

La protección a la paternidad en un contexto de seguridad social:

Legislación actual, derecho comparado, aspectos procesales y
aplicación en el ámbito clínico

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

FRANCISCA J. CÁCERES HERRERA
ANTONIO LUCIANO ROSAS FERNÁNDEZ

Profesor guía: Edmundo Von Pottstock Molina

Santiago de Chile, 2023

“A mis padres, Margot Fernandez y Raul Rosas, a quienes les agradezco todo el amor y apoyo incondicionales que me han dado toda mi vida.”

– Antonio Rosas F.

*“A Marcela y Hugo, los mejores padres que me pudo haber dado la vida,
A Esperanza por su amor fraterno,
A Charlotte, Paso Nevado y Antar, mis leales compañeros,
A Luciano, Gabriela, Antonio y Magdalena, los más grandes tesoros que me dejó la universidad,
A Macarena por su amistad, que a pesar de estar tan lejos se siente tan cerca,
A Andrea por su alegría y paciencia,
A Nicolás por inspirarme a diario,
Y por último, a mis queridos abuelos Elena, Carlos y María Antonieta por su entrega y cariño incondicional.”*

– Francisca J. Gueudinot H.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
SECCIÓN I: NORMATIVA SOBRE LA PROTECCIÓN A LA PATERNIDAD	5
1. De los derechos individuales del padre	6
1.1 Licencia paternal del artículo 195 inciso segundo del Código del Trabajo.....	6
1.1.1 Licencia	6
1.1.2 Subsidio.....	7
1.1.3 Comentarios	8
1.2 Derecho contemplado en el artículo 199 bis del Código del Trabajo	10
1.2.1 Beneficio	10
1.2.2 Comentarios	11
1.3 Ley 21.063.....	12
1.3.1 Requerimientos del seguro	12
1.3.2 Incompatibilidades del seguro.....	14
1.3.3 Prestaciones del seguro	14
1.3.3.1 Sobre el permiso.....	15
1.3.3.1.1 Casos de Cáncer.....	15
1.3.3.1.2 Casos de trasplante de órgano sólido y de progenitores hematopoyéticos	15
1.3.3.1.3 Circunstancia de accidente grave.....	15
1.3.3.1.4 Menor que se encuentra en fase o estado termina	15
1.3.3.2 Ejercicio a media jornada.....	16
1.3.3.3 Sobre el subsidio	17
1.3.4 Aspectos administrativos	18
1.3.4 Comentarios	19
1.3.5 Conclusiones	28
2. De los derechos no individualizados del padre	29
2.1 Sobre el Postnatal	29
2.1.1 Permiso.....	29
2.1.2 Subsidio.....	30
2.1.3 Fuero	33
2.1.4 Comentarios	33
2.2 Sobre el postnatal parental.....	34
2.2.1 Derecho a traspaso del postnatal parental	34
2.2.1.1 Permiso.....	34
2.2.1.2 Subsidio.....	35
2.2.1.3 Fuero	36

2.2.2	Goce subsidiario del postnatal parental.....	36
2.2.2.1	Permiso.....	36
2.2.2.2	Subsidio.....	38
2.2.2.3	Fuero	38
2.2.3	Comentarios	40
2.3	Sobre el artículo 199 del Código del Trabajo.....	44
2.3.1	Permiso.....	45
2.3.2	Subsidio.....	45
2.3.3	Comentarios	45
3.	Comentarios generales sobre la legislación nacional	46
4.	Análisis de jurisprudencia nacional.....	48
4.1	Rol 36657-2013 de la Corte de Apelación de Santiago, 3 de octubre de 2013, y Rol 5265-2013 de la Corte Suprema, 18 de noviembre de 2013	48
4.2	Rol 13716-2013 de la Corte Suprema, 20 de febrero de 2014.....	50
4.3	Reflexión final.....	51
5.	Análisis de jurisprudencia administrativa	52
5.1	Dictamen N° 4743, de 25 de enero de 2012, de la Contraloría General de la República.....	52
5.2	Dictamen N° 60.736, de 2 de octubre de 2012. Contraloría Regional de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo.....	54
5.3	Ordenanza N° 4052/083, de 17 de octubre de 2011, de la Dirección del Trabajo.....	55
5.4	Antigua doctrina de la SUSESO	56
5.5	Conclusión.....	57
	SECCIÓN SEGUNDA: METODO CLINICO	59
1.	Sobre la asistencia jurídica, el rol de las clínicas jurídicas y sus intervinientes	62
1.1	La asistencia jurídica	62
1.1.2	La asistencia jurídica como derecho	63
1.2	Las Clínicas Jurídicas	64
1.2.1	La Clínica Jurídica de la Universidad de Chile.....	65
1.2.2	El rol de las clínicas jurídicas.....	66
1.2.2.1	Rol educativo	66
1.2.2.2	La función social de las clínicas jurídicas.....	68
1.3	La protección a la paternidad en la Enseñanza Clínica del Derecho	69
1.4	Intrvinientes del método clínico.....	71
1.4.1	Profesor de la clínica.....	71
1.4.2	Estudiante de Derecho enrolado en Clínica Jurídica.....	74

1.4.3	Equipo de ayudantes	75
1.4.4	Cliente o patrocinado	76
1.4.5	Abogado patrocinante	78
1.4.6	Apoderados o mandatarios judiciales.....	79
2.	Estructura de la asesoría jurídica.....	80
2.1	Entrevista.....	80
2.1.1	Metas de la entrevista.....	82
2.1.2	Etapas de la entrevista.....	83
2.1.2.1	Preparación de la entrevista.....	83
2.1.2.2	La bienvenida	84
2.1.2.3	Adquisición de información	84
2.1.2.3.1	Técnica de recopilación de información: la pregunta.....	85
2.1.2.3.1.1	¿Qué preguntar?	87
2.1.2.3.1.2	Primera pregunta: El relato	87
2.1.2.3.1.3	Segunda pregunta: Los intereses	88
2.1.2.3.2	Factores a considerar durante la etapa de adquisición de información	89
2.1.2.3.2.1	La importancia de la escucha	89
2.1.2.3.2.2	Lenguaje en la entrevista.....	89
2.1.2.3.2.3	Establecimiento de confianza	90
2.1.2.3.2.4	Emocionalidad y empatía	91
2.1.2.4	El resumen de los hechos	92
2.1.2.5	El consejo y la educación al cliente.....	93
2.1.2.6	La despedida.....	94
3.	Aplicación de aspectos clínicos a la entrevista al caso concreto: Preguntas a realizar, educación al cliente, consejo y solicitud de documentos	94
3.1	Derechos individualizados del padre trabajador	94
3.1.1	Licencia Paternal del Artículo 195 del Código del Trabajo	94
3.1.1.1	¿Es usted un trabajador dependiente o independiente?	94
3.1.1.1.1	Función.....	94
3.1.1.2	¿Es su hijo adoptado?	95
3.1.1.2.1	Función.....	95
3.1.1.2.2	En el caso de que el hijo sea adoptado	95
3.1.1.2.3	Función.....	95
3.1.1.3	Educación al patrocinado	95
3.1.1.3.1	Formas de ejercicio	95
3.1.1.3.2	Falta de fuero.....	95
3.1.1.3.3	Documentos a solicitar	95
3.1.2	Derecho del 199 bis del Código del Trabajo.....	95
3.1.2.1	¿Qué edad tiene su hijo?.....	95

3.1.2.1.1 Función.....	95
3.1.2.2 ¿Cuál es la razón por la que su hijo requiere de cuidados personales?	96
3.1.2.2.1 Función.....	96
3.1.2.3 ¿A usted se le conceden días administrativos?.....	96
3.1.2.3.1 Función.....	96
3.1.2.4 Educación al patrocinado	96
3.1.2.5 Documentos a solicitar	97
3.1.3 Ley 21.063.....	97
3.1.3.1 ¿Qué tipo de trabajador es usted? ¿Trabajador dependiente, Trabajador independiente o funcionario administrativo?.....	97
3.1.3.1.1 Función.....	97
3.1.3.2 ¿Cuál es la condición de salud de la que padece su hijo?	97
3.1.3.2.1 Función.....	97
3.1.3.3 ¿Qué edad tiene su hijo o hija?.....	97
3.1.3.3.1 Función.....	97
3.1.3.4 ¿Cuál es la situación de sus cotizaciones previsionales?.....	97
3.1.3.4.1 Función.....	98
3.1.3.4.1.1 Trabajador dependiente	98
3.1.3.4.1.2 Trabajador independiente	98
3.1.3.5 Educación al patrocinado	98
3.1.3.5.1 Falta de fuero.....	98
3.1.3.5.2 Factibilidad de traspasar el permiso	98
3.1.3.6 Documentos a solicitar	98
3.1.3.6.1 Para todas las contingencias	98
3.1.3.6.2 Supuestos específicos	98
3.2 Derechos no individualizados del padre trabajador	99
3.2.1 Goce subsidiario del postnatal.....	99
3.2.1.1 ¿Trabajaba la madre del menor?	99
3.2.1.1.1 Función.....	99
3.2.1.2 ¿La custodia del menor fue concedida a otra persona?	99
3.2.1.2.1 Función.....	99
3.2.1.3 Educación al patrocinado	99
3.2.1.3.1 Falta de regulación expresa	99
3.2.1.4 Documentos a solicitar	100
3.2.2 Derecho de traspaso del postnatal parental	100
3.2.2.1 ¿Trabaja la madre del niño o niña?	100
3.2.2.1.1 Función.....	100
3.2.2.2 La madre del menor ¿Decidió ejercer este permiso en jornada completa o jornada parcial?	100
3.2.2.2.1 Función.....	100

3.2.2.3 Educación del patrocinado	100
3.2.2.3.1 Particularidades del fuero.....	100
3.2.3 Goce subsidiario del postnatal parental.....	100
3.2.3.1 ¿Trabajaba la madre de su hijo o hija?	100
3.2.3.1.1 Función.....	100
3.2.3.2 ¿En qué momento ocurrió la defunción de la madre?	100
3.2.3.2.1 Función.....	101
3.2.3.3 Educación al patrocinado	101
3.2.3.3.1 Incertidumbre de la facultad de ejercer a modalidad parcial	101
3.2.3.3.2 Incertidumbre del goce de fuero.....	101
3.2.3.4 Documentos a solicitar	101
3.2.4 Permiso del Artículo 199 del Código del Trabajo.....	101
3.2.4.1 ¿Requiere su hijo atención en el hogar por enfermedad grave?	101
3.2.4.1.1 Función.....	101
3.2.4.2 ¿La madre del niño o niña trabaja o ha fallecido? ¿Tiene usted la tuición del menor por sentencia judicial?.....	101
3.2.4.2.1 Función.....	101
3.2.4.3 Documentos a solicitar	102
3.3 Aspectos procesales del patrocinio: Ejercicios de estos derechos y alternativas de solución	102
3.3.1 Licencia paternal del artículo 195 del Código del Trabajo	102
3.3.2 Derecho del artículo 199 bis del Código del Trabajo.....	102
3.3.3 Ley 21.063.....	103
3.3.4 Goce subsidiario del postnatal.....	105
3.3.5 Goce subsidiario del postnatal parental.....	105
3.3.6 Traspaso de cuota del postnatal parental.....	107
3.3.7 Licencia del artículo 199 del Código del Trabajo	107
3.3.8 Medidas judiciales comunes.....	108

