacer uso del beneficio en el período de doce semanas inmediatas al descanso postnatal que comprende en tal caso el referido permiso.

Acorde a lo precedentemente expuesto, si la madre hubiere optado por la segunda alternativa el padre deberá hacer uso del permiso en

conformidad a ésta, laborando media jornada, previo cumplimiento de los requisitos legales.”²⁰

Evidenciamos entonces una nueva falta de flexibilidad relativa a la facultad de traspaso: el padre debe, necesariamente, hacer uso del permiso en la misma modalidad que la madre. No podría, conforme con la disposición de la Dirección del Trabajo, ejercer el permiso en media jornada si la madre lo hizo en jornada completa, o viceversa. Lo que es a su vez una consecuencia de que nuestra legislación concibe al permiso postnatal parental como un derecho de la madre, y no de ambos como su nombre pretendería informar, siendo la facultad de traspaso una mera delegación que hace la titular del derecho originaria hacia el padre.

²⁰ Ordenanza N° 4052/083, de 17 de octubre de 2011. Dirección del Trabajo.

CAPÍTULO 2: ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN NACIONAL

2.1. Aplicación práctica de la norma.

Habiendo finalizado el examen de la legislación y de sus objetivos, debemos adentrarnos ahora en el uso que se le ha dado a nuestro beneficio en estudio, y a los resultados que ha producido.

Para esto es interesante primero observar los traspasos del permiso al padre que efectivamente se han hecho en nuestro país a lo largo del tiempo.

De acuerdo con las estadísticas obtenidas por la Dirección del Trabajo, para noviembre de 2011, a un mes de la implementación del

permiso postnatal parental, el uso del beneficio llegó a los 17.739. De todos ellos, sólo en 76 casos existió algún traspaso al padre, correspondiendo a un 0,4%²¹. Posteriormente, a seis meses de la entrada en vigencia del permiso, 49.337 familias se vieron beneficiadas, sin embargo, los usos por el padre se redujeron a un 0,2%:

“En los primeros seis meses, sólo 107 madres traspasaron parte de su permiso a los papás, que pueden optar a seis o 12 semanas, dependiendo si el posnatal es completo o parcial.”²²

Finalmente, tenemos que para el 2013 los traspasos llegaron a un 0,3% del total de permisos utilizados desde octubre de 2011:

²¹ MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. 2011. Un nuevo postnatal de clase mundial: Moderno y flexible. [en línea] <http://www.mds.cl/pdf/Presentacion_Postnatal_Delia_Escorza.pdf> [consulta: 1 de abril de 2014]

²² SANDOVAL PÁEZ, GABRIELA. 2012. Seis meses del nuevo posnatal: el 96% de las mujeres prefirió modalidad completa. [en línea] <<http://diario.latercera.com/2012/06/03/01/contenido/pais/31-110347-9-seis-meses-del-nuevo-posnatal-el-96-de-las-mujeres-prefirio-modalidad-completa.shtml>> [consulta: 4 de noviembre de 2014]

“Entre noviembre de 2011 hasta julio de 2013, sólo se han realizado 465 traspasos del beneficio al padre, lo que corresponde al 0,3% del total de permisos maternales otorgados en ese período. De esos traspasos 448 se hicieron para jornadas completas y 17 para medias jornadas.”²³

Todas estas cifras nos permiten observar que, desde la implementación del permiso postnatal parental hasta la fecha, el uso de la facultad de traspaso al padre ha sido mínima. Pero no extraeremos conclusiones por adelantado sin antes observar cuál ha sido la práctica jurisprudencial respecto a este permiso.

Destacando los casos más importantes, comenzaremos viendo una acción de protección deducida ante la Corte de Apelaciones de Santiago en

²³ TORO, PÍA. 2013. A dos años del postnatal parental, sólo un 0,3% han sido traspasos a los padres. [en línea] Pulso – Economía. 7 de octubre, 2013. <<http://www.pulso.cl/noticia/economia/economia/2013/10/7-31042-9-a-dos-anos-del-post-natal-parental-solo-un-03-han-sido-traspasos-a-padres.shtml>> [consulta: 4 de noviembre de 2014]

2012, por la cual una funcionaria del Poder Judicial denuncia vulneraciones al derecho de propiedad del art. 19 N° 24 de la Carta Fundamental cuando, por medio de un oficio, se le comunica que durante el goce de su permiso postnatal parental percibirá un subsidio equivalente a sus remuneraciones, con un tope de 66 UF, reduciéndose considerablemente su patrimonio. La Corte rechaza la acción, indicando que el acto impugnado no hace más que informar lo que dispone la ley 20.545, fundamentando a su vez que ese límite legal está basado en la necesidad de optimizar los recursos estatales centrándose principalmente en madres trabajadoras cuyos ingresos sean más bajos, expresándolo de la siguiente manera:

“Que, previo a resolver el fondo de la presente acción, es necesario mencionar que en el mensaje enviado por el Presidente de la República al Congreso Nacional con el cual se inicia el proyecto de ley que amplía el post natal, hoy Ley N° 20.545, se estableció que durante el nuevo permiso post natal parental la madre recibiría un subsidio equivalente a su remuneración, con un tope de 30 UF, agregando que, si bien, ‘el ideal es que este nuevo subsidio financie completamente las remuneraciones de

todas las mujeres trabajadoras, en la práctica ello no es posible puesto que hay recursos escasos y que deben ser distribuidos de la mejor forma posible, evitando que la entrega de este nuevo subsidio incremente aún más la regresividad de los subsidios maternales. Debemos utilizar los recursos de todos los chilenos de la mejor forma posible, focalizándolos en aquellos que más lo necesitan.’ Posteriormente, durante la discusión parlamentaria, el tope se amplió a 66 UF, sin perjuicio que la señora ministra del SERNAM explicitara durante la tramitación del proyecto en la Cámara de Diputados, que ese monto (las 30 UF) cubriría al 83% de las madres trabajadoras del país. En consecuencia, el espíritu de esta nueva ley queda de manifiesto en el párrafo transcrito, pues se cristaliza la motivación y el fundamento de la aplicación de esta nueva política pública impulsada por el Poder Ejecutivo, la cual obedece a una política económica de focalización de recursos públicos para aquellas mujeres que más lo necesitan.”²⁴

²⁴ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2012. Rol 2169-2012, 4 de abril de 2012. [en línea] <<http://www.poderjudicial.cl/>> [consulta: 26 de marzo de 2015].

En segundo lugar tenemos otra acción de protección deducida ante la Corte de Apelaciones de Santiago por la cual funcionarias del Poder Judicial denuncian a la institución por falta de pago íntegro de sus remuneraciones dentro de su permiso postnatal parental, cuando por norma especial para los empleados de la administración pública se estableció que éstos mantendrían el total de sus remuneraciones incluso durante sus descansos pre y postnatal. Sin embargo, la Corte rechaza la acción toda vez que la norma contempla una excepción respecto del permiso postnatal parental, fijando un tope de 76,4 UF:

“En consecuencia, los descansos post natal y postnatal parental, como ha quedado explicado, tienen naturaleza jurídica distinta y, a la vez, en cuanto al monto del pago del subsidio que genera, para las trabajadoras del sector público, como lo son las actoras que cumplen labores en el poder judicial, puede haber diferencia; en efecto, en cuanto al descanso posnatal ellas tienen derecho a que el subsidio contenga el pago íntegro de su remuneración, por norma especial que así lo determinó –artículo 153 del D.F.L. N° 1° de 2005 del Ministerio de Salud–, en cambio para el

descanso postnatal parental, también gozan de este beneficio, siempre y cuando no perciban un ingreso o sueldo superior a enero del año en curso a 76,4 unidades de fomento, ya que en estos casos quedan limitados a tal tope.’²⁵

En una acción de protección apelada ante la Corte Suprema se denunció el acto por el cual se puso término al vínculo laboral con una trabajadora de la administración pública, mientras ella se encontraba aún gozando del fuero maternal luego de su permiso postnatal parental. La contraparte argumenta que su contrato es un convenio de honorarios, por lo tanto no se le aplican las normas de protección a la maternidad. El tribunal de alzada, sin embargo, acoge la acción señalando que, pese a haberse nombrado como un convenio de honorarios, sus estipulaciones corresponden a las de las contratadas, debiendo aplicarse las normas de protección a la maternidad:

²⁵ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2012. Rol 5051-2012, 7 de junio de 2012. [en línea] <<http://www.poderjudicial.cl/>> [consulta: 26 de marzo de 2015].

“Que, en estas condiciones, independiente a como se haya denominado el acto jurídico que vincula a las partes, las estipulaciones de los mismos, la periodicidad y la prolongación a lo largo de los años del vínculo jurídico que une a las partes, no es posible considerarlo como un contrato de honorarios, puesto que sus características corresponden a las contrataciones reguladas en el artículo 10 del Estatuto Administrativo, debiendo asimilarse en sus obligaciones, beneficios y derechos a los empleados públicos y, en consecuencia, la trabajadora tiene derecho a la protección a la maternidad prevista en los artículos 194 y siguientes del Código del Trabajo.”²⁶

Nuevamente tenemos una apelación en acción de protección ante la Corte Suprema, deducida por una ex funcionaria del Poder Judicial que actúa contra el COMPIN al haberle rechazado sus licencias para otorgar los subsidios correspondientes a sus períodos de descanso por maternidad debido a su situación de desempleo. El tribunal acogió el recurso,

²⁶ CORTE SUPREMA. 2012. Rol 4822-2012, 8 de octubre de 2012. [en línea] <<http://www.poderjudicial.cl/>> [consulta: 26 de marzo de 2015].

revocando la sentencia apelada, fundado en que la ley 20.545 permite a las trabajadoras sin empleo gozar también del subsidio, cuando cumplan con ciertos requisitos, los cuales la actora cumplía en su totalidad, produciéndose una discriminación arbitraria en su contra:

“Que las normas sobre protección a la maternidad del Código Laboral y de la Ley N° 20.545 forman parte del régimen jurídico del personal del Poder Judicial, y en ese sentido la ley en su artículo 3° inciso 1° establece: "A contar del 1° de enero de 2013 tendrán derecho a percibir el subsidio establecido en este artículo las mujeres que, a la sexta semana anterior al parto, no tengan un contrato de trabajo vigente, siempre que cumplan con los siguientes requisitos copulativos:

‘a) Registrar doce o más meses de afiliación, con anterioridad al inicio del embarazo.’

‘b) Registrar ocho o más cotizaciones, continuas o discontinuas, en calidad de trabajadora dependiente, dentro de los últimos veinticuatro meses calendario inmediatamente anteriores al inicio del embarazo.’

‘c) Que la última cotización más cercana al mes anterior al embarazo se haya registrado en virtud de cualquier tipo de contrato de trabajo a plazo fijo, o por obra, servicio o faena determinada’.”²⁷

Ante la Corte de Apelaciones de Santiago se dedujo en el año 2013 acción de protección por una funcionaria del Poder Judicial en contra de la Corporación Administrativa, toda vez que ésta le habría negado los bonos de gestión de 2012 al haber hecho uso de su permiso postnatal parental. Al respecto, el tribunal rechaza la acción argumentando que los días del permiso no pueden considerarse días trabajados para efectos del bono, y que el permiso postnatal parental sería un derecho renunciable, al contrario de lo que señala la actora, desde que mira sólo al interés individual:

“Que, de los preceptos legales que se han citado y lo reglamentado por la Excma. Corte Suprema sobre la materia resulta claro e indiscutible que para los efectos que se reclaman, el cómputo de los días como

²⁷ CORTE SUPREMA. 2013. Rol 5266-2013, 30 de septiembre de 2013. [en línea] <<http://www.poderjudicial.cl/>> [consulta: 26 de marzo de 2015].

trabajados excluye como tales los correspondientes al permiso postnatal parental contemplado en el artículo 197 bis del Código del Trabajo, pues éste no se encuentra contemplado como una de las excepciones que permitiría considerarlo. [...] Que a lo ya expresado cabe agregar finalmente y a mayor abundamiento, que el permiso postnatal parental no constituye un derecho irrenunciable, como afirma la recurrente; sino al contrario, es perfectamente renunciable, pues se trata de un beneficio especial que mira al interés privado de la empleada.”²⁸

En una apelación en acción de protección ante la Corte Suprema, por la cual tres funcionarias de la Corporación Administrativa del Poder Judicial reclaman que se les faculte para ejercer su permiso postnatal parental, recibiendo el subsidio correspondiente. Sin embargo, el tribunal de alzada confirma la sentencia apelada rechazando la acción, toda vez que las funcionarias habrían renunciado al permiso recibiendo íntegramente su remuneración, no existiendo medidas de cautela o protección que pueda

²⁸ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2013. Rol 36657-2013, 3 de octubre de 2013. [en línea] <<http://www.poderjudicial.cl/>> [consulta: 26 de marzo de 2015].

adoptar el tribunal a favor de ellas, lo cual constituye requisito especial del recurso:

“Que en las circunstancias expuestas, habiéndose renunciado por las recurrentes al permiso postnatal parental y habiendo percibido éstas íntegramente su remuneración por tal período de tiempo, esta Corte no se encuentra actualmente en condiciones de adoptar las providencias que se han impetrado como necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de las afectadas en los términos que se contemplan en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.”²⁹

Finalmente tenemos un fallo de protección apelado ante la Corte Suprema en el 2013, iniciado por acción en la que se denuncia vulneración a la garantía de igualdad ante la ley del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, por parte de una trabajadora del Poder Judicial en contra de la Corporación Administrativa de éste, al negarle los bonos de

²⁹ CORTE SUPREMA. 2013. Rol 5265-2013, 18 de noviembre de 2013. [en línea] <<http://www.poderjudicial.cl/>> [consulta: 26 de marzo de 2015].