SECCIÓN TERCERA: LEGE FERENDA Y DERECHO COMPARADO “CLÍNICA LEGISLATIVA” 110

1. Derecho Comparado.....	110
1.1 Derecho a licencia paternal a nivel internacional	110
1.2 Derecho a subsidio en conjunto con la licencia paternal a nivel internacional.....	119
1.3 Protección contra el despido a nivel internacional	127
1.4 Tasas internacionales de utilización de licencias paternas.....	134
1.5 Observaciones sobre el derecho comparado de la protección a la paternidad.....	136
2. Lege ferenda.....	138
2.1 Aspectos generales.....	139

2.2 Medidas concretas a considerar	143
2.3 Propuesta de licencia paternal para la legislación chilena	147
CONCLUSIÓN	149
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	157

INTRODUCCIÓN

“Las políticas de licencias parentales surgieron como un mecanismo para proteger la formación familiar y la crianza de los niños en sociedades donde se generalizaba el trabajo materno. Hungría fue el país pionero introduciendo en 1967 una licencia larga para las madres, tras la licencia por maternidad, dada la escasez y costes de los servicios de atención infantil para los niños más pequeños. La licencia parental, definida como permiso laboral por cuidado de hijos cuyo ámbito de aplicación se ampliaba a los hombres, se introdujo en Suecia en 1974. A partir de entonces se desarrollan en Europa occidental unos sistemas de licencias parentales y por cuidados de familiares progresivamente más individualizados y mejor retribuidos, como mecanismos facilitadores de la articulación entre familia y empleo, en sociedades tendentes al modelo familiar del doble sustentador. Las licencias parentales y para los cuidadores informales se han convertido en un mecanismo regulador de la relación dinámica entre los individuos organizados en familias, el mercado de trabajo y el Estado. Representan un encaje clave en la construcción institucional de un nuevo modelo de ciudadanía activa basada en el ejercicio simultáneo del derecho y el deber de trabajar y de cuidar (universal adult worker and care giver citizen model), sobre la base del cual se erige el sistema familiar más diverso de las sociedades postindustriales.

Las licencias parentales y por cuidado de familiares son formas reguladas de ausencia del lugar de trabajo, o de interrupción de las prestaciones laborales habituales, asociadas a prestaciones económicas (retribuciones substitutivas del salario y otros derechos de protección social) para atender al nacimiento y crianza de los hijos muy pequeños o al cuidado de adultos en situación de enfermedad, accidente o severa dependencia. Tienen por objeto proteger simultáneamente y en diferentes grados los intereses de los niños, de las madres y de los padres empleados, de las personas dependientes y sus cuidadores, de los empresarios así como otros intereses sociales (normalmente representados por las instituciones públicas en sus distintas actividades: sanidad, educación, protección social).”¹

La protección a la paternidad, es la subrama del derecho que abarca la concesión de licencias paternales, así como otros derechos correspondientes a los padres con intenciones de compatibilizar su rol en la familia y crianza con sus deberes laborales.

¹ Flaquer, L. y Escobedo, A. 2014. Licencias parentales y política social de la paternidad en España. [en línea] Cuadernos de relaciones laborales, España. Páginas 75-76. <https://doi.org/10.5209/rev_crla.2014.v32.n1.44714> [Consulta: 21 de Mayo de 2023]

Ésta se encuentra en un estado de desarrollo precario e incipiente en el ordenamiento jurídico chileno, dado a la escasa gama de derechos de los cuales es titular el padre, en adición a la ínfima relevancia que se le atribuye a nivel social y legal.

Lo anterior es producto de la poderosa influencia que tienen los estereotipos de género en el legislador y en la sociedad, los cuales radican primordialmente en la mujer las labores de crianza y cuidado. Así, estos estigmas sociales se ven reflejados en la ley, toda vez que se conceden derechos cuyo goce exclusivo se concentran en la madre, lo que no obedece a criterios biológicos, como sería su calidad de puérpera.

La consecuencia de lo expuesto previamente es un sistema legal que le asigna el rol de cuidadora a la madre de forma predeterminada, y sólo mediante su ausencia o consentimiento es posible incluir al padre en este rol, de forma tal que entaba la participación femenina en el mercado laboral.

En Chile no se le otorga mérito a la protección a la paternidad, ya que existe poca conciencia de los beneficios que trae aparejada una regulación de calidad de estos derechos, no sólo como importantes herramientas de compatibilización de los diversos roles de un padre en su familia, sino que además son factores que fomentan las relaciones del padre con su hijo o hija, en adición al hecho de que constituyen políticas que inciden positivamente en la distribución igualitaria de tareas entre los padres:

“La licencia parental constituye un mecanismo de política social concebido para contrarrestar los efectos económicos adversos, que se producirían en ausencia de estas medidas en familias de doble sustentador. Por un lado, protegen la vinculación de las madres con el mercado de trabajo y su trayectoria laboral, sin perjuicio de su rol cuidador y, por otro, fomentan la participación de los padres en la crianza de los hijos, sin perjuicio de su rol proveedor económico. A través de la investigación internacional comparada, se ha podido conocer mejor cómo los sistemas de licencias parentales eficaces (es decir los que son utilizados ampliamente) permiten paliar estos tipos de riesgos sociales, siempre que garanticen la seguridad del empleo, la estabilidad económica, el uso compartido de estas medidas entre hombres y mujeres y la individualización de los vínculos parentales hacia los hijos. Grupos y movimientos masculinos han apoyado en particular la individualización de los derechos del padre a gozar de las licencias paternales (sin que sea un derecho derivado de la situación laboral o de la elección de la madre) como fundamento de su vínculo paterno y del desarrollo de una relación emocional y físicamente activa y presente con sus hijos, participando desde su nacimiento, en unas

rutinas de cuidado, que además del valor que tienen en sí mismas, logren prevenir o mitigar los efectos de la ruptura conyugal, si acontece más tarde, preservando así los contactos entre padres e hijos.”²

En este sentido, es de suma importancia recalcar que si bien esta normativa legal opera mediante la concesión de derechos al padre, no lo hace sólo con el objeto de satisfacer sus pretensiones, sino que también se efectúa con la intención de velar por el interés superior del niño o niña: “... 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 los propios varones, para quienes la relación filial es una esencial fuente de bienestar y felicidad.”³

Esto adquiere mayor relevancia si se considera que el padre que no se relaciona con su hijo o hija y no expresa interés en ello, se ha vuelto uno de los problemas sociales y legales de mayor envergadura en la sociedad contemporánea: “... los hombres, ajenos y no involucrados, se han transformado en uno de los principales obstáculos para resolver los grandes problemas sociales relacionados con la salud sexual y reproductiva. La falta de involucramiento de los varones en el proceso reproductivo desde su inicio, origina y explica la gran ausencia posterior en la vida familiar y la falta de compromiso, de disfrute y cercanía afectiva con los hijos, asumiendo mayoritariamente un rol reducido, en el mejor de los casos, al de proveedor material.”⁴ A pesar de lo anterior, la importancia de esta subrama del derecho es menospreciada social y legalmente.

A lo largo de este trabajo, se desarrollará acabadamente el estatuto de la protección a la paternidad, comenzando con una exposición sobre la situación legal actual que conforma su regulación en el derecho chileno, junto con ciertas interpretaciones que han sostenido los tribunales de justicia y los órganos administrativos de nuestro país.

² Ibid, página 77.

³ Organización Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013 [en línea] Santiago, página 26 < https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/113B09_86_span.pdf > [consulta: 21 de Mayo del 2023]

⁴ Luco, A., Robinovich, J., & Espinoza, M. I. 2001. Involucramiento del varón en la salud sexual y reproductiva: un estudio cualitativo. En Nacer en el Siglo XXI, De Vuelta a lo Humano. Gobierno de Chile, Ministerio de Salud y Universidad de Chile. Página 101.

Posteriormente, se abordará una sección clínica-procesal de esta materia, con énfasis en los deberes asumidos en la representación de un caso de esta índole y los eventuales procedimientos a seguir para el ejercicio de estas garantías.

Consiguientemente, se realizará un análisis global de las protecciones internacionalmente otorgadas en esta materia, para concluir con una propuesta legislativa que solucione las insuficiencias que se observarán a continuación.

SECCIÓN I: NORMATIVA SOBRE LA PROTECCIÓN A LA PATERNIDAD

Las normas que consagran los derechos del padre de un menor de edad y el respectivo estatuto que los resguarda, se encuentran principalmente reguladas en el Título II del Libro II del Código del Trabajo, que trata sobre los permisos de ausencia del trabajo del padre, en conjunto con los fueros y subsidios correspondientes; como también en el Título VII del libro Primero del Código Civil, respecto a materias relativas a filiación, cuidado personal, la relación directa y regular con el menor, etc. En ambas materias, estos derechos y obligaciones son tratados en conjunto con la regulación de las normas respecto a la maternidad. Adicionalmente, existen otras normas que versan sobre estos contenidos, como es el caso de la ley 21.063, también llamada ley SANNA.

Sin embargo, este trabajo se abocará principalmente al estatuto de protección de la paternidad, cuya regulación se encuentra primordialmente en el Título II del Libro II del Código del Trabajo, en conjunto con otras disposiciones.

A partir de las normas previamente enunciadas, es posible sostener que existe una clara distinción por parte del legislador en cuanto a los derechos y deberes que tienen los progenitores según su sexo, lo cual también se extiende a los adoptantes en los casos pertinentes.

Un ejemplo de lo anterior, consiste en que el legislador otorgó al padre un permiso laboral de ausencia posterior al nacimiento del menor de 5 días, duración que es sustancialmente inferior al permiso que goza la madre, correspondiente al descanso post-natal de 12 semanas, según lo dispuesto en el artículo 195 del Código del Trabajo, distinción que va más allá de la de la calidad de puerpera ésta.

También constituye una disyuntiva en el tratamiento respecto de los derechos otorgados a los progenitores, el hecho de que el padre normalmente goza de las protecciones relativas al menor sólo en circunstancias eventuales; como lo son el fallecimiento de la madre, aquellas donde medie su consentimiento para la transferencia de estas protecciones, u otros supuestos que serán tratados a continuación.

De esta forma, es posible sostener que la intención del legislador es relegar a los padres a una posición secundaria a la de la madre respecto a la crianza del hijo, lo cual obedece a roles de género socialmente predefinidos. Esto trae como consecuencia posibilidades escasas para la flexibilización de la crianza y la distribución de sus labores, cuestión que termina perjudicando no sólo al padre, quien se ve disminuido en cuanto a su rol en esta labor y sus derechos, sino que además presenta un obstáculo a la madre y por ende, también al menor.

A continuación, se expondrán los derechos que le otorgan dichas disposiciones y estatuto al padre, los cuales podemos clasificar en derechos individuales o individualizados del padre, y derechos no individuales o no individualizados.

1. De los derechos individuales del padre

Una vez producido el alumbramiento del menor, el padre sólo goza de dos derechos individuales. Estos derechos son denominados por una parte de la doctrina comparada como *derechos individualizados o individuales*, en virtud de que son derechos propios del padre, y se caracterizan por ser totalmente independientes de su situación familiar o sentimental. En otras palabras, son derechos “autónomos”, porque no consideran la voluntad o situación de la madre.

En nuestro ordenamiento, estos derechos corresponden a aquellos contenidos en el inciso segundo del artículo 195 y en el artículo 199 bis, ambos del Código del Trabajo, y los beneficios que otorga la ley 21.063⁵.

1.1 Licencia paternal del artículo 195 inciso segundo del Código del Trabajo

Este derecho es el permiso o licencia de paternidad otorgado al padre por la legislación chilena. A nivel internacional, un permiso o licencia de paternidad es entendido en los siguientes términos: “*La licencia de paternidad reglamentaria es un permiso de ausencia solo para los padres, el cual los faculta a tomarse un breve periodo de ausencia después del nacimiento de un hijo. Al igual que el permiso de ausencia maternal, la licencia paternal es sexo-específica, y es normalmente asociada con proveer ayuda y socorro a la madre y al recién nacido en un periodo cercano al nacimiento como también habilitar a los padres a vincularse con su bebe y compartir labores de cuidado no remuneradas*”⁶.

1.1.1 Licencia:

Esta licencia paternal se encuentra regulada en el derecho chileno por el artículo 195 del Código del Trabajo, que contempla un permiso de ausencia, de carácter irrenunciable, acompañado por un derecho de subsidio. Este permiso tiene una duración de 5 días para el padre de un hijo recién nacido, el cual

⁵ Ley N° 21.063. CHILE. Crea un seguro para el acompañamiento de niños y niñas que padezcan las enfermedades que indica, y modifica el código del trabajo para estos efectos. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, 30 de diciembre de 2017.

⁶ Addati, L., Cattaneo, U., & Pozzan, E. 2022. Care at work: Investing in care leave and services for a more gender equal world of work. International Labour Organization. [en línea] Ginebra, Página 98 <https://www.ilo.org/global/topics/care-economy/WCMS_838653/lang--en/index.htm> [Consulta: 21 de Mayo de 2023] (traducción de autor).

puede ejercerlo en dos modalidades distintas: como un permiso de días corridos, que comienza en el mismo día del parto; o mediante una distribución dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento.

Este permiso también es otorgado al padre en proceso de adopción, y es otorgado a contar de la notificación de la resolución que otorgue el cuidado personal o acoja la adopción del menor.

1.1.2 Subsidio:

Como preámbulo necesario para hablar de este tipo de prestación, es menester el definir qué se entiende por “*subsidio*”. La Real Academia Española define a esta palabra como una “*prestación pública asistencial de carácter económico y de duración determinada*”.

Por tanto, son características esenciales de un subsidio: en primera instancia, que sea una prestación económica; y que ésta posea carácter público.

Dicho lo anterior, podemos observar como surgen complicaciones inmediatas de lo contemplado en el artículo 195 del Código del Trabajo, pues éste dispone que “*El padre tendrá derecho a un **permiso pagado** de cinco días en caso de nacimiento de un hijo*”.

Más allá de aquella mención, la legislación nacional no contempla mayor regulación pertinente, y los dictámenes de la dirección del trabajo referentes a este derecho (dictámenes Números 3827/103 del 02-09-2005⁷ y 864/10 del 16-02-2011⁸) sólo esclarecen la forma en que se computan los días del permiso, cuestión que no es de difícil comprensión, ya que este se aplica según la jornada laboral del trabajador.

La única mención de relevancia de estos instrumentos, es la contenida en el dictamen N° 3827/103: “*Todo trabajador tendrá derecho a que **su empleador le conceda** un total de cinco días de permiso pagado en caso de nacimiento de un hijo*”.

Lo anterior evidencia que el permiso del inciso segundo del artículo 195 es de exclusiva responsabilidad del empleador, lo cual implica que la prestación económica que acompaña a este derecho no se trata de un subsidio, sino que en nos encontramos ante un permiso con derecho a remuneración de cargo del empleador.

⁷ Dictamen N° 3827/103. CHILE. Dirección del Trabajo, Santiago, Chile, 2 de septiembre de 2005.

⁸ Dictamen N° 864/10. CHILE. Dirección del Trabajo, Santiago, Chile, 16 de febrero de 2011.

Al ser un permiso con derecho a remuneración, esta debe ser pagada al 100% debido a que, a diferencia de lo que ocurre con la gran mayoría de los subsidios contemplados por el derecho de seguridad social, no se establece ningún tipo de tope o limitación a esta remuneración, por lo que el trabajador tiene derecho a la totalidad de esta.

En lo que respecta al fuero, este permiso no contempla ningún tipo de protección en contra de la desvinculación laboral.

1.1.3 Comentarios

*“La licencia parental constituye un mecanismo de política social concebido para contrarrestar los efectos económicos adversos, que se producirían en ausencia de estas medidas en familias de doble sustentador. Por un lado, protegen la vinculación de las madres con el mercado de trabajo y su trayectoria laboral, sin perjuicio de su rol cuidador y, por otro, **fomentan la participación de los padres en la crianza de los hijos**, sin perjuicio de su rol proveedor económico.”⁹*

Como expresan los autores citados, el propósito de este tipo de licencias es el fomento del rol paternal en la crianza, cuestión que no puede materializarse en un plazo tan escueto de tiempo como es el que contempla el derecho chileno.

Al establecer un permiso tan escueto, pareciera ser que el único propósito del legislador es que el padre conozca a su hijo, dado que resulta imposible que éste adquiriera una rutina o dinámica familiar que le permita involucrarse de manera real y efectiva con él en un tiempo tan breve.

Una ampliación del periodo de este permiso sería beneficioso tanto para el padre como para el hijo, como lo demuestran diversas investigaciones en la materia: *“A partir del año 1995, en la salud pública, se recomienda la presencia de un familiar cercano, generalmente el padre que acompañe a la mujer en el parto, para, de este modo, producir cambios en la dinámica familiar tendientes a fortalecer vínculos y prevenir la violencia intrafamiliar. (...) estas medidas pueden provocar cambios en la manera en que se*

⁹ Flaquer, L. y Escobedo, A. 2014. Licencias parentales y política social de la paternidad en España. [en línea] Cuadernos de relaciones laborales, España. Página 77. <https://doi.org/10.5209/rev_crla.2014.v32.n1.44714> [Consulta: 21 de Mayo de 2023]

manifiesta la masculinidad hegemónica, permitiendo la expresión de aspectos emocionales en los hombres.”¹⁰

Este fenómeno también se ha observado a nivel internacional: *“De forma consistente, diversas investigaciones han evidenciado que las políticas de licencias parentales que promueven una paternidad activa en el ámbito de los cuidados físicos han contribuido a modificar de forma estructural y en una orientación más igualitaria la distribución de funciones y tareas entre madres y padres, en distintos países del norte de Europa (Rostgaard, 2002; Lammi-Taskula, 2006; O’Brien, Brandth & Kvande, 2007; Moss, 2008). Recientemente este efecto se ha contrastado también en el ámbito español (Meil, 2013, Meil y Rogero, en este monográfico) y se ha comprobado cómo los padres que hacen uso de las licencias parentales (en igualdad de circunstancias, incluyendo las preferencias igualitarias) dedican a sus hijos una atención de calidad durante más tiempo.”¹¹*

En cuanto al beneficio económico que acompaña a este permiso, es indeseable que actualmente este no sea un subsidio, y en cambio constituya un derecho a remuneración de cargo del empleador, pues de cierta forma esto constituye un incentivo negativo a que el trabajador goce plenamente de este derecho, aunque esta preocupación puede no ser de gran relevancia dada la corta duración del permiso.

Lo anterior también tiene como consecuencia que aún cuando los trabajadores independientes tienen titularidad a esta licencia, como no viene acompañada de un subsidio de cargo estatal, el único beneficio que recibe esta clase de trabajadores es la posibilidad de ausentarse justificadamente de su trabajo por 5 días, lo cual resulta prácticamente irrelevante para ellos, dada la naturaleza de sus labores.

Como conclusión, podemos señalar que es necesario que se extienda este tiempo otorgado al padre, ya que es un hecho indiscutible que la llegada de un nuevo miembro a la familia será siempre un evento que altere el orden establecido en el hogar, requiriendo de ésta forma un esfuerzo colaborativo de todos los que lo componen para generar un ambiente propicio y armónico para el nuevo integrante de la familia, cuestión que no puede ser lograda en un plazo tan breve como el establecido en el derecho chileno.

¹⁰ Espinosa, I. Padres presentes: trabas culturales y tensiones de género: percepciones de paternidades presentes en discursos de padres solos. Tesis para optar al grado de Magister en Estudios de Género y Cultura, Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Chile. 2016. Página 22.

¹¹ Flaquer, L. y Escobedo, A. 2014. Licencias parentales y política social de la paternidad en España. [en línea] Cuadernos de relaciones laborales, España. Página 77. <https://doi.org/10.5209/rev_crla.2014.v32.n1.44714> [Consulta: 21 de Mayo de 2023]

Esta ampliación debe venir acompañada de una reforma de la prestación económica, estableciéndose un subsidio propiamente tal, con el fin de contrarrestar las diversas conductas discriminatorias y represalias que puedan darse a raíz de un permiso más extenso y de otorgar un beneficio concreto a los trabajadores independientes. Esta mayor extensión también debe estar cubierta por un derecho a fuero, para proteger adecuadamente al trabajador que goce de permiso paternal.

1.2 Derecho contemplado en el artículo 199 bis del Código del Trabajo

1.2.1 Beneficio

Este artículo establece la facultad de los padres para ausentarse de su trabajo, que se otorga a cada uno de ellos y se puede ejercer de forma conjunta o separada, en tres supuestos distintos:

- 1.- Que un hijo mayor de un año, pero menor de dieciocho, requiera de cuidados personales por accidente o enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte;
- 2.- Que tenga en su cuidado personal, o sea cuidador en los términos de la letra d) del artículo 6° de la ley N° 20.422¹², de un menor con discapacidad debidamente inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, o si el niño es menor de 6 años, con la sola determinación diagnóstica del médico tratante.
- 3.- O en el caso de que el hijo, siendo mayor de dieciocho años, padezca de discapacidad mental, por causa psíquica o intelectual, multidéficit, o bien, presente dependencia severa.

Esta facultad de ausentarse puede ejercerse por un número de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo en el año, distribuidas a elección del trabajador o trabajadora en jornadas completas, parciales o combinación de ambas, las que se considerarán como trabajadas para todos los efectos legales.

No obstante, este derecho adolece de una contrapartida severa: El trabajador tiene la obligación de restituir las jornadas laborales de las que se ausentó, mediante la imputación a su próximo feriado anual, efectuando horas extraordinarias o a través de cualquier forma que convengan libremente el trabajador y el empleador. En razón de ello, este derecho carece de subsidio alguno.

¹² Ley N° 20.422. CHILE. Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. Ministerio de Planificación, Santiago, Chile, 10 de febrero de 2010.

En el caso que este tipo de compensaciones no se puedan realizar, se descontará el tiempo usado por el trabajador en el ejercicio de este derecho de su remuneración mensual, según como sea la forma de pago.

Cabe mencionar que en el caso de que el trabajador se sujete a estatutos que concedan días administrativos, la ley ordena que primero se ocupen éstos últimos para dicho permiso - entendiéndose por ello que no debe efectuarse la restitución anteriormente señalada - y sólo una vez usados todos ellos, se podrá elegir entre imputar estas horas a su feriado laboral, a los días administrativos que le corresponda en el año siguiente, o laborar horas extra.

A falta de acuerdo entre el trabajador y el empleador de qué forma se restituyen estas jornadas, la norma no determina quien tiene la facultad de elegir entre las diversas opciones. A nuestro juicio, dado que este es un derecho que se le concede al trabajador, y en él recae la carga de la restitución, le compete a él esta elección. No obstante, se puede argumentar que esta elección se radica en el empleador en razón de su facultad legalmente reconocida de organizar, dirigir y administrar su empresa.