desempeño al haber hecho uso de su permiso postnatal parental ese año. La contraparte recurrente argumenta que el requisito para obtener los bonos es haber trabajado al menos seis meses dentro del año anterior al del incentivo, existiendo como excepción los períodos del descanso pre y postnatal, que son justa causa de ausencia, pero sin contemplar como excepción el permiso postnatal parental. La Corte confirma la sentencia apelada acogiendo la acción, dictando así una sentencia totalmente opuesta a la de la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol 36657-2013, citada con anterioridad, por la cual señalaba que el permiso postnatal parental se encontraba fuera de las causales de excepción de la norma y que se trataba incluso de un derecho de carácter renunciable; señalando esta Corte que la norma no contempla el permiso postnatal parental como excepción únicamente por ser anterior a la promulgación de dicho permiso, pero que claramente el espíritu de la ley lo incluye al ser también técnicamente un descanso por maternidad, y que además se trataría de un derecho irrenunciable en virtud de los bienes jurídicos protegidos, atentando el acto impugnado contra la garantía de igualdad ante la ley:

“Que al negar la recurrida el acceso al bono por desempeño institucional y bono por desempeño colectivo de quien acciona de protección, por haber hecho uso del permiso postnatal parental de 85 días, superando con ello el cómputo máximo de ausencias que contempla el artículo 4° de la Ley N° 19.531, ha efectuado una distinción sin justificación razonable y objetiva entre quienes gozan del permiso postnatal parental y quienes acceden al permiso de pre y postnatal, siendo todos permisos por maternidad que se encuentran dentro de la excepción del artículo 4° inciso quinto de la Ley N° 19.531, y son de naturaleza irrenunciable en razón de los bienes jurídicos que protegen, resultando discriminatoria la actuación de la recurrida respecto de quienes acceden al permiso por maternidad establecido en el artículo 197 bis del Código del Trabajo.”³⁰

Observando todas las sentencias encontradas podemos percatarnos de que no existe acción de protección, ni ninguna acción judicial en general, intentada por parte de un padre que desee hacer uso de su permiso postnatal

³⁰ CORTE SUPREMA. 2014. Rol 13716-2013, 20 de febrero de 2014. [en línea] <<http://www.poderjudicial.cl/>> [consulta: 26 de marzo de 2015].

parental a través de la facultad de traspaso. Son las madres únicamente las que han luchado por sus derechos de maternidad, mientras que los padres, ya sea por desconocimiento o por presiones culturales, no hacen uso de ellos o, de haber enfrentado dificultades, no han demandado por privilegiar sus empleos. Todo esto deriva de las bajas tasas de traspasos realizados hasta la fecha, desperdiciando de esta manera una novedosa herramienta que acercaría a los padres con sus niños y promovería la corresponsabilidad, entre otros asuntos y, al no aprovecharse, los objetivos que se buscaban con esta facultad no se concretarán. Este fenómeno puede tener diversas explicaciones, desde los patrones culturales existentes en nuestra sociedad hasta la técnica legislativa en esta materia. En este trabajo nos avocaremos al estudio de aquellas causas que digan relación con la regulación en la Ley 20.545.

2.2. Problemas en la legislación actual y consecuencias.

En este punto nos detendremos a analizar los motivos que llevan a que la facultad de traspaso al padre tenga una aplicación tan baja.

Primero, resulta importante recordar la encuesta citada por las Comisiones Unidas dentro de la historia de la Ley 20.545, en la que se determinó que un 71,7% de los hombres encuestados estaría dispuesto a aceptar algunas semanas del postnatal si la madre quisiera pasárselas. Esta cifra pareciera verse contradicha con el porcentaje de traspasos efectivamente realizados pues, si la mayoría de los padres quieren gozar del postnatal, ¿por qué tan pocos lo han hecho? Esta interrogante tiene una respuesta, que será desarrollada a lo largo de estas páginas.

Si observamos la protección a la parentalidad desde un comienzo, veremos que ya se divisaba un número considerable de progenitores masculinos que no aprovechaban, ni aprovechan actualmente, estos beneficios legales, lo cual puede encontrar explicación en los tradicionales roles de género dentro de este ámbito, tema que ha sido tratado por la Oficina Internacional del Trabajo:

“No todos los hombres aprovechan la licencia de paternidad, incluso pudiendo solicitarla. Las familias suelen resistirse a sacrificar ingresos si la licencia de paternidad no es remunerada o está mal pagada. Aún tratándose de una licencia remunerada, algunos hombres renuncian a ese derecho si estiman que en el trabajo se les podría tachar de falta de responsabilidad laboral. También puede ocurrir que los estereotipos predominantes en cuanto a los rasgos de masculinidad se contrapongan a los roles de prestación de cuidados y condicionen su decisión.”³¹

Si bien aquí se hace referencia a la licencia de paternidad, los motivos detrás de su falta de uso pueden ser fácilmente extrapolables a los que se encuentran detrás de la baja tasa de traspasos. Obviamente debemos exceptuar el primer motivo, referido a la falta de remuneración del permiso, toda vez que el permiso postnatal parental va acompañado de un subsidio en base a las remuneraciones del progenitor que esté haciendo uso de él. Y aún teniendo un tope máximo de 73,2 UF, difícilmente esta circunstancia va a

³¹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 2008. Proteger el futuro: Maternidad, paternidad y trabajo. Campaña La igualdad de género en el corazón del trabajo decente. Ginebra, OIT. 8p. Pág. 5.

implicar una disuasión importante, si consideramos que es muy bajo el porcentaje de trabajadores que reciben una remuneración superior a ese tope.

Tenemos que destacar entonces los motivos referidos a la discriminación en el trabajo y a los estereotipos asociados a la parentalidad, estando ambos fuertemente ligados pues, en una sociedad en la que se mira el cuidado y apego del recién nacido como una labor exclusiva de la madre, es coherente que dentro del trabajo no se comprenda ni acepte que un padre haga uso de un beneficio legal para cumplir con ese rol que culturalmente no le corresponde, dando pie al cuestionamiento de sus intenciones y a una discriminación posterior por parte de sus compañeros y empleadores, situaciones que van a provocar un justificado temor a los padres:

“Las políticas de Estado para promover el ejercicio de la parentalidad por parte de los varones chocan con la realidad del mercado laboral que sitúa a los hombres que ejercen sus derechos como padres ante el riesgo de afrontar el rechazo en su puesto de trabajo y debilitar su trayectoria profesional. Las negociaciones familiares en torno al trabajo remunerado y

no remunerado tienen lugar en un mercado laboral y una estructura salarial discriminatorios desde la perspectiva de género. Diversos estudios muestran que los hombres que ejercitan sus derechos como padres sufren una penalización mayor incluso que las mujeres en su carrera profesional (OECD, 2005).”³²

Es así como los estereotipos de género juegan en contra de los padres que desean participar más activamente en su parentalidad. Mientras que para las madres es esperable que hagan uso de su permiso postnatal, un padre será mirado con menosprecio y sospecha, preguntándose por qué querría hacerse cargo de un rol tradicionalmente femenino dejando de lado lo que debería ser más importante para él, que es su carrera profesional, produciendo este pensamiento el reproche de sus compañeros y jefes, mermando el ambiente laboral del padre y pudiendo incluso poner en riesgo su empleo.

³² OIT, PNUD. 2013. Trabajo decente y cuidado compartido: Hacia una propuesta de parentalidad. Santiago, OIT y PNUD. 190p. Pág. 86-87.

Respecto a esto último, es importante destacar, fuera de las medidas en la ley, las políticas que se han implementado para incentivar a los padres a ejercer su paternidad de forma más activa, enfrentando así los roles tradicionales de género dentro de una familia. Entre ellas resulta notable la campaña “Empápate”, lanzada por Chile Crece Contigo y la Municipalidad de Talcahuano en el 2011:

“El “Empápate” busca que el padre acompañe la gestación y el nacimiento de su hija o hijo, que disfrute del período post natal de cinco días, que acompañe a su hijo a los controles de salud, que comparta las tareas del hogar y la crianza, que apoye a la mamá y a su hijo durante la lactancia, ya que la figura paterna presente y cariñosa permitirá que el menor tenga un mejor desempeño escolar, enfrentará de mejor manera las adversidades de la vida, tendrá una autoestima alta y sólida y cuando adulto

tenderá a repetir con sus hijos el modelo de padre presente a afectivo que vio en el suyo.”³³

A su vez tenemos la Campaña de Paternidad MenCare en América Latina, la cual es coordinada en Chile por EME – CulturaSalud, y que busca promover la participación de los hombres en su paternidad y como cuidadores con equidad de género y sin violencia, aportando a las políticas y programas relacionados con la paternidad de diversos países para involucrar más a los hombres como cuidadores.

Finalmente, en marzo del año 2015 Chile Crece Contigo, en conjunto con UNICEF y la Fundación CulturaSalud, lanzaron la Guía para Padres de Paternidad Activa y Corresponsabilidad en la Crianza, junto con una guía de bolsillo:

³³ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. 2011. Talcahuano promueve la paternidad activa y responsable. [en línea] <<http://www.crececontigo.gob.cl/2011/novedades/talcahuano-promueve-la-paternidad-activa-y-responsable/>> [consulta: 9 de marzo de 2015].

“Este material educativo ha sido elaborado para promover la participación de los padres en el cuidado y crianza de sus hijos e hijas, entendiendo como padres a quienes son papás biológicos, padres adoptivos, padrastros o a quienes, por diversos motivos, han asumido el rol de padres, vivan o no con sus hijos e hijas.”³⁴

Así, estas guías buscan promover la paternidad activa para todo tipo de padres, a través de consejos, información relevante, orientación y, siendo de importancia mayor para nuestro objeto de estudio, se explican a los padres sus derechos laborales y se les insta a usar su postnatal.

Aunque bien encaminadas, estas escasas políticas públicas se van a mostrar poco eficientes, especialmente si tienen una difusión tan baja.

³⁴ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. 2015. Nueva guía de paternidad activa y corresponsabilidad en la crianza. [en línea] <<http://www.crececontigo.gob.cl/2015/novedades/nueva-guia-de-paternidad-activa-y-corresponsabilidad-en-la-crianza/>> [consulta: 9 de marzo de 2015].

Ninguna de ellas ha llegado a la mayor parte de la población, no existe distribución a empresas ni difusión a través de la televisión o radio, por lo que los destinatarios de estas medidas, que son principalmente los padres, no las han recibido. Por otro lado, de nada van a servir estas políticas si es que la posibilidad de los padres de utilizar el postnatal se da en condiciones poco atractivas y seguras para ellos, como hemos analizado. Por estas consideraciones es que es esencial que el permiso postnatal parental contemple incentivos para que los hombres lo utilicen, teniendo en cuenta que en condiciones ideales un gran porcentaje de padres quisieran participar de este permiso; asunto que fue parcialmente mencionado en el primer capítulo de este trabajo. Allí vimos cómo en la historia de la Ley 20.545 se evidenciaron algunas falencias relativas a incentivar la facultad de traspaso. Primero, y la más importante, es que el permiso postnatal parental está regulado como un derecho de la madre, que sólo excepcionalmente puede decidir cederlo al padre. La misma legislación comienza señalando que dicho permiso es de “las trabajadoras”:

"Artículo 197 bis.- Las trabajadoras tendrán derecho a un permiso postnatal parental de doce semanas a continuación del período postnatal, durante el cual recibirán un subsidio cuya base de cálculo será la misma del subsidio por descanso de maternidad a que se refiere el inciso primero del artículo 195."

Consecuencia de esto es que la ley haya fijado que sea la madre quien decida si el padre podrá hacer uso del beneficio, y por cuánto tiempo. Lo que podría implicar en muchos casos que, a pesar de que el padre quisiera gozar del postnatal, la madre pudiese negárselo sin necesidad de justificaciones, evento que puede ser frecuente si los padres no están en una relación. Por otro lado, aunque la madre quisiera traspasarle el permiso, el artículo 197 bis la limita a una cantidad de semanas:

“Si ambos padres son trabajadores, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del permiso postnatal parental, a partir de la séptima semana del mismo, por el número de semanas que ésta indique. Las semanas utilizadas por el padre deberán ubicarse en el período final del permiso y darán derecho al subsidio establecido en este artículo, calculado

en base a sus remuneraciones. Le será aplicable al trabajador lo dispuesto en el inciso quinto.”

De esta forma, la facultad de traspaso sólo se puede utilizar desde la séptima semana, y necesariamente debe ubicarse al final de todo el permiso, quitando flexibilidad a su uso, sin dejar que los padres decidan libremente la extensión y el momento en el que quieran hacer el traspaso. Por otro lado, la limitación de las semanas de las que puede gozar el padre no tiene otra explicación que la visión conservadora de que la presencia materna es más importante que la paterna en los primeros meses de vida del bebé, teniendo en cuenta que las madres gozan además en forma exclusiva del descanso postnatal de doce semanas, que viene a resguardar la recuperación física de éstas y la lactancia; constituyendo este límite una discriminación arbitraria en base al género atribuyendo la labor de los cuidados principalmente a la madre y, sólo de forma accesorio, al padre.

Respecto a este punto se ha pronunciado la OIT también, reconociendo que la distribución del permiso tiene una estrecha relación con la igualdad de género:

“Al introducir la igualdad de oportunidades para que tanto las madres como los padres puedan acceder a un tiempo de descanso compensatorio para la crianza de los niños, los sistemas de permisos parentales pueden ser también un instrumento eficaz para fomentar la igualdad entre los sexos. En efecto, conviene distinguir entre las exigencias fisiológicas del embarazo y del parto, que sólo conciernen a la mujer, y el cuidado y alimentación de los niños, que pueden ser compartidos por hombres y mujeres. Como se advierte en un informe de un sindicato africano, ‘si bien la naturaleza dicta que sólo las mujeres puedan tener hijos, no hay nada natural en el hecho de que, en muchas sociedades, se espera que las mujeres asuman ellas solas la responsabilidad de educar a los hijos. En concreto, las mujeres que ejercen un trabajo remunerado se enfrentan a la difícil tarea de cumplir la doble función de madres y de trabajadoras.’”³⁵

Existe además otro grave desincentivo en la regulación, referido al fuero del padre:

³⁵ OIT. 1999. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO 87ª REUNIÓN. Informe V: La protección de la maternidad en el trabajo. Ginebra, OIT. s.p.