En cuanto a la denominación de este derecho, la ley se refiere a este derecho como un permiso de ausencia, sin embargo esta no es su verdadera naturaleza, dado que no permite al trabajador ausentarse propiamente tal de su jornada laboral, sino que sólo permite una especie de flexibilización de la misma, lo que en la práctica se ve sumamente restringido por el deber de restitución establecido por ley, perdiendo así este derecho la relevancia de la cual debería gozar.

Resulta importante destacar que este derecho previamente enunciado tampoco va aparejado de fuero laboral, es decir, no existe protección alguna para el trabajador que sufra un despido en represalia por su uso, aunque por la escasa relevancia de este derecho, esto termina siendo un problema de poca índole.

1.2.2 Comentarios

Al comparar este derecho con el resto de los permisos que establece la legislación chilena, resulta difícil categorizarlo como un “permiso de ausencia” propiamente tal, pues en realidad no faculta al padre para ausentarse libremente del trabajo y atender a la contingencia que le sirve de supuesto, sino que obliga al trabajador a compensar las horas no trabajadas mediante imputaciones; ya sea en modalidad de trabajo en horas extra, disminución de remuneración, o cualquier otra forma que se pacte con el empleador.

Por tanto, es posible afirmar que el verdadero propósito de este derecho es otorgar *flexibilidad* al trabajador en su jornada laboral cuando se presente la contingencia prevista en la ley y que la

nomenclatura de “*permiso*” resulta un mero alcance de nombre, pues establece mecanismos y condiciones que no son propios de este tipo de derechos.

Adicionalmente, este derecho es escueto en cuanto a la extensión de su protección al trabajador: Su máxima cobertura sólo consiste en diez días de trabajo, sin contemplar derecho a subsidio o derecho a fuero, y además exige una restitución.

Si bien esta situación es mejor a que no hubiese ninguna forma de flexibilización de la jornada para el caso de un hijo mayor de un año que sufra una enfermedad o accidente grave, este “*permiso*” simplemente no favorece a los padres más allá de otorgarles la posibilidad de asistir a su hijo por un breve periodo de tiempo, por lo que la protección de este derecho es insuficiente y precaria.

Además, que la facultad de elegir la forma de compensación no esté claramente radicada en el trabajador o en el empleador complejiza aún más el goce de este beneficio.

1.3 Ley 21.063

Los últimos derechos individuales del padre en esta materia, se encuentran contemplados en la ley 21.063, más conocida como ley SANNA o ley de Seguro para el Acompañamiento de los Niños y Niñas, promulgada el 28 de diciembre de 2017 y publicada dos días más tarde.

1.3.1 Requerimientos del seguro

Esta ley establece un seguro especial y hace una distinción en su normativa: Establece una clasificación entre las personas protegidas por el seguro y los beneficiarios del seguro.

Los primeros son, según el artículo 1º de la ley, los trabajadores dependientes regidos por el Código del Trabajo, los funcionarios de los órganos de la administración (exceptuando a los pertenecientes a las Fuerzas Armadas y Carabineros), los funcionarios del Congreso Nacional, aquellos del Poder Judicial, los del Ministerio Público, todos los funcionarios de los tribunales especiales, y los trabajadores independientes a que se refieren los artículos 89 inciso primero, y 90 inciso tercero, del decreto ley N° 3.500.¹³ Estos artículos se refieren principalmente a los trabajadores independientes afiliados a las administradoras de fondos de pensiones.

¹³ Decreto Ley N° 3.500. CHILE. Establece nuevo sistema de pensiones. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, 13 de noviembre de 1980.

Los segundos son todos los trabajadores que estando protegidos por el seguro, son padres o madres de un niño o niña mayor de un año y menor de quince o dieciocho años de edad, según corresponda, que esté afectado o afectada por una condición grave de salud. También son beneficiarios de esta ley los trabajadores o trabajadoras que tengan a su cargo el cuidado personal de un niño o niña, otorgado por resolución judicial.

Así, las personas que pueden gozar de las prestaciones del seguro son todas aquellas que pertenezcan tanto a la categoría de personas protegidas por el seguro como también a la de beneficiarios del seguro.

Adicionalmente, para entrar en el goce de este seguro es necesario que se cumplan a su vez los diversos requisitos que establece la ley en sus artículos 5° y 6°; entre los cuales se contempla el tener una licencia médica que dé cuenta de las condiciones graves que cubre el seguro, en conjunto con requisitos mínimos de afiliación y cotización.

Respecto a la licencia médica, ésta se encuentra limitada en cuanto al periodo de tiempo en que se puede otorgar, según lo dispuesto en el artículo 13, inciso segundo, de la ley 21.063: *“La licencia médica se otorgará por periodos de hasta quince días, salvo lo dispuesto en el inciso sexto del artículo siguiente, pudiendo ser prorrogada por periodos iguales, sea en forma continua o discontinua. Con todo, la suma de los días correspondientes a cada licencia no podrá exceder de los plazos máximos establecidos en el artículo siguiente.”*

Otro requisito para que opere este seguro, es que el menor padezca una de las cuatro condiciones de salud señaladas en el artículo 7° de la ley: Cáncer; Trasplante de órgano sólido y de progenitores hematopoyéticos; Fase o estado terminal de la vida, o; Accidente grave con riesgo de muerte o de secuela funcional grave y permanente. Cada una de estas condiciones médicas tiene sus propios requisitos para ser acreditada, según los artículos 8°, 9°, 10° y 11° de este cuerpo legal¹⁴.

En cuanto a la edad del niño o niña afectado por estas condiciones, la ley señala que deben ser mayores a un año de edad y menores de dieciocho, en el caso de las tres primeras condiciones, y mayores de un año y menores de quince en el caso de la última.

En resumen, para poder gozar de los beneficios del seguro, se deben cumplir los siguientes requisitos:

1) Ser un trabajador protegido por el seguro; 2) ser un trabajador beneficiario del seguro; 3) cumplir con

¹⁴ Ley N° 21.063. CHILE. Crea un seguro para el acompañamiento de niños y niñas que padezcan las enfermedades que indica, y modifica el código del trabajo para estos efectos. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, 30 de diciembre de 2017.

los requisitos de cotización, filiación y demás que requiera la ley; 4) ser padre o madre, o tener el cuidado personal, otorgado por sentencia judicial, de un menor que padezca una de las cuatro condiciones graves de salud que contempla el seguro y se encuentre dentro de los rangos de edad establecidos para cada condición; 5) contar con una licencia médica que dé cuenta de estar padeciendo alguna de estas condiciones y 6) cumplir con los distintos requisitos de acceso, dependiendo del tipo de condición que padezca el menor.

1.3.2 Incompatibilidades del seguro:

Es de suma importancia el esclarecer que, aun cuando se hayan cumplido los extensos requisitos establecidos para gozar del seguro, igualmente puede suscitarse situaciones en las que no se podrá hacer uso de éste, debido a las incompatibilidades contenidas en el artículo 19 de la ley 21.063, dado que éste dispone en su inciso segundo lo siguiente: *“Solamente se podrá hacer uso del Seguro una vez finalizados los permisos o descansos señalados en el inciso anterior.”*

Aquella remisión hace referencia a los permisos o descansos señalados en el inciso primero del artículo 19:

1. Subsidio por incapacidad de origen común.
2. Subsidio por incapacidad de origen laboral.
3. Subsidio por descanso maternal, incluido el tiempo de descanso de postnatal parental.
4. Permiso por enfermedad grave de niño menor de un año.
5. Feriado legal.
6. Permiso con goce de remuneración, en su caso.

Sin perjuicio de lo anterior, la misma ley dispone en su artículo 19° que los pagos de subsidios de origen común, laboral, o de algún beneficio de la maternidad, serán compatibles cuando se haga uso del permiso y subsidio de la ley SANNA en jornada parcial, de acuerdo a lo regulado en el artículo 14 de la ley, que se refiere a la duración ordinaria del permiso y en modalidad de jornada parcial.

1.3.3 Prestaciones del seguro:

Una vez reunidos los supuestos ya mencionados, y no encontrándose sujeto a las incompatibilidades señaladas, es posible acceder a los beneficios del seguro, que son los siguientes:

- 1) Un permiso para ausentarse justificadamente del trabajo por un periodo de tiempo determinado;

2) y un subsidio durante el periodo de tiempo en que el menor requiera de atención.

1.3.3.1 Sobre el permiso:

Este permiso de ausencia que tiene el padre se trata de un derecho *individualizado*, ya que la misma ley declara que en el caso de que ambos padres sean trabajadores con derecho al seguro, podrán hacer uso del permiso conjunta o separadamente, mientras no se haya otorgado el cuidado personal del menor a uno de los padres, pues en dicho caso se trataría de un derecho *no individualizado*, según lo expresa el inciso segundo del artículo 15 de la ley: “*En los casos que el padre y la madre sean trabajadores con derecho a las prestaciones del Seguro y uno de ellos tenga el cuidado personal del hijo o hija otorgado por resolución judicial, este último tendrá derecho a la totalidad del período de permiso que corresponde a ambos padres. Sin perjuicio de lo anterior, el padre o madre que tenga el cuidado personal del hijo o hija podrá igualmente traspasar hasta el total del período máximo que le corresponde, al otro padre o madre.*”

En cuanto a la duración del permiso, este varía dependiendo del tipo de condición que padece el niño, niña o adolescente:

1.3.3.1.1 Casos de Cáncer: El permiso tiene una extensión máxima de 90 días por cada hijo o hija que padezca de esta enfermedad, dentro de un periodo de 12 meses contados a partir de la primera licencia.

1.3.3.1.2 Casos de trasplante de órgano sólido y de progenitores hematopoyéticos: El plazo máximo también es de 90 días, por cada niño o niña que sufre esta condición.

1.3.3.1.3 Circunstancia de accidente grave: El permiso tendrá una duración máxima de 45 días por cada hijo o hija afectado.

1.3.3.1.4 Menor que se encuentra en fase o estado terminal: Este permiso durará hasta que se produzca el fallecimiento del menor.

A diferencia de los otros supuestos, la ley no regula la duración de este permiso para los casos en que dos o más menores se encuentren en esta situación, por lo que nos encontramos frente una laguna legal.

Teniendo en consideración que el objetivo de ésta ley es otorgar derechos que faciliten a los padres trabajadores acompañar a sus hijos o hijas que padecen unas de las condiciones de salud mencionadas, es que sostenemos que el permiso debe extenderse hasta que se produzca el deceso de cada uno. Sin embargo, no existe doctrina ni jurisprudencia que avale esta interpretación.

Por último, es menester señalar que en los casos de cáncer y trasplante de órganos, cuando ambos padres son trabajadores y tienen derecho a las prestaciones del seguro, éstos gozan de la facultad de traspasar la totalidad del permiso que les corresponde al otro padre. En el caso de accidente grave, sólo es posible traspasar hasta dos tercios de la totalidad del permiso.

Resulta curioso que sólo en este último caso el legislador implique algún grado de flexibilidad en el traspaso de dicho permiso, mediante la utilización del vocablo “*hasta*”. En los supuestos de cáncer y trasplante de órganos, el traspaso sólo se contempla en su totalidad. En cambio, para el caso de estado o fase terminal de la vida, no se establece facultad de traspaso alguna.

No queda claro cuál fue el criterio que usa el legislador para realizar estas distinciones para la facultad de traspaso, salvo para la contingencia de estado o fase terminal de la vida del hijo, donde el permiso se otorga hasta el fallecimiento del menor, por lo que un traspaso del permiso en este caso carece de sentido.

Sin embargo, los demás supuestos se ven afectados por una distinción arbitraria, toda vez que, si se acepta la flexibilización implícita en la ley, se obstaculiza a ciertos padres de poder asistir al hijo o hija de la mejor forma posible que se ajuste a sus circunstancias.

1.3.3.2 Ejercicio a media jornada:

El inciso sexto del artículo 14 de la ley 21.063 establece la facultad de ejercer estos permisos bajo la modalidad de jornada parcial del trabajador. Para aquello, la ley entiende que las licencias médicas otorgadas por media jornada equivalen a medio día.

Además, para esta modalidad se estipula un plazo máximo para las licencias en los casos de cáncer, trasplante de órgano sólido y de progenitores hematopoyéticos y fase o estado terminal de vida, de hasta 30 días cada una de ellas, equivalente a 60 medias jornadas laborales o 60 días.

De manera tal, surge el siguiente problema: el artículo señala como duración máxima del permiso a media jornada el periodo de 30 jornadas laborales, equivalente a 60 días, un plazo menor del máximo estipulado para el ejercicio ordinario del permiso, equivalente a 90 días en los casos de cáncer y de trasplante de órgano sólido y de progenitores hematopoyéticos; o de duración indeterminada en el caso de estado o fase terminal de la vida.

Esto tiene dos posibles interpretaciones:

- 1) El ejercicio de esta modalidad perjudica al trabajador que elige esta opción, ya que se reduce de manera sustancial y arbitraria la duración máxima del permiso, cuestión que resulta incongruente con el propósito de otorgar la posibilidad de ejercer esta modalidad: extender la duración permiso y flexibilizar su ejercicio; o
- 2) La duración máxima del permiso a media jornada se encuentra contemplada dentro de la duración del permiso ejercido de manera ordinaria, por lo que el remanente del plazo fuera de la extensión máxima a media jornada, puede ser ejercido de manera ordinaria por el padre trabajador. En otras palabras, el límite aquí establecido por ley se aplicaría sólo a la modalidad de media jornada, quedando resguardados los días restantes del permiso.

1.3.3.3 Sobre el subsidio

Otro beneficio al cual tiene derecho el trabajador que ha cumplido con todos los requisitos de la ley, es al pago de un subsidio por toda la duración del permiso.

Según el artículo 16 de la ley SANNA, este subsidio se calcula, para los trabajadores dependientes, en base al *“promedio de las remuneraciones netas y de los subsidios por incapacidad de origen común, laboral o maternal, o bien de este Seguro, percibidos en los últimos tres meses calendarios anteriores más próximos al inicio del permiso”*.

Para el caso de los trabajadores independientes del artículo 89 del Decreto Ley 3500 de 1980, el subsidio se calculará en base a la renta anual imponible dividida por doce, del subsidio, o de ambos, por la que hubieran cotizado para el año en que se inicia el permiso.

Para los demás trabajadores independientes, el subsidio se calculará sobre la base de las rentas netas y subsidios percibidos dentro de los cinco meses anteriores más próximos.

La ley entiende por remuneración neta aquella imponible después de haberse deducido las cotizaciones de cargo del trabajador y los impuestos correspondientes al caso.

En lo que concierne al tope del subsidio, el artículo 18 estipula que este equivale al 100% de las rentas netas del trabajador calculadas conforme a la ley, es decir, según el promedio de 3, 5 o 12 meses según corresponda a su calidad de trabajador.

Cabe mencionar que, de acuerdo al artículo 16 de la ley, el subsidio es considerado imponible para efectos de las cotizaciones de previsión y salud respecto de aquellas cotizaciones que sean de cargo del

trabajador. En cuanto a las cotizaciones de cargo del empleador, este debe continuar con su pago mientras perdure el subsidio.

1.3.4 Aspectos administrativos:

La ley 21.063, desde su artículo 23 en adelante, establece la regulación del fondo del seguro, incluyendo sus características, recaudación y administración.

El fondo del seguro se caracteriza principalmente porque su único propósito es el financiamiento de las prestaciones contempladas en la ley 21.063, de forma tal que el fondo del seguro corresponde a un patrimonio independiente y separado del patrimonio de la entidad que administra el fondo. En particular, el artículo 25 de este cuerpo legal establece que este fondo financia el pago de los subsidios, de las cotizaciones correspondientes al uso del seguro, y los costos administrativos y de fiscalización en que incurran las entidades involucradas en la gestión del seguro.

Es pertinente señalar que existen ciertos límites legales establecidos para estos gastos. El primero, contenido en el artículo 39 de la ley 21.063, establece un tope al gasto administrativo de gestión y fiscalización, equivalente a un 8% de lo recaudado por el fondo. El segundo consiste en una regla de sustentabilidad del fondo plasmada en el artículo 40 de la ley: *“El valor total de los beneficios a pagar con cargo al Fondo en un mes determinado no podrá exceder el 16% del valor acumulado en el Fondo al último día del mes anterior”*.

Si llegase a acaecer este segundo supuesto, es que la ley manda que se disminuya proporcionalmente el beneficio a pagar a cada afiliado, conforme al valor de los beneficios que se puedan financiar de acuerdo a la regla antecedente.

En cuanto al financiamiento del fondo, el artículo 24 establece expresamente los recursos con los cuales éste se llevará a cabo:

1. Una cotización mensual de un 0,03% de las remuneraciones o rentas imposables de los trabajadores, a cargo del empleador en el caso de trabajadores dependientes, o de su propio cargo en el caso de los trabajadores independientes.

2. La cotización que proceda durante los períodos en que el trabajador o la trabajadora esté haciendo uso del seguro de la ley SANNA, y por los períodos de incapacidad laboral temporal de origen común, maternal o de la ley N°16.744¹⁵.
3. El producto de las multas, reajustes e intereses que se apliquen en conformidad a la ley N°17.322.
4. Las utilidades o rentas que produzca la inversión de los recursos anteriores.

De lo anterior se desprende que el recurso más importante para el fondo es la cotización del 0.03% de la remuneración del trabajador. Esta cotización se calcula en base a la remuneración imponible del trabajador, por lo que se encuentra sujeta al tope máximo contemplado en el artículo 16 del Decreto Ley 3.500.

Por otra parte, el deber de recaudación de las cotizaciones recae en las Mutualidades de Empleadores y el Instituto de Seguridad Laboral, conforme al artículo 27, y el deber de pago de la cotización se conforma a las reglas del artículo 19 del Decreto Ley 3.500 para el caso de los trabajadores dependientes, y para las reglas del artículo 92 y siguientes del mismo Decreto para el caso de los trabajadores independientes, siendo considerado una cotización previsional para estos efectos.

Por último, en cuanto a la entidad administradora del fondo, la ley en principio establece que dicha administración será adjudicada mediante licitación pública, pero a la fecha de este trabajo dicha licitación no ha sido realizada, por lo que la administración transitoria del fondo está a cargo de las mismas entidades que recaudan las cotizaciones y efectúan los pagos de los subsidios, son la Asociación Chilena de Seguridad (ACHS), el Instituto de Seguridad Laboral (ISL), el Instituto de Seguridad del Trabajo (IST) y la Mutual de seguridad.

1.3.5 Comentarios

A primera vista, pareciera ser que la ley SANNA resuelve varias de las complicaciones del derecho contenido en el artículo 199 bis del Código del Trabajo, pero en realidad se trata de una solución aparente.

Esto se debe a que el campo de aplicación del seguro de la ley SANNA es menor al de este derecho: El seguro sólo procede una vez cumplidos los vastos requisitos establecidos por ley, y únicamente en el caso de que el menor padezca una de las cuatro condiciones graves de salud que contempla este cuerpo normativo.

¹⁵ Ley N° 16.744. CHILE. Establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Ministerio del Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría de Previsión Social, Santiago, Chile, 1 de febrero de 1968.

El derecho del artículo 199 bis del Código del Trabajo sólo se puede invocar en el caso que el menor requiera de cuidado personal a causa de un accidente grave, o en el evento de que éste padezca una enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte. Como consecuencia de lo anterior, existe una superposición en los supuestos de cobertura de ambos derechos, cuestión que suscita la posibilidad de invocarlos simultáneamente.

Es innegable que los beneficios establecidos en la ley 21.063 superan aquellos establecidos en el artículo 199 bis del Código del Trabajo, y es por eso que existe la apariencia de que constituye una mejora a la legislación previa, sin embargo, la ley 21.063 acota drásticamente los potenciales titulares de dichos beneficios, por lo que todas las limitaciones del artículo 199 bis siguen siendo susceptibles de crítica, dado el limitado margen de aplicación real de la ley 21.063. Por otra parte, la ley SANNA tampoco está exenta de vituperio:

El primer análisis que se debe realizar a este cuerpo normativo versa en que hace una distinción innecesaria entre las personas protegidas por el seguro y los beneficiarios del seguro, estableciendo requisitos distintos para ambas categorías, cuando de igual forma se debe reunir ambas calidades en una misma persona para gozar de los beneficios del seguro.

Segundo, las contingencias de salud del menor que cubre el seguro resultan ser muy específicas: Cáncer; Trasplante de órgano sólido y de progenitores hematopoyéticos; Accidente grave y; Fase o estado terminal del menor. Además, cada una de estas circunstancias debe ser acreditada de la forma que establece la ley, siendo siempre necesario invocar una licencia médica, en conjunto con alguna otra forma de acreditación, tales como informes emitidos por los médicos correspondientes, conformidad a los supuestos considerados dentro de las Garantías Explícitas en Salud establecidas en la ley N° 19.966¹⁶ y sus reglamentos, etc.

Tercero, la ley también estima necesario establecer requisitos mínimos de afiliación y cotización del seguro: Se debe contar con a lo menos ocho cotizaciones previsionales mensuales previas a la fecha de inicio de la licencia médica (12 para el caso de los trabajadores independientes), y las últimas tres cotizaciones deben haber sido continuas.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que la ley 21.063, hace un esfuerzo en delimitar los supuestos de acceso al seguro, tanto para lograr un funcionamiento continuo de éste, como para también evitar

¹⁶ Ley N° 19.966. CHILE. Establece un régimen de garantías en salud. Ministerio de Salud, Santiago, Chile, 3 de septiembre de 2004.

eventuales abusos, sin embargo, ésto produce que el seguro tenga un acceso absolutamente limitado, debido a la engorrosa lista de requisitos que hay que cumplir para ejercerlo, en adición los documentos exigidos por la ley.

Esto se encuentra parcialmente justificado si se tienen en consideración ciertas condiciones mínimas que se deben satisfacer para el funcionamiento idóneo de un seguro.