“Artículo 201.- Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis, la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174. En caso de que el padre haga uso del permiso postnatal parental del artículo 197 bis también gozará de fuero laboral, por un período equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del mismo. Con todo, este fuero del padre no podrá exceder de tres meses.”

Es decir que el fuero del padre es considerablemente menor al de la madre, contando luego con una menor protección a su puesto de trabajo. Si los trasposos fueran más frecuentes, el empleo de los padres peligraría desde el momento en que la madre quedara embarazada, pues el empleador consideraría la probabilidad de que el padre tomara el permiso, en circunstancias que el fuero de éste comienza recién a contar de los diez días anteriores a que dé aviso a su empleador. Junto con esto tenemos que su fuero durará el doble del período de permiso que tome, con un tope además

de tres meses, período que coincide con el máximo que puede utilizar el padre si tiene un permiso de media jornada, pudiendo ser despedido apenas termine; lo que contrasta con el extenso fuero de la madre, que expira después de un año del parto. Dejando de esta forma vulnerable a los padres que hayan querido pasar más tiempo con su hijo recién nacido.

Finalmente, en el capítulo anterior vimos también que, conforme a la interpretación de la Dirección del Trabajo, el padre debe hacer uso del permiso postnatal parental en la misma modalidad que la madre, lo que implica que si ella eligió ejercerlo en jornada completa, él no pueda hacerlo en media jornada, y viceversa. Sumándose entonces a los puntos que quitan flexibilidad a la facultad de traspaso, poniendo dificultades a los padres que por necesidad requieran de una modalidad diferente a la de la madre.

Como otro punto referido a la flexibilidad, cabe hacer mención de que la ley 20.545 no se refirió a la problemática de ejercer el permiso postnatal parental en media jornada respecto a los trabajadores que, conforme al inciso segundo del artículo 22 del Código del Trabajo, están exceptuados del control de jornada, tales como los gerentes,

administradores y todo aquél que trabaje sin supervisión directa, además de otro tipo de trabajadores que no ejercen sus funciones en el local del establecimiento, siendo imposible controlar la cantidad de tiempo trabajado respecto de ellos. Así, sólo la Dirección del Trabajo se ha pronunciado, muy brevemente:

“Con todo, la trabajadora podrá reincorporarse a sus labores una vez terminado el permiso postnatal, por la mitad de su jornada, en cuyo caso el permiso postnatal parental se extenderá a dieciocho semanas. En este caso percibirá el cincuenta por ciento del subsidio que le hubiere correspondido conforme al inciso anterior y, a lo menos, el cincuenta por ciento de los estipendios fijos establecidos en el contrato de trabajo, sin perjuicio de las demás remuneraciones de carácter variable a que tenga derecho.

Las trabajadoras exentas del límite de jornada de trabajo, de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 22, podrán ejercer el

derecho establecido en el inciso anterior, en los términos de dicho precepto y conforme a lo acordado con su empleador.”³⁶

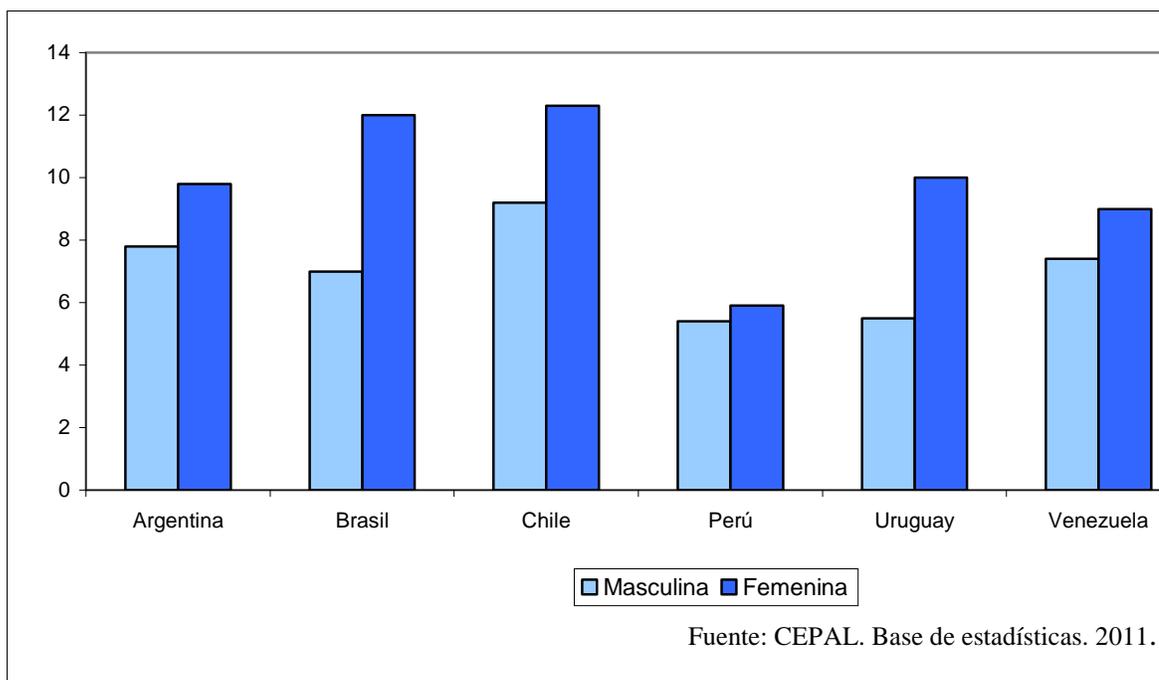
De este modo, la Dirección del Trabajo deja al acuerdo de las partes la forma de ejercer el permiso postnatal parental a media jornada. Sin embargo, como sabemos, en sede laboral no existe igual poder negociador entre las partes y, al no establecerse mayores resguardos ni una norma supletoria, se está poniendo una nueva traba respecto de estos trabajadores que deseen hacer uso del permiso en media jornada, viéndose presionados a aceptar condiciones poco favorables para ellos impuestas por su empleador o, en el peor de los casos, viéndose forzados a optar por ejercer el permiso a jornada completa, con todos los perjuicios que les puedan ocasionar. Sirviendo entonces como otro desincentivo para padres que se encuentren en esta situación pues, teniendo en cuenta el tope legal del subsidio y el deseo generalizado de no perder contacto total con sus trabajos, el permiso a media jornada es una opción de suma importancia para ellos.

³⁶ Ordenanza N° 4052/083, de 17 de octubre de 2011. Dirección del Trabajo.

Ya analizados todos estos puntos, si contrastamos la cantidad de padres en la encuesta que presumiblemente querrían hacer uso del postnatal, versus la cantidad de los que efectivamente lo hicieron, podemos concluir que la facultad de traspaso no ha sido suficientemente incentivada, o que incluso existen desincentivos que han actuado de fuertes disuasores, relacionados principalmente con el ámbito laboral. De este modo, la escasa aplicación de esta facultad implica que los objetivos que identificamos en un principio no se verán concretizados. Debemos recordar que la facultad de traspaso es un factor importante que actúa como contrapeso a todas las consecuencias negativas que provienen de la fuerte protección a la maternidad existente actualmente, desde que pretende repartir la carga de la parentalidad entre ambos progenitores.

Como señalamos en el primer capítulo, una protección a la parentalidad centrada casi exclusivamente en la madre provoca una fuerte discriminación laboral en contra de las mujeres en edad fértil, dificultándoles encontrar trabajo, mantenerlo, y tener posibilidades de ascenso, repercutiendo también en sus sueldos.

4. Tasas de desempleo por género, año 2009.



Este gráfico nos muestra las tasas de desempleo en cada país para el año 2009, dividido por género. Salta a la vista que en todos los países la tasa de desempleo femenina es mayor, siendo especialmente pronunciada la diferencia en Brasil, país que en esa fecha tenía el período postnatal más extenso en Sudamérica.

Muchas personas conocen ya el hecho de que las mujeres casadas en edad fértil tienen mayores dificultades para conseguir trabajo que una

soltera. Este hecho se evidencia en las estadísticas recogidas por la Dirección del Trabajo, en este caso para el sector financiero:

5. Estado civil por género, en empleados del sector bancario, año 2009-2010.

Estado civil	Hombre	Mujer	Total
Casado(a)	74,5%	9,9%	43,7%
Conviviente	12,3%	14,7%	13,5%
Separado(a) judicialmente	0,0%	1,0%	0,5%
Separado(a) legalmente	0,0%	5,8%	2,8%
Viudo(a)	0,0%	3,1%	1,5%
Soltero(a)	12,9%	65,4%	38,0%
Divorciado(a)	0,3%	0,0%	0,1%
Total	100%	100%	100%

Fuente: Enets 2009-2010.

Es interesante aquí observar que el mayor porcentaje de hombres contratados son casados, llegando al 74,5% del total, mientras que las mujeres casadas apenas llegan al 9,9%. La situación se invierte cuando

hablamos de solteros, habiendo sólo un 12,9% de hombres en esa situación, mientras que la mayoría de las mujeres contratadas, el 65,4%, pertenecen a este estado civil. Demostrando entonces una reticencia a contratar mujeres casadas, que para la mayoría de los empleadores significarían más probabilidades de que planeen tener hijos. Al respecto, una ejecutiva del sector financiero comenta su experiencia:

“Yo entré en una etapa de mi vida [en la] que ya no iba a tener más hijos. Yo creo que el banco consideró eso. Yo entré a los 40 años, hace diez años. El banco pensó, ‘no va a tener más guaguas, tiene una hija de 13 años, se ve más joven de la edad que tiene, tiene un buen pasar...’. Eso lo supe después, me lo contó la persona que me entrevistó cuando postulé a este trabajo.”³⁷

Ahora, incluso cuando una mujer en edad fértil logra ser contratada, y aún encontrándose protegida por el fuero maternal, su situación dentro de su

³⁷ RIQUELME GIAGNONI, VERÓNICA. 2013. Actuaciones y políticas de género en empresas del sector bancario. Santiago, Dirección del Trabajo. 125p. Pág. 94.

trabajo puede ser frágil. Esto, debido a estrategias utilizadas al margen de la ley conocidas como “mobbing” o acoso laboral que frecuentemente afecta a trabajadoras embarazadas, pretendiendo sus empleadores obtener su renuncia al someterlas a tareas tediosas o cambiar sus lugares de trabajo repetidamente para agotarlas, entre otras tácticas. Así lo relata una testigo:

“A las embarazadas, como que las castigan. Cuando vuelven de postnatal no regresan a la misma oficina, te ponen a hacer reemplazos en distintas partes... para que te aburras. Cuando yo estuve con licencia médica, llegó una niña a reemplazarme que había regresado de su postnatal, ella venía de cuatro oficinas... Había estado un mes en cada una, en distintos puntos de Santiago. El banco no tenía puesto para ella, [y] mientras no le asignen un puesto anda de un lado para otro. Además, como se van media hora antes del horario de salida, para el banco son un problema.”³⁸

³⁸ibid. op. Cit. Pág. 92.

Además del desempleo y el acoso laboral, la protección a la maternidad trae consecuencias negativas en relación a las remuneraciones, existiendo hasta el día de hoy una brecha salarial entre hombres y mujeres, lo cual normalmente es justificado por el hecho de que las madres trabajarían menos horas a fin de cuentas, debido a los permisos asociados a la protección de la maternidad:

“En mi empresa se discrimina a las mujeres. Por ejemplo, el caso de la jefa de ingeniería, actualmente es una mujer, la que recibe un menor salario que su antecesor que era hombre. El gerente de Recursos Humanos lo justifica por la gran cantidad de hijos que ella tiene, continuas licencias maternales, lo cual implica que no se ha dedicado del todo a su trabajo.”³⁹

Incluso con la Ley de Igualdad Salarial, lo que finalmente reciben hombres y mujeres va a ser distinto si se toman en cuenta otros beneficios, como por ejemplo, los bonos pagados a los trabajadores:

³⁹ HENRÍQUEZ RIQUELME, HELIA y RIQUELME GIAGNONI, VERÓNICA. 2011. El derecho a ganar lo mismo. Ley 20.348: Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres. Santiago, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo. 38p. Pág. 30.

“[Respecto de la maternidad] claro hay una cierta sanción o castigo, aunque lo que recibe mes a mes una mujer sea igual que el hombre. La verdad que todavía sigue planteándose como opción, o la carrera profesional o la maternidad. Lamentablemente lo que me ha tocado apreciar es que las dos no van de la mano, aun cuando la mujer haga uso estrictamente solo de lo que la ley le da (no hablemos que presente licencia médica por enfermedad del hijo menor) eso le significa perder prácticamente un trimestre de un año en que tiene que cumplir metas anuales; si además hace uso de sus vacaciones, tiene tres semanas menos, o sea tendría un tercio del año en el cual no compitió. En consecuencia, casi por una cosa matemática: si trabajó 8 de los 12 meses el bono no va hacer el mismo... y el empleador le va a decir: ‘mira, estuviste afuera cuatro meses, no te puedo tratar de la misma forma que a tus compañeros ejecutivos que estuvieron todo el año.’”⁴⁰

Hasta el año pasado al menos, la brecha salarial existente en nuestro país, conforme a los datos recogidos por la Superintendencia de AFPs,

⁴⁰ ibid. op. Cit. Pág. 32.

implicaba que las mujeres estaban recibiendo en promedio un 22% menos que los hombres por el mismo tipo de trabajo. Respecto a este fenómeno, muchos expertos lo atribuyen a la legislación laboral:

“Si bien la brecha salarial es consecuencia de una multiplicidad de factores, resulta indudable que la legislación laboral es uno de ellos y no precisamente uno de carácter secundario. En efecto, como se ha puesto de manifiesto en otro estudio, el Código de Trabajo (CdT) adolece de un “pecado original” que consiste en la marginación de la mujer del ámbito laboral, al haber asumido desde sus orígenes en la normativa el modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora. Este modelo permanece incólume hasta la fecha, siendo su mayor expresión el sistema de protección a la maternidad, el cual entrega casi en única medida a las mujeres la responsabilidad por el cuidado de los hijos. Es más, puede sostenerse que Chile ha vivido una involución, pues sin desconocer las ventajas de la ley que creó el postnatal parental, esta reforma sólo reconoce derechos a las

mujeres, entendiendo así que el cuidado es una tarea propia y primordial de ellas.”⁴¹

Por otro lado, el hecho de asumir y reforzar a través de la legislación laboral que el cuidado de los hijos corresponde a la mujer, impacta también a las madres a la hora de buscar trabajo, prefiriendo empleos flexibles para poder conciliarlos con la crianza de menores, que normalmente serán peor remunerados y más desprotegidos normativamente, lo que ocurre más frecuentemente entre mujeres de menores ingresos que no pueden costear servicios de cuidado:

“Para muchas mujeres de estos grupos, la falta de servicios de cuidado es la principal razón por la cual no están trabajando o por la que se emplean en trabajos informales y mal remunerados. Un ejemplo elocuente: el 40% de las madres que trabajan en el sector informal en Ciudad de Guatemala citan la “falta de servicios de cuidado infantil” como la principal

⁴¹ COMUNIDADMUJER. 2013. Mujer y trabajo: Brecha salarial que no retrocede. Serie ComunidadMujer. (24). Pág. 11.

razón para no laborar en la economía formal (Cassirer y Addati, 2007). La presencia de medidas conciliatorias es una herramienta importante para mejorar la inserción laboral de las mujeres pobres y así incrementar el ingreso de sus hogares y la retención de niños/as y jóvenes en el sistema educativo. La mayoría de las madres trabajadoras que recurren a servicios de sala cuna del Sistema de Protección a la Primera Infancia “Chile Crece Contigo”, manifiestan que, de no contar con este apoyo, se verían forzadas a dejar sus trabajos o estudios (MIDEPLAN, 2008).”⁴²

Debido a la carga que nuestra sociedad pone en las madres, haciéndolas únicas responsables del cuidado de los menores, muchas intentan conciliar este rol con sus empleos siendo una tarea tan difícil que finalmente se traduce en optar por una o por otra. De este modo, un gran número de madres deciden no trabajar, o buscar un trabajo flexible, y otro porcentaje decide optar por un mejor trabajo y no tener hijos. Consecuencia de esto último es que las tasas de fecundidad y natalidad han disminuido drásticamente en nuestro país, como apreciamos en el primer capítulo. Cabe

⁴² OIT, PNUD. 2009. Trabajo y familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social. 2ª ed. Santiago, OIT, PNUD. 162p. Pág. 111.

destacar también que las mujeres que logran de alguna manera conciliar mejores trabajos con la crianza de sus hijos muchas veces se ven sobrecargadas si no cuentan con el apoyo del padre, pues utilizan el poco tiempo libre que les queda en esta labor, viéndose muchas colapsadas por la tensión que les genera, sufriendo constantemente de estrés y en última instancia, abandonando sus empleos.

Ahora, si nos centramos exclusivamente en los efectos concretos de la ley 20.545, existen cifras oficiales que indican que la participación laboral femenina de mujeres en edad fértil efectivamente ha sufrido disminuciones desde la implementación del permiso postnatal parental, mientras que la de mujeres que han pasado ese rango de edad ha aumentado levemente. Comprobando entonces la discriminación que genera en los empleadores:

“Tomando en cuenta las estadísticas del INE, desde que se implementó el post natal a la fecha, la participación laboral femenina se ha mantenido en los mismos rangos. (---)

De hecho, durante la edad fértil la participación de la mujer en el mercado laboral ha disminuido, si se compara el mismo período, anteriormente mencionado.

De esta manera, las mujeres entre 20 y 24 años han pasado de una participación de un 48,6% a un 46,5%; en el caso de las mujeres entre 25 y 29 años este indicador se ha reducido de un 68,2% a un 66%; y en las mujeres entre 30 y 34 años el porcentaje pasó de 70,5% a 69,2%. Sólo entre los 35 y 39 años esta participación laboral se ha elevado, pero levemente, de un 66,9% a un 67,3%.⁴³

Así, cuando la ley 20.545 creó el permiso postnatal parental como un derecho de la madre (que sólo excepcionalmente puede ceder al padre), lo que hizo finalmente fue condenar a las mujeres en edad fértil a una mayor discriminación laboral al concederles un permiso más extenso que el

⁴³ TORO, PÍA. 2013. A dos años del postnatal parental, sólo un 0,3% han sido traspasos a los padres. [en línea] Pulso – Economía. 7 de octubre, 2013. <<http://www.pulso.cl/noticia/economia/economia/2013/10/7-31042-9-a-dos-anos-del-post-natal-parental-solo-un-03-han-sido-traspasos-a-padres.shtml>> [consulta: 31 de marzo de 2014]

anterior, sin tomar medidas suficientes para contrarrestar la discriminación de género.

Ahora bien, las consecuencias negativas de la ley en estudio no sólo alcanzan a las mujeres, si no que a la sociedad como un todo:

“Pero también la falta de una distribución equilibrada del trabajo reproductivo genera efectos negativos para las familias –en especial para quienes requieren de cuidados (niños y niñas, adultos mayores y personas con discapacidad)–; para los hombres que desean participar activamente de la crianza de sus hijos e hijas y del cuidado de sus familiares; para el funcionamiento de los mercados laborales; para la productividad de las empresas; y para el desarrollo económico de los países.

Además, refuerzan las desigualdades socioeconómicas y de género: quienes tienen mayores recursos disponen de un mayor acceso a servicios de apoyo y cuidados de calidad y, por ende, a mejores oportunidades de desarrollo. Así, se concluye que no es posible enfrentar la exclusión social, la desigualdad y la pobreza si no se aborda al mismo tiempo, y con la misma

intensidad, la sobrecarga de trabajo de las mujeres y la falta de oportunidades ocupacionales para ellas.”⁴⁴

Por último, una de las consecuencias más impactantes está referida al cuidado del recién nacido. Si bien esta nueva ley contempla una facultad de traspaso que la antigua no tenía, parte de la base de que la figura materna es más importante que la paterna, a la cual le asigna sólo unas pocas semanas, sin incentivo alguno. Sin embargo, son conocidos los beneficios del ejercicio compartido de la parentalidad, tanto para los niños como para los mismos padres:

“Adicionalmente, se ha desarrollado una mayor conciencia sobre la trascendencia de la paternidad activa o comprometida en el destino y desarrollo personal de los hijos/as como en los sentimientos de satisfacción o de fracaso de los propios varones. La paternidad presente y responsable mejora el desarrollo de la estructura psíquica y emocional de los hijos e hijas, favorece la inserción y desarrollo laboral de las mujeres y beneficia a

⁴⁴ LUPICA, CARINA. 2010. Trabajo decente y corresponsabilidad de los cuidados en Argentina. Buenos Aires, OIT. 190p. Pág. 153-154.

los propios varones, para quienes la relación filial es una esencial fuente de bienestar y felicidad (Barker, 2008).”⁴⁵

Luego de todo este análisis, hemos recogido numerosas consecuencias negativas que provienen de la mala técnica legislativa en la ley 20.545, que no han podido ser contrarrestadas de manera efectiva con la facultad de traspaso al no incentivarla debidamente. La discriminación laboral hacia las trabajadoras, la desigualdad salarial, la baja participación laboral femenina, la disminución de las tasas de fecundidad y natalidad, la discriminación hacia los hombres que desean ejercer activamente su paternidad, y el escaso vínculo paterno en el desarrollo de los niños; son problemas que podrían verse contrarrestados con una facultad de traspaso amplia, sin los límites que establece el legislador, y que sea realmente incentivada. Pues, como ya vimos, estos problemas residen esencialmente en el hecho de que la ley refuerce la idea de que el cuidado de los hijos es

⁴⁵ OIT, PNUD. 2013. Trabajo decente y cuidado compartido: Hacia una propuesta de parentalidad. Santiago, OIT y PNUD. 190p. Pág. 26.

una tarea exclusiva de la madre, los cuales para su solución requerirían de estrategias que refuercen la corresponsabilidad parental.

CAPÍTULO 3: SOLUCIONES DEL DERECHO COMPARADO

3.1. Convenios y tratados internacionales

Luego de analizados los problemas que existen en la regulación de la facultad de traspaso y las consecuencias negativas que ello trae, es necesario ahora observar cómo ha sido tratado el tema en el Derecho extranjero, partiendo por los tratados internacionales que se refieren a esta materia.

Comenzaremos con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida como CEDAW, que fue ratificada por nuestro país en 1989. En dicha convención los Estados

Partes se someten a una serie de obligaciones referidas a la toma de medidas con el objeto de disminuir paulatinamente la discriminación en contra de la mujer en diversos ámbitos. En este caso se citarán los artículos que nos interesan de acuerdo a nuestro objeto en estudio:

“Artículo 3: Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.”⁴⁶

“Artículo 5: Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

⁴⁶ NACIONES UNIDAS. 1979. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. 18 de diciembre de 1979.

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;

b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.”⁴⁷

“Artículo 11: 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

a. El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;

⁴⁷ Ibid. op. Cit.

- b. El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección de cuestiones de empleo;
- c. El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional y el adiestramiento periódico;
- d. El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo; (---)’⁴⁸

Como vemos en los artículos citados, la convención obliga a los Estados Partes a tomar medidas tendientes a permitir a las mujeres el goce de sus derechos en igualdad de condiciones con los hombres, modificando los patrones socioculturales de conducta de cada género e impulsando también la corresponsabilidad parental. Respecto al mercado laboral, señala

⁴⁸ Ibid. op. Cit.

el deber de asegurar igualdad de oportunidades para su acceso, para el ascenso, para la estabilidad en el empleo y el derecho a igual remuneración, principalmente.

El siguiente tratado que debemos mencionar es el Convenio N° 111 sobre la Discriminación en materia de empleo y ocupación, ratificado por Chile en 1971. Esta norma internacional también impone la obligación a sus suscriptores de llevar a cabo políticas tendientes a erradicar la discriminación arbitraria en materia de empleo, comenzando en su artículo primero por una definición de lo que debe entenderse por discriminación:

“Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;”⁴⁹

⁴⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1958. Convenio 111: Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación). Junio 1958. Art. 1.

“Artículo 2: Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.”⁵⁰

Luego, la Recomendación del Convenio N° 111 establece en su segundo capítulo que la igualdad de oportunidades se debe propender en temas como las posibilidades de ascenso, la remuneración, y las condiciones de trabajo, entre otras.

A continuación tenemos el Convenio N° 156 sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares, ratificado por Chile en 1994, que obliga a sus suscriptores a tomar medidas para que estos trabajadores puedan

⁵⁰ Ibid. op. Cit. Art. 2.

compatibilizar dichas responsabilidades con su empleo sin tener que abandonarlo, y asegurando también que no sean discriminados por ello; destacándose la forma en que el convenio se refiere genéricamente a los trabajadores con responsabilidades familiares, sin asignarle este rol de forma predominante a las mujeres, como se ha hecho tradicionalmente en nuestro país:

“Artículo 3: Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales. (---)”⁵¹

⁵¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1981. Convenio 156: Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares. Junio 1981.

“Artículo 6: Las autoridades y organismos competentes de cada país deberán adoptar medidas apropiadas para promover mediante la información y la educación una mejor comprensión por parte del público del principio de la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras y acerca de los problemas de los trabajadores con responsabilidades familiares, así como una corriente de opinión favorable a la solución de esos problemas.”⁵²

Similares deberes establece la Recomendación 150 sobre Desarrollo de los Recursos Humanos, que posee un apartado especial sobre la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, destacándose la recomendación en su punto 54:

“(a) Convencer a la opinión pública, y en especial a los padres, maestros, personal de orientación y formación profesionales, personal de los servicios del empleo y otros servicios sociales, empleadores y

⁵² Ibid. op. Cit.

trabajadores, de la necesidad de que hombres y mujeres participen en pie de igualdad en la sociedad y en la economía y de la necesidad de modificar las actitudes tradicionales respecto del trabajo de mujeres y hombres en el hogar y en la vida profesional;”⁵³

Finalmente tenemos el Convenio 183 sobre la Protección de la Maternidad que no ha sido ratificado por Chile, sin embargo en este capítulo sobre Derecho Comparado es esencial mencionarlo, desde que reconoce que la maternidad puede constituir una desventaja para las trabajadoras, y llama a los Estados a tomar acción sobre ello:

“Artículo 9: Todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en

⁵³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1975. Recomendación 150: Recomendación sobre desarrollo de los recursos humanos. Junio 1975.

el empleo, con inclusión del acceso al empleo, y ello no obstante el párrafo 1 del artículo 2.”⁵⁴

En la normativa internacional analizada podemos encontrar, aún tratados desde diversos enfoques, deberes referidos a disminuir la discriminación de género especialmente en materias de maternidad y empleo, y a obtener de este modo igualdad de oportunidades Reforzándose de esta forma los objetivos ya estudiados que encontramos en la historia de la Ley 20.545, asociados a la facultad de traspaso al padre. De esta forma es que la ley en comento, al no ser efectiva para cumplir con estos objetivos e incluso jugando en contra de ellos, estaría no sólo traicionando las razones para la creación de la facultad de traspaso, sino que además estaría transgrediendo los tratados internacionales citados al contribuir a una mayor discriminación de género en materias de trabajo y parentalidad.