Para ilustrar ésto, se hace necesario exponer acerca de qué se entiende por seguro como método de distribución de riesgos y sus características esenciales:

“En el seguro y mediante el pago de una pequeña cantidad de dinero denominada prima, el afectado transfiere los efectos económicos desfavorables del riesgo a una empresa que, en caso de ocurrir el siniestro, le indemnizará los perjuicios que aquel pueda haber experimentado. El seguro es, entonces, un sistema de prevención sencillo, de bajo costo, y cuya eficacia se obtiene mediante la acumulación de pequeñas contribuciones monetarias de muchas personas o entidades expuestas a peligros similares. Este asegurador proporciona el servicio de cobertura del riesgo respectivo, a cambio de un precio que se llama prima; es él quien administra el capital que forma con el conjunto de primas recaudadas; quien garantiza su entrega en determinadas circunstancias o que paga, repone o repara los bienes, si ello es posible. El asegurador está en condiciones de hacerlo, porque se ha organizado previamente para encauzar los esfuerzos previsionales de muchas personas individuales, formando con las primas que recauda, un patrimonio reservado o fondo de reserva destinado a pagar los siniestros y que invierte en determinados bienes y títulos para mantenerlo y acrecentarlo.”¹⁷

Asimismo, los seguros pueden clasificarse de diversas maneras, haciendo principal distinción entre seguros privados y públicos, dependiendo de la naturaleza del ente asegurador. En el caso del seguro de la ley SANNA, estamos frente a un seguro social, toda vez que corresponde a un seguro cuyo funcionamiento y pago provienen del Estado. *“Si los actos de encauzamiento de dichos esfuerzos previsionales individuales los hace la comunidad, representada por el Estado, estaremos frente a los llamados seguros sociales”¹⁸.*

De lo expresado, se desprende que un seguro se basa en el traslado de un riesgo al ente asegurador, en este caso el Estado, quien se compromete a cubrir la eventualidad o siniestro asegurado. No obstante, para funcionar de manera adecuada, los montos recaudados por concepto de prima deben ser suficientes

¹⁷ Strauch, O. C. Derecho de Seguros. 3° Edición. Legal Publishing, Santiago, 2015.

¹⁸ Ibid.

para cubrir todas las ocurrencias de los siniestros, y para ésto los seguros se valen en gran parte en “*la ley de los grandes números*”: “*El negocio del seguro descansa en la aplicación científica de la ley de los grandes números. La citada ley —básica en matemáticas— dice que mientras el número de unidades de riesgo aumenta, más seguro es que la experiencia de pérdida real o efectiva sea igual a la experiencia de pérdida probable. De ahí que el riesgo disminuye a medida que aumenta el número de unidades expuestas a él.*”¹⁹

De esta forma, es de crucial relevancia para el funcionamiento pleno del seguro, que éste delimite el número de siniestros que efectivamente se cubren a una cantidad que le permita viabilidad. Además, como nos encontramos ante un seguro social, el ente asegurador, en este caso el Estado, no persigue la obtención de utilidades o rentas a través de su implementación, sino que tiene por objeto cubrir una prestación de seguridad social, y por ende, es de suma importancia lograr sustentabilidad y estabilidad del seguro en el tiempo. Para ésto: “*El asegurador debe estar en situación de poder cubrir los siniestros que se produzcan y para mantenerse en esa situación debe forzosamente dispersar los riesgos en términos tales que no le afecten varios siniestros a la vez, pues de darse esta situación podría suceder que la suma de las reclamaciones fuera del tal monto, que no estuviera en condiciones de afrontarlas.*”

Sin embargo, la ley 21.063 resulta excesiva en este aspecto, pues según los datos de la SUSESO²⁰, el número de licencias médicas autorizadas para hacer uso del seguro y la cantidad de licencias presentadas para ejercerlo son bajos.

Números de licencias médicas SANNA autorizadas por COMPIN, según entidad pagadora del subsidio y sexo del beneficiario (periodo 2019-2021)

Entidad Pagadora	SEXO	2019	2020	2021
ACHS	Mujer	981	954	1.802
	Hombre	471	628	1.024
	Total	1.452	1.582	2.826
ISL	Mujer	220	332	573
	Hombre	90	99	180
	Total	310	431	753
IST	Mujer	252	245	401
	Hombre	122	162	215
	Total	374	407	616
MUTUAL	Mujer	753	942	1.326

¹⁹ Green, M. R. 1974. Riesgo y seguro. Madrid, MAPFRE. Página 6.

²⁰ Superintendencia de Seguridad Social, Gobierno de Chile. Estadísticas de la Seguridad Social 2021. [en línea] Santiago. <<https://www.suseso.cl/608/w3-article-681856.html>> [consulta: 15 de noviembre de 2022]

	Hombre	434	456	743
	Total	1.187	1.398	2.069
TOTAL	Mujer	2.206	2.473	4.102
	Hombre	1.117	1.345	2.162
	Total	3.323	3.818	6.264

Número de licencias médicas SANNA autorizadas por COMPIN desagregadas según contingencia cubierta y sexo del beneficiario (periodo 2019-2021)

Tipo de Contingencia	Sexo	2019	2020	2021
Cáncer	Mujer	1.878	1.989	3.200
	Hombre	986	978	1.575
	Total	2.864	2.967	4.775
Trasplante de órganos sólido y de progenitores hematopoyéticos	Mujer	312	398	537
	Hombre	116	250	401
	Total	428	648	938
Fase o estado terminal de la vida	Mujer	16	84	329
	Hombre	15	117	179
	Total	31	201	508
Accidente grave con riesgo de muerte o de secuela funcional grave y permanente	Mujer	-	2	36
	Hombre	-	-	7
	Total	-	2	43
TOTAL	Mujer	2.206	2.473	4.102
	Hombre	1.117	1.345	2.162
	Total	3.323	3.818	6.264

Número de trabajadores que accedieron al permiso según, contingencia cubierta y sexo del beneficiario (periodo 2019-2021)

Tipo de Contingencia	Sexo	2019	2020	2021
Cáncer	Mujer	311	283	344
	Hombre	230	197	249
	Total	541	480	593
Trasplante de órganos sólido y de progenitores hematopoyéticos	Mujer	42	35	46
	Hombre	27	45	35
	Total	69	75	81
Fase o estado terminal de la vida	Mujer	3	10	22
	Hombre	5	15	18
	Total	8	25	40
Accidente grave con riesgo de muerte o de secuela funcional grave y permanente	Mujer	0	1	9
	Hombre	0	0	5
	Total	0	0	14
TOTAL	Mujer	356	334	421
	Hombre	262	247	307
	Total	618	581	728

La primera impresión que surge al observar estos datos, es que la cantidad de trabajadores que acceden al seguro por año es bastante reducida, dado que ni siquiera alcanza a los 1000 trabajadores por año, y si bien las contingencias cubiertas por la ley SANNA son de carácter excepcional, de todas formas pareciera ser que la cobertura efectiva de este seguro está por debajo de lo ideal. De forma tal que estos montos dan indicios para sospechar que existe una cantidad de trabajadores que si bien se encuentran bajo las contingencias contempladas, no han podido acceder al seguro.

En el Informe de evaluación de la implementación del Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas, elaborado por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social en conjunto con la SUSESO, se hace referencia tangencial a este punto, pues observa que la mayor discrepancia en el uso del Seguro se origina a raíz de la notable carencia de licencias por accidente grave, lo cual afirma en base a la siguiente tabla.

Número de niños y niñas que causaron subsidio SANNA, desagregadas según contingencia cubierta y año

Contingencia	2018	2019	2020	2021	2022*	Total	%
Cáncer	385	586	554	615	534	2.674	86,8%
Trasplante de órganos sólidos	5	8	60	106	97	276	9,0%
Fase o estado terminal de la vida	1	1	14	38	36	90	2,9%
Accidente grave o con riesgo de muerte o de secuela funcional grave y permanente			2	20	18	40	1,3%
Total	391	595	630	779	685	3.080	100%

Según el informe: *“Este hecho llama particularmente la atención ya que en el diseño del beneficio se estimó que sería esta la contingencia con mayor número de niños y niñas cubiertas, en específico, se estimó que los niños y niñas protegidas por esta contingencia concentrarían aproximadamente el 65% del total de niños y niñas causantes del Seguro SANNA”*²¹.

Así, es posible desprender que, por lo menos parte del bajo número de uso de este seguro se debe a una inesperada carencia de invocación de esta causal. El informe en cuestión sospecha que esto tiene raíz en dos hechos distintos.

²¹ [Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Superintendencia de Seguridad Social. 2022. Informe de evaluación de la implementación del Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas. Santiago. Página 37]

El primero es la circular N°3.559 de 21 de noviembre de 2020 de la SUSESO, que limita la causal de accidente grave en cuanto a su definición y sus requisitos. En cuanto a su definición, dado que la ley 21.063 omite definir particularmente que se entiende por “*accidente grave*”, esta circular busco delimitar claramente el término, pero el resultado es más bien restrictivo, pues se optó por definir accidente como todo acontecimiento fortuito, independiente de la voluntad humana, que tiene como consecuencia lesiones en niños y niñas mayores de un año y menores de 15 años, y para que sean graves, dichas lesiones deben generar un cuadro clínico severo, con riesgo de muerte o de secuela funcional grave y permanente.

En lo relativo a los requisitos de esta causal, la circular agrega como requisito de esta que el niño o niña deba haber ingresado a una unidad de paciente crítico pediátrico o aquella que cumpla funciones similares de atención, debiendo el respectivo centro hospitalario certificar la condición de gravedad en la hoja de ingreso.

El otro hecho que, según el informe, habría limitado la invocación de esta causal es la ocurrencia de la pandemia provocada por el virus COVID-19, tanto por las múltiples afectaciones a la vida común y corriente que causa esta pandemia, como también las dificultades que habría causado para informarse de la cobertura del seguro.

La segunda observación que surge del análisis de las tablas previas, es que existe una discrepancia abismal entre el número de licencias autorizadas por el COMPIN y la cantidad de trabajadores que han accedido al seguro. Parte de esta diferencia se debe a que la ley limita el número de días por el cual se puede emitir la licencia a 15 días, por lo que se deben haber emitido múltiples licencias para el mismo caso en particular.

Sin embargo, aun considerando esta circunstancia, la inflexión es de tal envergadura que no podría explicarse sólo mediante esta razón. Esto nos hace suponer que existen otros factores que inhiben a los beneficiarios de utilizar la totalidad de las licencias médicas otorgadas para acceder al seguro.

Esto también fue observado en el informe elaborado por la SUSESO y el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, en el cual se expresa lo siguiente: “*se observó que algunas licencias médicas se encontraban pendientes de pronunciamiento por falta de antecedentes. Esto se tradujo, por ejemplo, en no contar con el certificado de cotizaciones previsionales, no pudiendo en consecuencia, validar el requisito relacionado con la densidad de cotizaciones. Mismo caso, ocurría con la no presentación del*

certificado de nacimiento del niño o niña, lo que impedía verificar la edad del menor y el parentesco con el titular de la licencia médica.”²²

Lo anterior dilucida que, en virtud de ciertas complicaciones originadas en los requisitos que establece la ley, surge una cifra de licencias que a pesar de haber sido emitidas, no son utilizadas para ejercer el seguro.

Para finalizar este apartado, queda analizar los ingresos y egresos del fondo del seguro.

Ingresos SANNA, según entidad (en \$M de cada año). Periodo 2019-2021

ENTIDAD	2019	2020	2021
ACHS	5.144.700	7.690.411	9.046.180
ISL	1.369.546	2.317.585	2.897.189
IST	1.079.624	1.601.678	1.656.566
MUTUAL	4.031.534	6.136.479	6.872.042
TOTAL	11.625.404	17.746.153	20.471.977

Gastos SANNA, según entidad (en \$M de cada año). Periodo 2019-2021

ENTIDAD	2019	2020	2021
ACHS	565.692	703.689	1.330.311
ISL	98.910	139.909	241.142
IST	109.137	151.506	255.330
MUTUAL	493.895	670.437	991.033
TOTAL	1.267.634	1.665.541	2.817.816

Ingresos, egresos y saldo de fondo SANNA desagregado por año

Año	Ingresos (en \$ de cada año)	Egresos (en \$ de cada año)	Saldo de fondo (en \$ de cada año)
2017	3.288.713.823	0	3.288.713.823
2018	7.863.458.553	805.923.407	7.057.535.146
2019	11.903.303.987	2.565.290.253	9.338.013.734
2020	19.267.116.899	3.202.693.822	16.064.423.077
2021	21.975.311.783	5.104.339.228	16.870.972.555
2022(*)	20.234.259.581	3.946.455.806	16.287.803.775
Total	84.532.164.626	15.624.702.516	68.907.462.110

²² [Ministerio del Trabajo y Seguridad Social en conjunto con la SUSESO. Informe de evaluación de la implementación del Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas (2022) PP. 43-44]

Las dos primeras tablas fueron elaboradas por la SUSESO, como parte de sus estadísticas anuales de seguridad social, mientras que en la segunda se encuentra en el Informe de evaluación de la implementación del Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas, redactado por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social en conjunto con la SUSESO.