⁵⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 2000. Convenio 183: Convenio sobre la protección de la maternidad. Junio 2000.

3.2. Situación general a nivel mundial

Para estudiar el Derecho Comparado es necesario primero echar un vistazo al panorama general en relación a la protección de la parentalidad. Comenzaremos estudiando la licencia de paternidad alrededor del mundo.

Conforme a los informes de la Organización Internacional del Trabajo en lo relativo a la protección de la maternidad, en la mayoría de los países se contempla una licencia por paternidad que permite al padre pasar un tiempo con su hijo recién nacido, y normalmente sólo se concede por un par de días. En otros países en los que no se contempla este beneficio, queda de todas maneras cubierto bajo otras licencias para fines más amplios, como en varias naciones africanas en las que existe una licencia para fines familiares. En otros casos, se logra obtener este derecho a través de convenios colectivos de trabajo, dejándose a criterio de los empleadores.

Respecto a las licencias parentales, estas normalmente se regulan como un beneficio que puede usar la madre o el padre, sin poder usarse por ambos progenitores a la vez. Por otro lado existen países en los que incluso puede solicitarse por un familiar distinto a los padres, como Armenia y Azerbaiyán, y otros en los que sólo puede usarla la madre. Lamentablemente la experiencia a nivel mundial es que las madres sean las que soliciten la licencia en su totalidad:

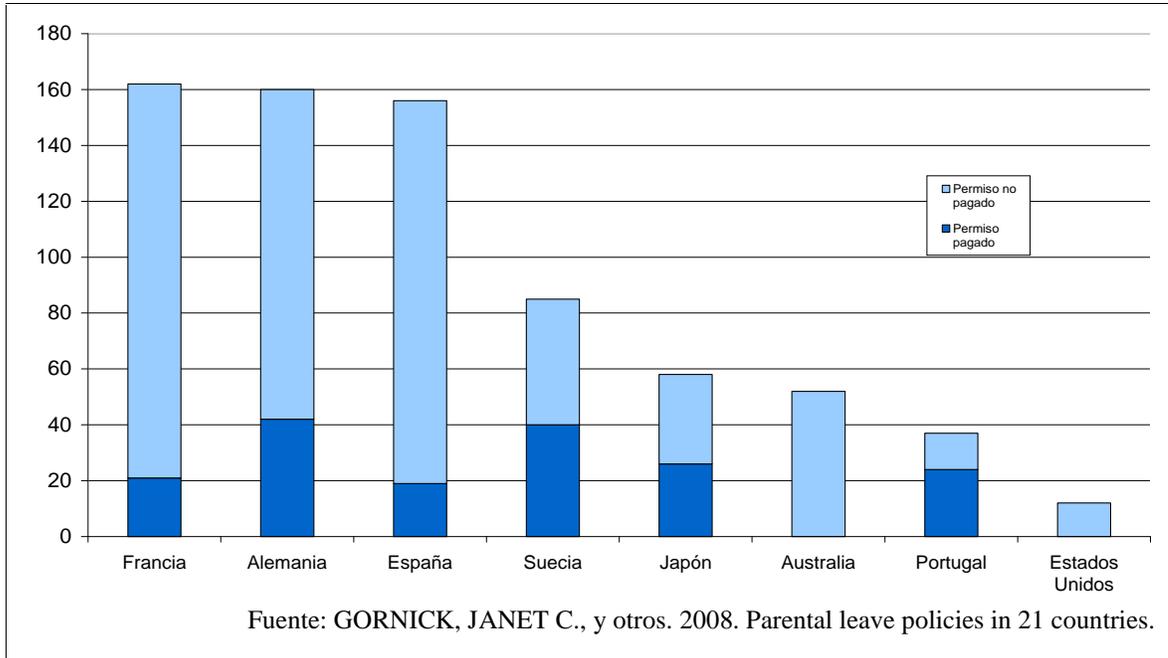
“En general, las tasas de solicitud de los hombres son bajas. Los estudios realizados en Alemania, Dinamarca, Finlandia y Noruega indican que menos de un 5 por ciento de los padres que tienen derecho a obtener una licencia parental la solicitan ¹³. Aunque en Suecia, alrededor de un 24,5 por ciento de los hombres con derecho a obtener una licencia parental ejercieron este derecho en 1987, sólo tomaron, como promedio, 26 días de permiso ¹⁴. En Francia, un estudio realizado en 1992 por encargo de la Caisse nationale d'Allocations familiales en lugares de trabajo públicos y privados estimó que un 99 por ciento de los padres que obtuvieron licencias

parentales eran mujeres ¹⁵. En Austria, hasta enero de 1997, 75.912 de los solicitantes de licencias parentales eran mujeres y sólo 485 eran hombres.”⁵⁵

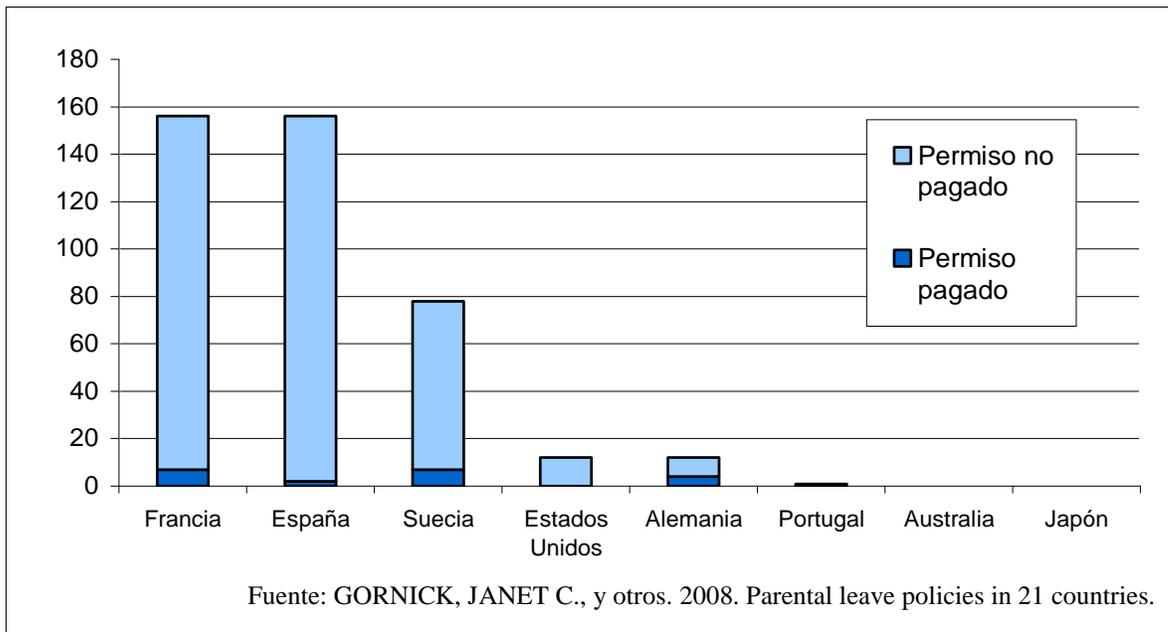
Como los padres alrededor del mundo no suelen tomar licencias parentales, es importante observar la tendencia respecto a cuotas exclusivas para los padres. Los siguientes gráficos muestran la situación en algunos países desarrollados:

⁵⁵ OIT. 1999. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO 87ª REUNIÓN. Informe V: La protección de la maternidad en el trabajo. Ginebra, OIT. s.p.

6. Permiso pagado y no pagado para las madres (en semanas)



7. Permiso pagado y no pagado para los padres (en semanas)



Estos gráficos comparan el máximo tiempo de permisos pagados y no pagados que puede tomar la madre (incluyendo la cuota que puede tomar cualquiera de los dos), versus el mínimo que puede tomar el padre (referido a las cuotas exclusivas del padre), ya que lo que ha ocurrido a nivel mundial es que normalmente éste sólo toma las cuotas exclusivas, debido principalmente a presiones laborales y sociales. Impacta rápidamente la diferencia entre ambos, y especialmente la pequeña cantidad de semanas a nivel mundial que son exclusivas del padre y a la vez remuneradas.

Pero además de las cuotas exclusivas o intransferibles, existen otras técnicas para que los padres hagan uso del permiso:

“(---) Finland allows two additional weeks of parental leave if the father takes at least two weeks. Germany has instituted recent reforms that dramatically shifted their parental leave policy toward gender equality; their current policy allows two additional months if they are taken by the father. Portugal offers full payment during the first two weeks of parental leave, but only if they are taken by the father. Sweden has long had a policy of

“daddy days,” which reserve a portion of parental benefits for fathers, and has recently instituted financial benefits for families who share parental leave, which took effect in July 2008. (---)⁵⁶,⁵⁷

Como indica el autor, muchos países desarrollados recurren a incentivos para que los padres voluntariamente tomen más tiempo de permiso que el que es exclusivo de ellos. En Finlandia y Alemania, se otorgan semanas adicionales de permiso cuando las vaya a tomar el padre. Y en el caso de Portugal y Suecia, se otorgan beneficios económicos adicionales (como aumentar el subsidio), si es que el padre toma sobre una cierta cantidad de tiempo.

⁵⁶ Traducido al español: “(---) Finlandia permite dos semanas adicionales de permiso parental si el padre toma al menos dos semanas. Alemania ha instaurado reformas recientes que cambiaron dramáticamente sus políticas de permiso parental hacia la igualdad de género; la política actual otorga dos meses adicionales si son tomados por el padre. Portugal ofrece un pago íntegro durante las primeras dos semanas del permiso parental, pero sólo si son tomadas por el padre. Suecia ha tenido hace mucho tiempo una política de “días de papá”, la cual reserva una porción de los beneficios parentales para los padres, y ha instaurado recientemente beneficios económicos para las familias que compartan el permiso parental, lo que tomó efecto en julio de 2008 (---)”.

⁵⁷ GORNICK, JANET C., RAY, REBECCA y SCHMITT, JOHN. 2008. Parental leave policies in 21 countries. Assessing generosity and gender equality. Washington D.C., Center for economic and policy research. 22p. Pág. 13.

Ya analizada la situación a nivel mundial y en los países más desarrollados, es pertinente también observar la situación de nuestros vecinos en América Latina y el Caribe, para lo cual podemos remitirnos al informe regional de la OIT:

“El Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156) ha sido ratificado por 11 países de la región, y algunos están adoptando iniciativas pioneras que incorporan el concepto de trabajador de ambos sexos con responsabilidades familiares. Sin embargo, la mayoría de las medidas existentes están todavía dirigidas solo a la mujer trabajadora, reforzando así su papel como principal responsable del cuidado de la familia. (---)

Los dos únicos países de la región que garantizan una licencia parental durante el período inmediatamente posterior a la licencia de maternidad son Chile y Cuba.”⁵⁸

⁵⁸ CEPAL, FAO, OIT, ONU MUJERES, PNUD. 2013. Informe regional. Trabajo decente e igualdad de género. Políticas para mejorar el acceso y la calidad del empleo de las mujeres en América Latina y el Caribe. 1ª ed. Santiago, CEPAL, FAO, OIT, ONU MUJERES, PNUD. 234p. Pág. 115, 119.

Así, vemos que en nuestra región predomina una tendencia a otorgar protección sólo a la madre trabajadora, sin que ésta pueda transferir parte de su permiso al padre, salvo en Cuba y Chile. Ello, sin perjuicio de la existencia de licencias por paternidad, que normalmente se conceden por unos pocos días inmediatamente después del parto:

“En el resto de los países, los permisos contemplados para los recién estrenados -y normalmente también agotados- papás oscilan entre los simbólicos dos días en Argentina hasta los 14 en Venezuela, pasando por tres en Paraguay y Uruguay, cinco en Brasil -10 para empleados públicos-, ocho en Colombia y los 10 que ofrece la ley ecuatoriana. (---) Los mexicanos pueden asistir a su mujer y su nuevo hijo la primera semana únicamente si son funcionarios federales, beneficio que han conquistado mediante reivindicaciones sindicales. Cuba, en cambio, permite que el padre opte por cuidar al crío cuando a la madre se le agota su licencia posparto, y devengar él la prestación por hijo -60% del salario- hasta que

cumple un año de edad, previa comunicación a la administración del centro laboral.

La ley de ningún país centroamericano permite a los hombres faltar al trabajo por el nacimiento de un hijo.”⁵⁹

Ahora, incluso con lo breves que son estas licencias, los padres latinoamericanos no suelen tomarse todos los días, y uniendo este fenómeno con el hecho de que sólo dos países contemplen una licencia parental que pueda ser usada por ambos progenitores, se hace evidente que en Latinoamérica y el Caribe aún predomina una visión muy conservadora acerca de los roles de género.