La discrepancia entre las tablas se explica a través de los gastos administrativos incluidos en la tabla del informe: *“Es importante señalar que, considerando que cada entidad recaudadora transfiere el 8% de los montos recaudados para la conformación del Fondo para gastos de administración, y que esta transferencia queda consignada como un egreso, el monto de egresos que se muestra en el cuadro precedente se encuentra sobreestimado debido a que un 45% aproximadamente de los recursos recaudados para gastos de administración no son utilizados, y por lo tanto son reintegrados al Fondo SANNA en el año siguiente. Este reintegro se registra como un ingreso de recursos al Fondo SANNA”*²³.

Aclarada esta circunstancia, se puede observar que existe una preocupante cantidad de dinero recaudado para el fondo que no se está utilizando, en particular el informe expresa que solo un 11,2% del total de cotizaciones recaudadas están siendo utilizadas, cifra que presumiblemente se origina al haber un acceso al seguro mucho menor del proyectado en su oportunidad.

En el informe, el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y la SUSESO sospechan que el comportamiento irregular del seguro es ocasionado por la baja utilización de la causal de accidente grave, replicando lo que expresaron anteriormente para explicar esto.

Sin embargo, a nuestro juicio el informe carece de suficiente autocrítica, toda vez que omite referirse los problemas inherentes que sufre regulación del seguro, causados por su clara intención de restringir el acceso a este, pues es improbable que una **discrepancia de gasto de alrededor de un 89%** se deba solamente a que no coinciden las proyecciones elaboradas previamente sobre la invocación de una sola causal con la realidad.

El solo hecho de que exista un número de licencias que no se ocupen para gozar de las prestaciones del seguro, debido a sus extensos requisitos, es evidencia suficiente de las deficiencias de la ley.

²³ [Ministerio del Trabajo y Seguridad Social en conjunto con la SUSESO. Informe de evaluación de la implementación del Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas (2022). PP 31]

1.3.6 Conclusiones

Como conclusión sobre la ley SANNA, hay que señalar que su implementación no ha estado exenta de complicaciones y falencias. No solo dificulta excesivamente que se accedan a sus beneficios, sino que también ha dado lugar a que se presenten diversos problemas prácticos, como lo son la falta de definición de una de sus causales o que los gastos en que incurre el fondo están muy por debajo de lo proyectado.

Es posible enunciar ciertas soluciones y modificaciones a la ley que pretendan solucionar parte de estas dificultades. El informe de implementación del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y de la SUSESO propone diversas modificaciones, pero aquí solo mencionaremos las que nos parecen relevantes para lo discutido previamente.

Su primera recomendación es ampliar el plazo del permiso de la ley SANNA para la contingencia de cáncer, dado que es el supuesto más invocado por los beneficiarios. La propuesta en particular del informe es ampliar el plazo actual de 90 días a 180 días.

En segundo lugar, el informe sugiere una igualación de condiciones para los hogares monoparentales, y que se otorgue al padre presente el derecho a los días del permiso que le hubieren correspondido al otro padre, cuando este hubiese fallecido mientras el hijo o hija padecía de alguna de las contingencias cubiertas por la ley 21.063, o cuando se encontrase ausente.

La tercera recomendación del informe se centra en facilitar la tramitación de la ley SANNA, y consiste en que las licencias correspondientes puedan emitirse por hasta 30 días, en contraposición a los actuales 15.

En línea con lo anterior, el informe también propone la implementación de un sistema de licencias médicas electrónicas, tanto para facilitar la tramitación, como también lograr una mayor publicidad y comunicación de la información pertinente al seguro.

A nuestro juicio, en adición a las propuestas ya señaladas, es de suma importancia que se implemente alguna medida relacionada con el excesivo remanente del fondo de la ley, ya sea contemplando alguna causal nueva en la ley, reduciendo el monto de la cotización, o ampliando aún más los plazos legales de los permisos.

En este sentido, el informe considera contraproducente que se implemente una nueva causal en la ley: *“el Ministerio del Trabajo y Previsión Social en conjunto con la Superintendencia de Seguridad Social,*

estiman no innovar en una nueva contingencia mientras no se pueda evaluar la implementación de las actuales contingencias en condiciones normales, esto es, sin los efectos que puede haber provocado la pandemia del COVID-19”²⁴.

Si bien esta postura es lógica hasta cierto punto, es al mismo tiempo excesivamente conservadora, dado que existe alrededor de un 89% del fondo que no está siendo utilizado, por lo que una modificación de la ley sobre este aspecto debe ser considerada seriamente.

2. Sobre los derechos no individualizados:

Todos los demás derechos que goza el padre son derechos “dependientes” o “condicionados” a la voluntad de la madre del menor, o supeditados a alguna circunstancia en particular que la afecte, y por ello, se tratan de derechos no individualizados.

2.1 Sobre el postnatal

Como preámbulo, hay que definir qué se entiende cuando se habla de *postnatal*.

El postnatal es un descanso o reposo maternal que se otorga por ley como consecuencia del alumbramiento de un hijo, y en particular es el descanso otorgado por la ley chilena inmediatamente después del parto.

A su vez los reposos o descansos maternos pueden definirse como: *“Períodos de inactividad laboral, por incapacidad laboral de la trabajadora, durante los cuales debe cumplir con descanso, que no podrá ser renunciado, quedándole prohibido el trabajo y en reemplazo de la remuneración gozará de subsidio”²⁵.*

Aclarado lo anterior, es pertinente exponer acerca del derecho de goce subsidiario que le corresponde al padre en esta materia.

2.1.1 Permiso

²⁴ Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Superintendencia de Seguridad Social. 2022. Informe de evaluación de la implementación del Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas. Santiago. Página 57.

²⁵ Chávez, E. A. C. 2021. Derecho del Trabajo. Derecho individual del trabajo, colectivo y jurisdicción laboral. 10ª Edición, Santiago, Tofulex Ediciones Judiciales. Página. 482.

El inciso tercero del artículo 195 del Código del Trabajo dispone que el permiso otorgado a la madre después del parto, denominado *postnatal*, podrá ser ejercido por el padre del menor en el caso de que la madre fallezca durante el parto o durante el uso de este permiso, y que en ambos supuestos le corresponderá a él, tanto el derecho a subsidio establecido en el artículo 198, como también el derecho a fuero laboral del artículo 201, ambos del Código del Trabajo.

Es decir, para que el padre pueda ejercer este derecho, es necesario que la madre del menor fallezca durante el parto o con posterioridad a éste, y acaecida esta circunstancia el padre podrá ejercer la totalidad del permiso o lo que reste de las 12 semanas correspondientes, dependiendo de las circunstancias en que se haya producido la defunción de la madre.

No queda completamente claro si este derecho del padre posee el carácter irrenunciable, o si viene acompañado de la obligación del empleador de conservarle el empleo al padre, debido a que los incisos referentes a estas materias hacen alusión al inciso primero del artículo 195 y no al tercero, que es aquel que contempla esta titularidad del padre.

Estimamos que, en silencio de la ley, debe interpretarse que este derecho viene acompañado de estas dos garantías, no sólo porque aquello ofrece una mayor protección al trabajador, sino que además, por como está redactada esta norma, el permiso al que tiene derecho al padre es, en su esencia, el mismo permiso del cual gozaba la madre antes de su fallecimiento, por lo que a falta de disposición expresa en contra, es de toda lógica que el padre también goce de estas garantías en este supuesto.

Por otro lado, el legislador tampoco ha precisado cómo ejercer este derecho, pues el artículo 197 del Código del Trabajo sólo detalla el ejercicio del descanso cuando le corresponde a la madre.

No hay doctrina administrativa o judicial que aclare este punto, por lo que concluimos que para el ejercicio de este derecho se debe seguir en esencia los mismos pasos que la madre: Dar aviso al empleador con exhibición de los documentos que acrediten el supuesto que se invoca para el goce de este derecho, que en este caso serían el certificado de nacimiento del menor en que figure el nombre de quien reclama el derecho como padre, en conjunto con el certificado de defunción de la madre, y adicionalmente puede que se requiera las licencias médicas que la madre exhibió en su oportunidad para el descanso prenatal.

2.1.2 Subsidio

El padre no solo tiene derecho al permiso establecido en el artículo 195 inciso primero, sino que la ley también le otorga el derecho al subsidio contemplado en el artículo 198, que dispone lo siguiente: *“La mujer que se encuentre en el período de descanso de maternidad a que se refiere el artículo 195, de descansos suplementarios y de plazo ampliado señalados en el artículo 196, como también los trabajadores que hagan uso del permiso postnatal parental, recibirán un subsidio calculado conforme a lo dispuesto en el decreto con fuerza de ley N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978, y en el artículo 197 bis”*.

El Decreto con Fuerza de Ley N° 44 es el que fija las normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado, y como la ley no contempla ninguna disposición especial, sus disposiciones son plenamente aplicables.

Preliminarmente, se debe aclarar que el subsidio del descanso postnatal es imponible para la previsión social y de salud, y no se considera renta para todos los efectos legales, según el artículo 3 del Decreto con Fuerza de Ley N° 44.

Para optar a este subsidio, el artículo 4 del DFL establece como requisito una afiliación previa de 6 meses y cotizaciones correspondientes a 3 meses, dentro de los 6 meses anteriores a la fecha inicial de la licencia médica correspondiente.

Según el artículo 7 del Decreto, el subsidio es calculado en base a la remuneración neta del trabajador, la cual es equivalente a la remuneración imponible menos las cotizaciones e impuestos correspondientes.

El subsidio propiamente tal es fijado de acuerdo al artículo 8 inciso primero del Decreto: *“La base del cálculo para la determinación del monto de los subsidios considerará los datos existentes a la fecha de iniciación de la licencia médica y será una cantidad equivalente al promedio de la remuneración mensual neta, del subsidio, o de ambos, que se hayan devengado en los tres meses calendario más próximos al mes en que se inicia la licencia”*.

Sin perjuicio de lo anterior, el inciso segundo del artículo 8 impone un tope para el subsidio, equivalente al total de las remuneraciones mensuales netas, subsidios o ambos, devengados por las trabajadoras dependientes en los tres meses anteriores más próximos al séptimo mes calendario que precede al del inicio de la licencia, dividido por noventa, aumentado en el 100% de la variación experimentada por el IPC en los siete meses anteriores al mes precedente del inicio de la licencia, incrementado en un 10% adicional. Por tanto, el monto del subsidio se determina de la siguiente forma:

Para un descanso postnatal cuya licencia médica se emite en el mes de enero de 2023, primero se calcula el promedio de remuneraciones netas, subsidios, o ambos correspondientes a los meses de diciembre, noviembre y octubre del año 2022. Para efectos de compararlo con el tope, debe ser transformado en el monto diario del subsidio, por lo que debe ser dividido en 30 en este caso, al encontrarnos ante un promedio equivalente a un mes.