⁵⁹ NAVARRETE, CAMILA. 2011. Chile es el país con la más generosa ley de postnatal en América Latina. [en línea] BioBioChile – Sociedad. 7 de octubre, 2011. < <http://www.biobiochile.cl/2011/10/07/chile-es-el-pais-con-la-mas-generosa-ley-de-postnatal-en-america-latina.shtml> > [consulta: 3 de abril de 2014]

3.3. Situación concreta en algunos países

3.3.1. El caso de Cuba

Como ya vimos, Cuba es el único país aparte del nuestro en esta región que concede una licencia parental a ambos progenitores. Esto está muy ligado con la visión de género que toma su legislación, la cual hace suyos los principios de igualdad de género y corresponsabilidad parental que se muestran especialmente fuertes en el Código de Familia:

“Artículo 26. Ambos cónyuges están obligados a cuidar la familia que han creado y a cooperar el uno con el otro en la educación, formación y guía de los hijos conforme a los principios de la moral socialista. Igualmente, en la medida de las capacidades o posibilidades de cada uno,

deben participar en el gobierno del hogar y cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo.”⁶⁰

“Artículo 28. Ambos cónyuges tienen derecho a ejercer sus profesiones u oficios y están en el deber de prestarse recíprocamente cooperación y ayuda para ello, así como para emprender estudios o perfeccionar sus conocimientos, pero cuidarán en todo caso de organizar la vida en el hogar de modo que tales actividades se coordinen con el cumplimiento de las obligaciones que este Código les impone.”⁶¹

De este modo, al ser el cuidado de los hijos, como también el derecho al trabajo, deberes y beneficios de mujeres y hombres por igual, la normativa de la protección a la maternidad permite también al padre ejercer sus derechos:

⁶⁰ CUBA. Consejo de Ministros. 1975. Ley 1.289: Código de familia. 14 de febrero de 1975.

⁶¹ Ibid. op. Cit.

“Artículo 15: A partir del vencimiento de la licencia postnatal la madre trabajadora puede optar por incorporarse al trabajo o por cuidar al hijo o hija, devengando una prestación social ascendente al 60% de la base de cálculo de la licencia retribuida por maternidad. Esta prestación se abona a las trabajadoras que cumplan los requisitos establecidos para obtener la prestación económica por maternidad, hasta que el hijo o hija arribe a su primer año de vida o antes de esa fecha si la madre se incorpora al trabajo, sin perjuicio de su derecho a acogerse nuevamente a su disfrute, siempre que el niño o niña no haya cumplido el primer año de vida.”⁶²

“Artículo 16: Una vez concluida la licencia postnatal, así como la etapa de lactancia materna que debe garantizarse para propiciar el mejor desarrollo de niños y niñas, la madre y el padre pueden decidir cuál de ellos cuidará al hijo o hija, la forma en que se distribuirán dicha responsabilidad hasta el primer año de vida y quién devengará la prestación social que se

⁶² CUBA. Consejo de Estado. 2003. Decreto-Ley N° 234: De la maternidad de la trabajadora. 13 de agosto de 2003.

establece en el Artículo anterior, debiendo comunicar la decisión por escrito a la administración del centro de trabajo de cada uno de ellos.”⁶³

El artículo 16 del Decreto-Ley 234 permite entonces que el padre o la madre indistintamente hagan uso de un permiso parental, posterior a la licencia postnatal materna, el cual trae aparejado un subsidio equivalente al 60% del sueldo, y que se extiende hasta que el bebé cumpla un año de edad, sin limitarse la cantidad de tiempo que puede tomar el padre como se hace en nuestra legislación.

3.3.2. El caso de España

⁶³ Ibid. op. Cit.

Gran parte de nuestra legislación está históricamente influenciada por el Derecho español, por lo que también resulta necesario ver cómo este país ha decidido regular nuestra materia en estudio.

Al igual que en Chile, España otorga una licencia por paternidad pagada, además de una “suspensión por maternidad” que puede ser usada por la madre y el padre. La licencia por paternidad tiene una duración de trece días, pudiendo ser usada en conjunto con la licencia por maternidad o a continuación de ésta. La suspensión por maternidad tiene una duración mínima de 16 semanas desde el parto que puede ser usada a jornada completa o parcial; y puede ser usada por el padre, la madre, o ambos, salvo por un período de 6 semanas obligatorio para la madre que busca permitir su recuperación:

“No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor

disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal.

En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el artículo siguiente.”⁶⁴

Resulta interesante que, pese a que las primeras seis semanas no puedan ser gozadas por el padre, se le da la posibilidad de utilizar el

⁶⁴ ESPAÑA. Jefatura del Estado. 2007. Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. 22 de marzo de 2007. Disposición adicional décimo primera N° 10.

beneficio de modo simultáneo con la madre inmediatamente después del parto, permitiendo mayor flexibilidad. Además, se establece que si la madre no tuviese derecho a la licencia pero el padre sí, podrá este último aprovecharla en su totalidad.

Finalmente, cabe destacar la amplísima cobertura que permitió la reforma legal de 2007, incluyendo a los trabajadores por cuenta propia:

“Con la última reforma de marzo de 2007 estas prestaciones y permisos son para todos los trabajadores, tanto por cuenta propia como ajena de todos los regímenes de la Seguridad Social.”⁶⁵

3.3.3. El caso de Noruega

⁶⁵ VIC, OLGA. 2007. Permiso de maternidad y paternidad. [en línea] <<http://www.mujeractual.com/familia/relaciones/permisos.html>> [consulta: 8 de abril de 2014]

Noruega es una de las naciones más reconocidas por su fuerte política de igualdad de género, lo que se refleja plenamente en su regulación sobre protección a la parentalidad.

Padres y madres tienen derecho a un permiso de 42 semanas pagadas al 100% de sus ingresos, o de 52 semanas con compensación del 80%. A su vez, pueden utilizar el permiso en modalidad de jornada completa o jornada parcial, pudiendo trabajar desde un 50% hasta un 90% de la jornada, recibiendo la compensación correspondiente a lo que falte para completarla. Existiendo de esta forma amplia flexibilidad, dando facilidades a padres y madres que no quieran abandonar del todo sus trabajos.

Los progenitores pueden optar por compartir el permiso, usándolo primero la madre de forma ininterrumpida, y luego el padre. Sin embargo, existen cuotas exclusivas para cada uno: 6 semanas después del parto para

la madre, y 4 semanas obligatorias del padre, llamadas estas últimas la “cuota de paternidad”.

La cuota de paternidad se implementó en 1993 como un incentivo para que los padres desempeñen un rol más activo durante el primer año de vida de sus hijos, y si no las aprovechan se pierden, pues no pueden ser usadas por la madre.

Además, existe otro mecanismo de incentivo consistente en otorgar una semana adicional de permiso pagado, bajo la condición de que sea el padre quien la use.

Gracias a estos mecanismos, la cuota de paternidad, la semana adicional y la flexibilidad en la jornada, ha aumentado el número de padres que se han tomado el permiso:

“Desde 1978, cuando se introdujo, hasta 1994, muy pocos padres han sacado partido al período de baja parental. Sin embargo, la oficina del Defensor de los Derechos en Materia de Igualdad de Género informó en 1997 que más del 70% de padres varones con derecho a permiso remunerado lo utilizaron ese año, lo que representa un enorme aumento respecto al 2,4% registrado en 1992. Desde entonces, la cuota, o porcentaje, de utilización de la cuota de paternidad por los progenitores varones se ha mantenido en un nivel elevado. (---)”⁶⁶

3.3.4. El caso de Suecia

Suecia es reconocida por sus altos niveles de bienestar y por sus tremendos beneficios sociales y, al igual que Noruega, ha tendido a una fuerte política en materia de igualdad de género.

⁶⁶ DCOMM. 2005. Papá moderno. La política progresista de Noruega sobre permiso de paternidad. Revista Trabajo. (52) Pág. 13.

Este país tiene un período de permiso parental altamente extenso:

“In Sweden, parents are entitled to 480 days of parental leave when a child is born or adopted. This leave can be taken by the month, week, day or even by the hour.

(---) Sixty days of leave are allocated specifically to each parent, and cannot be transferred to the other.⁶⁷ 68

De este modo, Suecia otorga a ambos padres un período común de 480 días de permiso remunerado, el cual puede usarse fraccionado ya sea por mes, semana, día u hora, teniendo amplia flexibilidad; aunque no pueden usarlo ambos padres de forma simultánea. Además, establece cuotas

⁶⁷ Traducido al español: “En Suecia, a los padres se les otorgan 480 días de permiso parental cuando un niño nace o es adoptado. Este permiso puede ser tomado por el mes, semana, día o incluso por hora.

(---) Sesenta días de permiso están asignados específicamente a cada padre, y no puede ser transferido al otro.”

⁶⁸ SWEDEN INSTITUTE. 2013. Gender equality in Sweden. [en línea] <<http://sweden.se/society/gender-equality-in-sweden/>> [consulta: 8 de abril de 2014]

exclusivas de 60 días obligatorios para cada progenitor. Junto con esto, existe un interesante incentivo económico consistente en otorgar un bono diario a los padres que compartan el permiso parental en partes iguales, durante un máximo de 270 días.

Otro incentivo importante ha consistido en atacar la raíz del problema, referido a los patrones culturales que fijan los roles de género en el cuidado de los hijos, implementándose en Suecia una serie de campañas con el objetivo de persuadir a los padres hacia un rol más activo:

“(---) Desde el gobierno se desarrolló una política activa de reeducación y socialización para animar a los hombres a ser padres comprometidos con los cuidados. A finales de los años 60 y principios de los 70 se encargó a una serie de expertos la tarea de rehacer la identidad de los hombres como padres cuidadores. De ahí que desde esa época se orquestan campañas en los medios de comunicación: mientras el énfasis en los años 70 eran las imágenes de padres tiernos y cuidadores, en los 90 se urgió a los hombres (en especial a los padres que trabajaban en oficinas) a

desempeñar un papel más activo en el cuidado de sus hijos e hijas, con la utilización del eslogan ‘papá, ven a casa’ (Hobson B., 2008).”⁶⁹

Todos estos esfuerzos han dado sus frutos, lográndose de este modo un importante aumento en el uso de los padres varones del permiso parental, el cual sigue observándose hasta la fecha:

“Si se observa el ejemplo de Suecia, se puede decir que el uso de la baja parental por parte de los hombres ha aumentado a un ritmo constante: desde principios de los años 80, su tasa de uso subió de menos del 20% a más del 50% después de la promulgación en el Parlamento del “mes de papá”, en 1994. Asimismo, la proporción de días utilizados por los padres tuvo un crecimiento gradual: en 1994, un año antes de la reforma del mes del papá, la participación media de los padres en la baja parental era del 11,4% del tiempo; en 1999, cinco años después, hubo un ligero aumento en la proporción de los días tomados por los padres (11,6%), llegando esta

⁶⁹ OIT, PNUD. 2013. Trabajo decente y cuidado compartido: Hacia una propuesta de parentalidad. Santiago, OIT y PNUD. 190p. Pág. 81.

proporción en 2003 al 17% y en 2005 al 19,5% (Hobson B., 2008: 132; Martínez Herrero, M. J., 2008: 7).”⁷⁰

Es decir que hasta la fecha el uso del permiso parental por parte de los padres ha aumentado un 30% más, llegando ahora a la mitad de los padres con derecho al permiso; y que adicionalmente ha aumentado el período de tiempo que se han tomado, hasta un 19,5% del tiempo total en el 2005, y posteriormente, hasta un 24% de éste para el 2012. Todo lo cual pasa a reflejar la eficiencia de las medidas implementadas por este gobierno.

⁷⁰ Ibid. op. Cit. Pág. 82.

CAPÍTULO 4: PROPUESTAS

4.1. Factibilidad de incorporar elementos del Derecho Comparado en Chile

Ahora que ya hemos estudiado la situación en otros países, nos corresponde analizar la viabilidad de adoptar los mecanismos ya vistos en nuestro sistema jurídico con el objeto de incentivar la facultad de traspaso, y con ello masificar su uso por los padres.

4.1.1. Cuotas intransferibles y progresivas para los padres:

Uno de los mecanismos más eficientes es la creación de cuotas intransferibles o exclusivas para el padre, y lo es por varias razones.

Primero, porque culturalmente se espera que los hombres sean más dedicados a su trabajo, y menos al cuidado de los hijos, por lo que existen presiones sociales que disuaden a los padres de ejercer sus derechos en relación al permiso postnatal aún cuando, conforme ya vimos con anterioridad, existen muchos interesados en hacerlo; lo cual finalmente lleva a que dejen todo el permiso para la madre. Por otro lado, vimos también que la facultad de traspaso queda entregada totalmente a la decisión de la madre, por lo que, si ésta quiere usar el máximo tiempo posible para estar con su hijo -fenómeno bastante frecuente debido a los patrones culturales en nuestra sociedad-, el padre no podrá hacer uso del permiso por mucho que lo desee.

De este modo, países como Suecia, Noruega, Bélgica, Dinamarca y Grecia, entre otros, han fijado un período exclusivo para el padre que, al no poder transferirse a la madre, se pierde si no se usa. Lo cual permite contraatacar las presiones sociales que llevan a los padres a no utilizar el permiso postnatal, pues ambos progenitores van a estar interesados en que

el recién nacido esté en contacto con ellos el mayor tiempo posible, en vez de dejarlo al cuidado de un tercero.

Notable es la experiencia de Islandia, nación en la que, a partir del año 2000, se fue implementando gradualmente un período postnatal parental en el que, de a poco, se fue aumentando la cuota intransferible de cada padre, hasta llegar a 3 meses para cada uno, además de otros tres meses que pueden ser compartidos como deseen; medida que ha dado considerables resultados:

“(---) En los tres años posteriores al inicio de la reforma la cantidad de hombres que disfrutaron parte de la licencia parental se incrementó (de ocho de cada diez hombres en 2001 a nueve de cada diez en 2003), mientras que el número medio de días de licencia usados por los hombres se ha más que doblado: de 39 días promedio en 2001 a 97 en 2003.”⁷¹

⁷¹ OIT, PNUD. 2013. Trabajo decente y cuidado compartido: Hacia una propuesta de parentalidad. Santiago, OIT y PNUD. 190p. Pág. 84.

Las encuestas también han reflejado que en su mayoría los hombres prefieren usar la licencia en modalidad de jornada parcial, y que, desde la entrada en vigencia de la reforma, se ha ido reduciendo paulatinamente la brecha salarial entre géneros. Sin embargo, los padres varones siguen usando exclusivamente la parte intransferible del permiso hasta la fecha.

Sin duda el sistema de cuotas intransferibles sería beneficioso en nuestro país, pues refuerza la igualdad de género y la corresponsabilidad parental. Por otro lado, los padres podrían sentirse más plenos al tener una participación activa reconocida por la ley que no quede al sólo capricho de la madre, y las trabajadoras pasarían menos tiempo fuera de sus empleos, disminuyendo las consecuencias negativas relacionadas a la discriminación que reciben.

4.1.2. Obligatoriedad de la cuota paterna:

También podría barajarse la posibilidad de que el tiempo de permiso exclusivo para el padre sea obligatorio, de forma que las presiones sociales y en su lugar de trabajo no lo lleve a botar esos días. Sin embargo, esa opción podría ser más adecuada en un momento en que los padres en nuestro país se concienticen de la importancia de ejercer un papel activo; de lo contrario pasará a ser una imposición que podría perjudicar al bebé.

4.1.3. Flexibilidad del permiso:

Otro incentivo va relacionado con la flexibilidad del permiso, referido a la posibilidad de tomarlo en forma fraccionada, y no de modo absolutamente continuo como está regulado en Chile, puesto que esto puede generar inconvenientes para el padre como también para la madre que por distintos motivos no deseen abandonar sus empleos por tanto tiempo. Además, si se establece un rango de tiempo mayor durante el cual se pudiese usar el permiso fraccionado, las familias podrían decidir mejor en qué períodos usarlo si es que, por ejemplo, existieran momentos en los que puedan dejar al niño al cuidado de un tercero, mientras que en otros no. En

otros países se ha dispuesto el fraccionamiento por meses, semanas, días e incluso por horas, lo que ha dado resultados positivos en su utilización por los varones:

“En algunos países, la licencia parental se prolonga durante un período de tiempo que se especifica inmediatamente después de la licencia de maternidad. En otros (Alemania, Estados Unidos, Grecia, Polonia, Rumania y Suecia) los padres tienen la posibilidad de fraccionar el período de licencia en lugar de tomarlo todo seguido. Estas disposiciones pueden fomentar que los padres --que suelen preferir pedir permisos cuando sus hijos son ya algo mayores-- soliciten la licencia parental. Entre los padres suecos que se acogieron a la licencia parental en 1989-1990, el 21 por ciento lo hizo para cuidar a un niño menor de seis meses, el 35 por ciento para cuidar a un niño entre 9 y 11 meses, y el 50 por ciento para cuidar a un niño de más de 14 meses.”⁷²

⁷² OIT. 1999. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO 87ª REUNIÓN. Informe V: La protección de la maternidad en el trabajo. Ginebra, OIT. s.p.

Otro recurso muy relacionado con el anterior es la posibilidad de usar la licencia en jornada parcial, como vimos en el caso de Noruega, trabajando desde un 50% hasta un 90% de la jornada completa, recibiendo el subsidio correspondiente a la parte no trabajada. Sin embargo, esta herramienta de flexibilidad no parece ser muy útil en el caso de nuestro país desde que va enfocada principalmente a padres que no desean perder tantos ingresos y, como ya vimos, el subsidio en el permiso postnatal parental reemplaza en un 100% la remuneración del progenitor que lo usa, teniendo un tope de 73,2 UF, cifra que un muy pequeño porcentaje de la población percibe. Pese a ello, podría mostrar alguna utilidad eventualmente para aquellos que por otros motivos deseen trabajar más horas.

4.1.4. Posibilidad de ejercer el permiso en distintas modalidades:

Ahora, lo realmente destacable de este recurso en el caso de Chile sería la posibilidad de que padres y madres pudiesen ejercer el permiso en distintas modalidades, y que a su vez ellos pudiesen decidir cambiar la

modalidad de jornada en que lo están ejerciendo, sin quedar atados a su decisión original.

4.1.5. Reforzamientos positivos al uso de la cuota paterna:

Tal vez el mejor incentivo podría ser el de premiar a los progenitores varones que hagan uso de cierta cantidad de semanas del postnatal, pues constituye un reforzamiento positivo directo a su paternalidad.

Así vimos cómo en el caso de Noruega se otorga una semana adicional si ésta es tomada por el padre, situación que se da en otros países también, como en Finlandia:

“Finland guarantees fathers four full weeks of paternity leave. Finnish fathers also have an added incentive to take parental leave: if they

take the last two weeks to which they are entitled, they receive an extra two weeks thereafter, paid at a higher wage-replacement rate.^{73,, 74}

Finlandia entonces tiene un doble incentivo: por un lado concede dos semanas extras a los padres que se hayan tomado al menos dos del permiso y, por otro, reciben un subsidio mayor durante ese período adicional. Mostrándose así un segundo tipo de recompensa de carácter económico.

El estímulo económico fue mencionado con anterioridad cuando estudiamos la situación de Suecia, en el que se otorga a las familias un bono diario en dinero cuando ambos progenitores utilizan el período parental equitativamente. Y en otros países, como Finlandia, en vez de un bono se aumenta el porcentaje de compensación por pérdida de ingresos.

⁷³ Traducido al español: “Finlandia garantiza a los padres cuatro semanas completas de permiso parental. Los padres finlandeses además tienen un incentivo extra para tomar el permiso parental: si toman las últimas dos semanas que les están asignadas, reciben dos semanas extra a continuación, pagadas con un mayor porcentaje de subsidio.”

⁷⁴ GORNICK, JANET C., RAY, REBECCA y SCHMITT, JOHN. 2008. Parental leave policies in 21 countries. Assessing generosity and gender equality. Washington D.C., Center for economic and policy research. 22p. Pág. 19.

Ambos recursos parecen ser fácilmente incorporables en nuestra legislación, y con grandes beneficios. Conceder semanas extra de permiso puede ser una recompensa altamente atractiva especialmente para aquellas familias que tengan dificultades para dejar a sus hijos al cuidado de terceros, sea por motivos económicos o psicológicos. Y porque finalmente pasar más tiempo con sus padres siempre va a ir en beneficio del menor.

Luego tenemos el incentivo económico. La alternativa implementada por el gobierno finlandés no parece aplicable a la situación nacional, desde que habla de aumentar el porcentaje de compensación por pérdida de ingresos, y la Ley 20.545 contempla un subsidio que cubre el 100% de las remuneraciones. Razón por la cual parece preferible la alternativa sueca, otorgando un bono por la utilización equitativa del permiso postnatal; aunque, si miramos la situación en Chile donde los padres prácticamente no lo utilizan, más que un bono por el uso equitativo correspondería más bien uno que premie a los padres que tomen una cierta cantidad de semanas. Sin que sea necesario explicar por qué un bono sería una persuasión importante

en Chile, bastará con mencionar los altos gastos que implican ocuparse de un bebé.

Todas las herramientas que hemos visto anteriormente deben ir acompañadas de un proceso de reeducación que incentive a los padres a un rol más activo, de modo que estos mecanismos sean vistos como una oportunidad y no como una imposición para ellos y, a su vez, como un bien para las madres y no como un menosprecio a su rol. Procesos que se han visto en países como Suecia, a propósito de la campaña “papá, ven a casa”, que ha ayudado a sensibilizar a los padres acerca de la necesidad que tienen los hijos de contar con un papá más presente. Constituyendo este tipo de campañas otro instrumento persuasivo que vendría a ser beneficioso, y sobre todo imprescindible, si realmente queremos que los padres comiencen a participar en el permiso postnatal parental.

Esto último se ha intentado en Chile a través de las campañas y políticas que vimos anteriormente, como las campañas Empápate, Paternidad MenCare América Latina y las nuevas guías de paternidad

activa de 2015, que buscan llamar a la corresponsabilidad y reeducar a la población. Medidas que lamentablemente han tenido muy baja difusión, desaprovechando su potencial, desde que son de real importancia pues, como ya vimos, gran parte de estos problemas se deben a los patrones culturales de nuestra sociedad, que de ninguna manera van a cambiar solamente con la implementación de normas positivas, ya que éstas serán insuficientes mientras la mentalidad imperante en nuestra sociedad se mantenga inalterada.

4.2. Otras propuestas

Fuera de las medidas utilizadas en el Derecho Comparado, existen otros cambios que podemos hacer en nuestra legislación que se traducen principalmente en eliminar los desincentivos que observamos respecto a la facultad de traspaso. Para ello resulta interesante primero detenernos en los

factores que pueden incidir en que los hombres utilicen en mayor o menor medida sus derechos en un permiso postnatal.

4.2.1. Factores previos a considerar:

La Organización Internacional del Trabajo confeccionó un listado con estos factores, ordenados por relevancia, colocando en primer lugar la transferibilidad de los permisos:

“a) La transferibilidad de los permisos: en promedio, los hombres utilizan la parte intransferible de los permisos, pero prácticamente nada de la parte transferible. Por ejemplo, en Suecia e Islandia, únicos países en los que se elabora el indicador del porcentaje de horas de permisos remunerados disfrutados por los hombres sobre el total de horas disfrutadas de permisos remunerados al año 50, se demuestra que este porcentaje es

ligeramente inferior al que representa la parte intransferible sobre el total. (-
--)”⁷⁵

Así, se refuerza la idea de la necesidad de cuotas exclusivas para el padre, punto ya analizado en el capítulo anterior.

“b) El nivel de la prestación: los hombres utilizan más este beneficio cuanto mayor es el ratio de reemplazo del salario, y hacen uso prácticamente nulo de las licencias no pagadas (OIT 1997, citado en OIT, 2010a). En ocasiones, la tasa de utilización de la licencia parental es baja incluso entre las mujeres, sobre todo cuando no se compensa la pérdida de ingresos durante el período de la licencia. La experiencia de los Países Bajos subraya la importancia que tiene la compensación para estimular la utilización de la licencia parental: las tasas de esa utilización fueron casi dos veces más altas en el sector público (49%), donde dicha licencia se

⁷⁵ OIT, PNUD. 2013. Trabajo decente y cuidado compartido: Hacia una propuesta de parentalidad. Santiago, OIT y PNUD. 190p. Pág. 83.

remunera a una tasa superior (75%) a la de otros sectores (25%) (European Industrial Relations Observatory On-line, 2004).”⁷⁶

En segundo lugar, se destaca la necesidad de que la compensación por pérdida de ingresos sea lo más cercana posible al 100%. Problema que prácticamente no se da en nuestro país desde que el subsidio tiene una cobertura total. Y cabe destacar también que se calcula sobre la base del sueldo del progenitor que está haciendo uso del permiso en ese momento.

“c) Extensión y flexibilidad: los hombres disfrutan más de este beneficio cuanto mayor es la posibilidad de fraccionamiento del permiso en diferentes períodos y cuanto mayor es el espacio de tiempo a partir del nacimiento durante el cual pueden disfrutarlo. Además, estos permisos se utilizan más cuando su duración no resulta excesiva, ya que así no representen un obstáculo en la reincorporación al puesto de trabajo.”⁷⁷

⁷⁶ Ibid. Op. Cit. Pág. 84.

⁷⁷ Ibid. Op. Cit. Pág. 84.

Tal como se sospechaba, flexibilizar el permiso y posibilitar su fraccionamiento constituye un fuerte incentivo para los padres, quienes sienten mayores presiones en sus puestos de trabajo. Por ello, observando nuestro permiso postnatal parental, surge la necesidad entonces de implementar la posibilidad de fraccionamiento, eliminando las rigideces que exigen que sea tomado de forma continua y “al final del período” por parte del padre. A su vez, es necesaria una mayor flexibilidad desde que, conforme a los criterios de la Inspección del Trabajo, la facultad de traspaso sólo podría usarse en la misma modalidad de jornada que la elegida por la madre, mientras que los datos de la OIT arrojan que los padres prefieren en su mayoría usar el permiso en jornadas parciales, en contraste con las madres chilenas que normalmente han optado por la jornada completa.

Además de estos factores la OIT señala otros que pueden influir en la decisión de los padres. La cualificación y actividad laboral de la madre influye en proporción directa, lo que se relaciona principalmente con la posibilidad de pérdida de ingresos. También influye la ideología en la

familia, pues si tienen tendencias a una mayor igualdad de género, se verá reflejado en la disposición del hombre de asumir un rol más activo en el cuidado de sus hijos. A continuación existe el factor relativo a la cualificación, salario y estabilidad laboral del padre, puesto que mientras mejor sea la situación en su trabajo se sentirá menos amenazado por presiones de parte de sus empleadores. Luego, la diferencia de ingresos entre el hombre y la mujer en el hogar jugará también un papel importante, desde que un hombre que hace de sustento económico principal tenderá a favorecer su empleo por sobre su rol de padre. Finalmente, es importante el apoyo desde las unidades productivas que preserve la empleabilidad del que esté haciendo uso de la licencia, pues ya sabemos que los hombres tienden a ser más penalizados en el mercado laboral cuando ejercen sus derechos de paternidad.

Todos estos puntos dejan en evidencia que la mayor preocupación de los hombres dice relación con la estabilidad en sus empleos. Al respecto, cabe tratar un asunto mencionado en el segundo capítulo y que no ha sido

nombrado dentro de los mecanismos para incentivar la facultad de traspaso:
el fuero.

4.2.2. Extensión del fuero del padre:

Si recordamos correctamente, el fuero del padre es sustancialmente menor al de la madre, comenzando recién desde los diez días anteriores a la fecha en que éste hiciera uso de su facultad de traspaso, y finalizando cuando transcurriera el doble de tiempo que el que haya durado su permiso, con un tope de tres meses. El de la madre, en cambio, comienza inmediatamente con la concepción, y finaliza luego de pasado un año desde que expire el descanso de maternidad de doce semanas; teniendo un promedio de dos años de fuero.

Si en verdad queremos promover la corresponsabilidad parental, como rezan los objetivos contemplados en la facultad de traspaso, no podemos pretender persuadir a los padres con una protección laboral tan

pobre. Una vez los traspasos cobren mayor significancia, el empleo de los hombres estará en riesgo desde la concepción de sus hijos, y no solamente una vez comuniquen la decisión de hacer uso de dicha facultad. Por otro lado, la duración y tope máximo del fuero también son insuficientes. Motivos que me llevan a proponer que se establezca un mismo fuero para ambos progenitores, de modo que exista una plena igualdad en este terreno.

4.2.3. Resguardo del padre ante la negativa de la madre:

Junto con el fuero mencionamos también el problema que puede generar el hecho de que la facultad de traspaso quede a decisión de la madre. Si bien se entiende que la disposición busca evitar conflictos familiares, podría generar injusticias para el padre. Dentro de las propuestas señaladas, las cuotas intransferibles para el padre ayudarían a contrarrestar este asunto desde que éste tendría una cantidad de días mínimos asegurados. Otra vía podría ser la de establecer una norma supletoria que reparta el período postnatal entre ambos progenitores en caso de desacuerdo, aunque

teniendo en mente la situación cultural actual, pareciera ser una idea que traería más problemas que los que solucionaría.

4.2.4. Eliminación del límite temporal de la facultad de traspaso:

Como hemos mencionado en varias oportunidades, el principal problema en la forma en que está regulado actualmente el permiso postnatal parental consiste en que se concibe esencialmente como un derecho de la madre, que sólo excepcionalmente puede ser usado por el padre. Así es como se estableció un límite a la facultad de traspaso, pudiendo utilizarse sólo a partir de la séptima semana, concediendo al padre como máximo seis semanas de permiso a jornada completa, o doce a media jornada. Como ya analizamos previamente, éste es un límite carente de justificación, si se tiene en cuenta que la madre ya tiene un descanso postnatal exclusivo de doce semanas que cubre el tiempo de recuperación física y de lactancia; constituyendo una discriminación en base a los roles tradicionales de cada género, que pasa a restringir la libertad de los padres para decidir la distribución del permiso para el cuidado de su hijo.

Por todo esto es que es necesario que se modifique al permiso postnatal parental como un período común para ambos padres, de modo que ellos puedan distribuirlo como mejor les acomode, diferenciándose del tiempo de reposo de la madre que, conforme al consenso médico, es de aproximadamente unos 45 días posteriores al parto, para permitir la recuperación íntegra de su cuerpo.

CONCLUSIONES

La Ley 20.545 que creó el permiso postnatal parental estableció una innovación a nivel nacional: la facultad de traspaso al padre. Ésta se creó con la intención de alcanzar una serie de objetivos, que son reforzar la corresponsabilidad parental, fomentar el mejor desarrollo del recién nacido, disminuir la discriminación contra la mujer, aumentar las tasas de participación laboral femenina y de natalidad, y proteger el derecho del padre a pasar más tiempo con su hijo o hija.

A raíz de esta norma surge nuestro objetivo principal en este trabajo, que es examinar si las disposiciones relativas a esta facultad son adecuadas o no para cumplir con sus ideales, para así comprobar o rechazar nuestra hipótesis que afirma que, dados los límites existentes en la facultad de traspaso, ella no es idónea para lograrlos.

De este modo, y dando cumplimiento a nuestro objetivo, todo el análisis jurídico y práctico efectuado en este trabajo nos ha permitido llegar a la conclusión de que la facultad de traspaso, en la forma en que ha sido regulada, no es idónea para el cumplimiento de sus metas, confirmándose entonces nuestra hipótesis.

Esta falta de idoneidad se ha comprobado principalmente con la baja cantidad de traspasos efectuados hasta la fecha, evidenciándose la falta total de incentivos e incluso la presencia de desincentivos. De esta forma, si la facultad de traspaso no se usa, difícilmente puede decirse que cumplirá con los objetivos previstos para su creación. Por otra parte, constatamos que la participación laboral de las mujeres en edad fértil ha disminuido desde la entrada en vigencia de la ley, aumentando la discriminación laboral hacia ellas, quedando estos dos objetivos más que insatisfechos.

Dentro de los problemas detectados en la norma, se señaló que la raíz del asunto reside en que el permiso postnatal parental sea concebido como un “derecho de la madre”, que sólo excepcionalmente pueda ser usado por el padre, reforzando los roles tradicionales de género. Luego, vemos que la decisión de hacer efectiva la facultad de traspaso se ha dejado enteramente en manos de la madre, impidiendo al padre usarla si ella no accede. Además, el legislador establece un límite temporal injustificado que implica que el traspaso sólo se puede efectuar desde la séptima semana del mismo, debiendo ubicarse necesariamente al final del período, restando flexibilidad. Asimismo, conforme a la interpretación oficial de la Dirección del Trabajo, el permiso del padre debe ejercerse en la misma modalidad de jornada que la madre, sumándole rigidez. Por si fuera poco, la legislación establece un fuero considerablemente menor para el padre con un tope de tres meses, cuya insuficiencia deja vulnerables a aquellos que aprovechen el beneficio. Por último, la norma carece de incentivo alguno para los padres, lo que, sumado a los demás problemas, hace prácticamente imposible que los traspasos superen las pequeñas cifras actuales.

Observando el Derecho Comparado y nuestra situación nacional se han elaborado diversas propuestas para revertir esta situación, como el establecimiento de cuotas intransferibles para cada padre, la posibilidad de usar el permiso de forma fraccionada y en distintas modalidades, y reforzamientos positivos para el padre a través de bonos o semanas adicionales. Finalmente, se propone también eliminar los límites de la norma, extendiendo el fuero del padre, resguardándolo frente a la negativa de la madre de hacer el traspaso, y suprimiendo el límite temporal de dicha facultad, dejando al permiso postnatal parental como un período común de ambos padres para que ellos puedan distribuirlo libremente entre ambos.

La facultad de traspaso tiene un gran potencial para enfrentar la desigualdad de género, al contribuir a la equiparación de los roles de mujeres y hombres en la crianza de los hijos, traducándose en la posibilidad de disminuir la discriminación laboral hacia las trabajadoras. Además, permitiría a los hombres gozar de una paternalidad plena al reconocerles el mismo valor que a las madres. Y, especialmente, se lograría un mejor desarrollo y bienestar del recién nacido al poder contar con el

cariño compartido de sus padres. Todos los cuales son motivos más que suficientes para hacer un llamado a no desperdiciar esta oportunidad.

BIBLIOGRAFÍA

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2011. Historia de la Ley N° 20.545: Modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1030936&buscar=20545>> [consulta: 31 de marzo de 2014].
- CEPAL, FAO, OIT, ONU MUJERES, PNUD. 2013. Informe regional. Trabajo decente e igualdad de género. Políticas para mejorar el acceso y la calidad del empleo de las mujeres en América Latina y el Caribe. 1ª ed. Santiago, CEPAL, FAO, OIT, ONU MUJERES, PNUD. 234p.
- CHILE. Contraloría General de la República. 2012. Dictamen N° 4743. 25 de enero de 2012.
- CHILE. Contraloría Regional de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo. Dictamen N° 60.736. 2 de octubre de 2012.
- CHILE. Dirección del Trabajo. 2011. Ordenanza N° 4052/083. 17 de octubre de 2011.
- COMUNIDADMUJER. 2013. Mujer y trabajo: Brecha salarial que no retrocede. Serie ComunidadMujer. (24).
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2012. Rol 2169-2012, 4 de abril de 2012. [en línea] <<http://www.poderjudicial.cl/>> [consulta: 26 de marzo de 2015].
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2012. Rol 5051-2012, 7 de junio de 2012. [en línea] <<http://www.poderjudicial.cl/>> [consulta: 26 de marzo de 2015].

- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2013. Rol 36657-2013, 3 de octubre de 2013. [en línea] <<http://www.poderjudicial.cl/>> [consulta: 26 de marzo de 2015].
- CORTE SUPREMA. 2012. Rol 4822-2012, 8 de octubre de 2012. [en línea] <<http://www.poderjudicial.cl/>> [consulta: 26 de marzo de 2015].
- CORTE SUPREMA. 2013. Rol 5265-2013, 18 de noviembre de 2013. [en línea] <<http://www.poderjudicial.cl/>> [consulta: 26 de marzo de 2015].
- CORTE SUPREMA. 2013. Rol 5266-2013, 30 de septiembre de 2013. [en línea] <<http://www.poderjudicial.cl/>> [consulta: 26 de marzo de 2015].
- CORTE SUPREMA. 2014. Rol 13716-2013, 20 de febrero de 2014. [en línea] <<http://www.poderjudicial.cl/>> [consulta: 26 de marzo de 2015].
- CUBA. Consejo de Ministros. 1975. Ley 1.289: Código de familia. 14 de febrero de 1975.
- CUBA. Consejo de Estado. 2003. Decreto-Ley N° 234: De la maternidad de la trabajadora. 13 de agosto de 2003.
- DCOMM. 2005. Papá moderno. La política progresista de Noruega sobre permiso de paternidad. Revista Trabajo. (52)
- ESPAÑA. Jefatura del Estado. 2007. Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. 22 de marzo de 2007.
- GORNICK, JANET C., RAY, REBECCA y SCHMITT, JOHN. 2008. Parental leave policies in 21 countries. Assessing generosity and gender equality. Washington D.C., Center for economic and policy research. 22p.
- HENRÍQUEZ RIQUELME, HELIA y RIQUELME GIAGNONI, VERÓNICA. 2011. El derecho a ganar lo mismo. Ley 20.348: Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres. Santiago, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo. 38p.
- LUPICA, CARINA. 2010. Trabajo decente y corresponsabilidad de los cuidados en Argentina. Buenos Aires, OIT. 190p.
- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. 2011. Talcahuano promueve la paternidad activa y responsable. [en línea]

<<http://www.crececontigo.gob.cl/2011/novedades/talcahuano-promueve-la-paternidad-activa-y-responsable/>> [consulta: 9 de marzo de 2015]

- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. 2015. Nueva guía de paternidad activa y corresponsabilidad en la crianza. [en línea] <<http://www.crececontigo.gob.cl/2015/novedades/nueva-guia-de-paternidad-activa-y-corresponsabilidad-en-la-crianza/>> [consulta: 9 de marzo de 2015]

- MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. 2011. Un nuevo postnatal de clase mundial: Moderno y flexible. [en línea] <[http://www.mds.cl/pdf/Presentacion Postnatal Delia Escorza.pdf](http://www.mds.cl/pdf/Presentacion_Postnatal_Delia_Escorza.pdf)> [consulta: 1 de abril de 2014]

- NACIONES UNIDAS. 1979. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. 18 de diciembre de 1979.

- NAVARRETE, CAMILA. 2011. Chile es el país con la más generosa ley de postnatal en América Latina. [en línea] BioBioChile – Sociedad. 7 de octubre, 2011. < <http://www.biobiochile.cl/2011/10/07/chile-es-el-pais-con-la-mas-generosa-ley-de-postnatal-en-america-latina.shtml> > [consulta: 3 de abril de 2014]

- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 2008. Proteger el futuro: Maternidad, paternidad y trabajo. Campaña La igualdad de género en el corazón del trabajo decente. Ginebra, OIT. 8p.

- OIT. 1958. Convenio 111: Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación). Junio 1958.

- OIT. 1975. Recomendación 150: Recomendación sobre desarrollo de los recursos humanos. Junio 1975.

- OIT. 1981. Convenio 156: Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares. Junio 1981.

- OIT. 1999. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO 87^a REUNIÓN. Informe V: La protección de la maternidad en el trabajo. Ginebra, OIT. s.p.

- OIT. 2000. Convenio 183: Convenio sobre la protección de la maternidad. Junio 2000.
- OIT, PNUD. 2009. Trabajo y familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social. 2ª ed. Santiago, OIT, PNUD. 162p.
- OIT, PNUD. 2013. Trabajo decente y cuidado compartido: Hacia una propuesta de parentalidad. Santiago, OIT y PNUD. 190p.
- RIQUELME GIAGNONI, VERÓNICA. 2013. Actuaciones y políticas de género en empresas del sector bancario. Santiago, Dirección del Trabajo. 125p.
- SANDOVAL PÁEZ, GABRIELA. 2012. Seis meses del nuevo posnatal: el 96% de las mujeres prefirió modalidad completa. [en línea] <<http://diario.latercera.com/2012/06/03/01/contenido/pais/31-110347-9-seis-meses-del-nuevo-posnatal-el-96-de-las-mujeres-prefirio-modalidad-completa.shtml>> [consulta: 4 de noviembre de 2014]
- SWEDEN INSTITUTE. 2013. Gender equality in Sweden. [en línea] <<http://sweden.se/society/gender-equality-in-sweden/>> [consulta: 8 de abril de 2014]
- TORO, PÍA. 2013. A dos años del postnatal parental, sólo un 0,3% han sido traspasos a los padres. [en línea] Pulso – Economía. 7 de octubre, 2013. <<http://www.pulso.cl/noticia/economia/economia/2013/10/7-31042-9-a-dos-anos-del-post-natal-parental-solo-un-03-han-sido-traspasos-a-padres.shtml>> [consulta: 4 de noviembre de 2014]
- VIC, OLGA. 2007. Permiso de maternidad y paternidad. [en línea] <<http://www.mujeractual.com/familia/relaciones/permisos.html>> [consulta: 8 de abril de 2014]