Luego, se computa el tope del subsidio en base al total de las remuneraciones netas, subsidios o ambos correspondientes a los meses de marzo, abril y mayo del año 2022, dividido por 90.

Al resultado anterior, se aumenta en un 100% del IPC experimentado en los meses de mayo a noviembre de 2022, y se aumenta en un 10% adicional.

Se comparan ambos resultados, y la suma que resulte ser menor corresponde al monto diario del subsidio que se pagará al trabajador.

La división por 90 que contempla el tope se realiza en razón de que tanto el inciso segundo del artículo 8 como el artículo 13, ambos del DFL N° 44, disponen que el subsidio se devengará de forma diaria.

Por otra parte, la ley ordena que los 3 meses de remuneración que se usan para el cálculo del tope del subsidio, deben encontrarse dentro del periodo de “*seis meses inmediatamente anteriores al séptimo mes calendario que precede al mes de inicio de la licencia*”²⁶. Si en dicho periodo se registrará sólo 1 o 2 meses de remuneración, el cálculo se hará dividiendo por 30 o 60, respectivamente.

Sin perjuicio de que el subsidio se devenga diariamente, el pago propiamente tal se efectúa con la misma periodicidad que la remuneración del trabajador, que en todo caso jamás podrá ser en un plazo superior a un mes, tal y como expresa el artículo 20 del DFL N° 44.

Adicionalmente, hay que considerar que el artículo 10 del Decreto dice lo siguiente: “*Las remuneraciones ocasionales o que correspondan a períodos de mayor extensión que un mes, tales como gratificaciones, bonificaciones o aguinaldos de Navidad o Fiestas Patrias, no se considerarán para la determinación de las bases de cálculo establecidas en los artículos anteriores*”.

Por último, el artículo 17 del DFL N° 44 establece el derecho a un subsidio mínimo, para los casos en que no se registre remuneraciones o las que se registren sea de bajo monto: “*El monto diario de los*

subsídios no podrá ser inferior a la trigésima parte del cincuenta por ciento del ingreso mínimo que rija para el sector privado”.

2.1.3 Fuero

El inciso tercero del artículo 195 del Código del Trabajo también da derecho al padre al fuero contenido en el artículo 201 del mismo cuerpo legal, en virtud del goce subsidiario del postnatal.

Según el artículo 201, el fuero consiste en el siguiente plazo: *“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”.*

Por tanto, hasta un año después de la expiración del permiso por descanso postnatal, el trabajador estará protegido en contra del despido por parte del empleador.

La referencia al artículo 174 de la disposición citada trata sobre la autorización previa otorgada por los tribunales laborales, con la cual debe contar el empleador que desee desvincular a un trabajador aforado, también conocida como desaforamiento. Esta autorización se tramita como una cuestión prejudicial a la cual se da inicio a través de una petición fundada por parte del empleador.

2.1.4 Comentarios:

Es un ejemplo de la poca rigurosidad en la redacción de estas normas en esta materia proviene del inciso 4º del artículo 195 del Código del Trabajo, el cual dispone que se **pondrá fin al fuero y subsidio** otorgado al padre por el inciso tercero, del mismo artículo, en el caso de que se le prive del cuidado personal del menor mediante sentencia judicial. No obstante lo anterior, no se hace alusión alguna al permiso concedido por el mismo inciso.

Esto podría acarrear como consecuencia que en el supuesto en que al padre se le ha denegado el cuidado personal de su hijo, éste pueda de igual manera exigir que se le respete el derecho a ejercer el permiso del artículo 195 inciso tercero del Código del Trabajo.

Si bien, lo anterior se ve en cierta medida compensado por el hecho de que el padre pierde el fuero y el subsidio, la redacción de la norma es inconsistente y negligente, lo que facultaría un eventual escenario para el abuso de un derecho en el siguiente caso: Si a un padre al cual se le ha denegado el cuidado personal, teniendo así derecho al permiso pero no al fuero, es despedido de su trabajo por el uso del

mismo, éste podría recurrir a la jurisdicción laboral y solicitar que su despido sea declarado injustificado al no haberse respetado sus derechos otorgados por la protección a la paternidad, ya que el legislador no excluye esta posibilidad.

En adición al problema enunciado anteriormente, se suscitan otras inconsistencias a partir del remanente de disposiciones que regulan esta materia, como el artículo 200 del Código del trabajo, el cual establece los permisos de ausencia por postnatal parental a quienes se les atribuya el cuidado personal de un menor como medida de protección, o según lo establecido en los artículos 19 o 24 de la ley 19.620, además de un permiso de 12 semanas si el menor en cuestión tiene menos de 6 meses.

Como se puede observar, puede suscitarse el caso de que el cuidado personal del menor que haya sido denegado al padre, sea concedido a otra persona bajo alguna de las modalidades mencionadas en el artículo 200, y consecuentemente este último goce de estos permisos de ausencia, mientras que el padre biológico, según una interpretación literal del inciso cuarto del artículo 195 del mismo cuerpo legal, tiene derecho al permiso de ausencia del artículo 195 inciso tercero, creando así el caso en que dos personas tiene distintos permisos de ausencia, pero con la misma causa, situación que carece de toda lógica.

Por último, no está demás mencionar que por años, la doctrina de la SUSESO llevó a concluir que para que el padre gozará de este derecho, también era necesario que la madre lo gozara en vida, según se explica en el apartado dedicado a jurisprudencia administrativa de este trabajo.

2.2 Sobre el posnatal parental

El postnatal parental es el descanso maternal contemplado en el artículo 197 bis del Código del Trabajo, cuya extensión abarca 12 semanas una vez finalizado el periodo del descanso postnatal, o 18 semanas de ejercerse a jornada parcial.

En lo que respecta al postnatal parental, el padre goza de dos derechos distintos.

2.2.1 Derecho a traspaso de postnatal parental

El primero está contenido en el inciso octavo del artículo 197 bis del Código del Trabajo y consiste en que el padre, si así lo desea la madre del menor, puede usar parte de este permiso.

2.2.1.1 Permiso

La duración a la que tiene derecho el padre es hasta un periodo equivalente a seis semanas de las doce totales que se contemplan en el permiso, las cuales siempre deben ubicarse en el período final de éste.

Los requisitos previstos por la ley para el goce de este derecho son: (1) Que ambos progenitores tengan la calidad de trabajadores; y (2) que la madre consienta en trasladar parte de este permiso al padre.

Este derecho a permiso de ausencia viene acompañado de un subsidio y de un fuero laboral, según disponen el artículo 197 bis y la segunda parte del inciso primero del artículo 201 del Código del Trabajo, respectivamente.

Por otra parte, es a su vez un requerimiento para el ejercicio de este derecho, según el inciso 9 del artículo 197 bis, que el trabajador informe mediante carta certificada a su empleador, a la Dirección del Trabajo y al empleador de la madre, la intención de hacer uso de este derecho. Adicionalmente, también debe dar aviso a las entidades pagadoras del subsidio, que en virtud del número 2 del artículo 19 de la ley 18.833, son las cajas de compensación, al ser las encargadas de la administración de esta prestación.

La ley en particular no señala que el padre pueda elegir la modalidad en que se ejerce este traspaso de semanas del postnatal parental, y como consecuencia de ello, se ha concluido por los órganos administrativos del país que, en este aspecto, el padre queda sujeto a la elección que la madre realizó en su momento de la modalidad en que se ejerce el permiso.

2.2.1.2 Subsidio

El subsidio asociado al permiso que se traspasa al padre, de modo general, sigue las mismas reglas que el subsidio otorgado a raíz del descanso postnatal, según lo estipulado por el artículo 8 inciso quinto, y el artículo 8 bis del Decreto con Fuerza de Ley N°44.

Es decir, el subsidio a que tiene derecho el padre trabajador se calcula en base a su remuneración neta, entendiendo por ella su remuneración bruta a la cual se le han deducido las cotizaciones e impuestos pertinentes, y se determina a través de un promedio de las remuneraciones netas, subsidios, o ambas que se hayan devengado en los tres meses calendario más próximos al mes en que se inicia la licencia, siendo esta licencia en cuestión la misma que se presente para el ejercicio del descanso postnatal.

El tope del subsidio igualmente se calcula de la misma forma que el tope del subsidio por descanso de postnatal, solo que en este caso se utilizan como base las remuneraciones netas del padre, siendo también aplicable el subsidio mínimo si fuese pertinente.

También cabe señalar que el subsidio se devenga por día, y el pago del subsidio se hace con la misma periodicidad que el pago de la remuneración, sin que dicho plazo pueda ser superior a un mes.

Todo lo anterior es en virtud de las mismas disposiciones señaladas con ocasión del subsidio por descanso maternal postnatal.

2.2.1.3 Fuero

En cuanto al fuero, el artículo 201 del Código del Trabajo señala que este tendrá una duración equivalente al doble del tiempo del permiso anteriormente mencionado, y entrará en vigencia 10 días antes del inicio del permiso, no pudiendo excederse de los 3 meses.

Esto resulta relevante debido a que, como el máximo del permiso corresponde 18 semanas cuando es ejercido bajo modalidad de jornada parcial, el periodo máximo traspasable al padre es de 11 semanas, lo que implica que, computando el plazo de 10 días previos, el fuero tiene una vigencia que calza exactamente con el periodo del permiso, en el supuesto de que se traspasan estas 11 semanas.

Dicha decisión del legislador es problemática, dado que deja expuesto al trabajador a un eventual despido una vez finalizado el periodo de permiso a jornada parcial y del fuero que lo acompaña, dado que este último no tiene una duración que garantice una protección efectiva.

Otro dilema que se suscita a partir del periodo del fuero es que, como se concluye del articulado, en el caso de que se traspase el permiso por el plazo de una semana, la duración del fuero es de 14 días, el cual comienza 10 días antes del inicio del permiso, y finaliza cuando sólo han transcurrido 4 días del permiso de ausencia, dejándolo desprotegido.

Cuestión parecida ocurre si el traspaso es por dos semanas, pues en dicho caso el fuero finaliza 4 días después de terminado el permiso, quedando nuevamente expuesto el trabajador a un despido por represalia.

2.2.2 Goce subsidiario del postnatal parental

El segundo derecho referente al posnatal parental se encuentra regulado en el inciso séptimo del artículo 197 bis del Código del Trabajo.

2.2.2.1 Permiso

La disposición nombrada dispone que el padre tendrá derecho a este permiso en su totalidad, en el caso de que la madre fallezca o sea el padre quien tiene el cuidado personal del hijo, debiendo este último haber sido otorgado a través de sentencia judicial.

Por tanto, en estos supuestos, el padre tendrá derecho al permiso de 12 semanas a que se refiere el inciso primero del artículo 197 bis.

Nuevamente hay que recalcar la falta de rigurosidad de la ley al no señalar la forma en que se ejerce este derecho. Dado el silencio de la ley, es a nuestro juicio prudente el distinguir el momento del fallecimiento de la madre o de la sentencia judicial.

Si estos se produjeron durante el parto, o en el periodo del permiso del postnatal, el aviso y exhibición de documentos que se realizó con ocasión del goce subsidiario del postnatal sirve de base suficiente para el eventual goce subsidiario del postnatal parental.

Si en cambio estos supuestos acaecieron durante el periodo del permiso del postnatal parental, es lógico concluir que el trabajador deberá proceder a la brevedad en dar aviso a su empleador y la dirección del trabajo, con la exhibición de los documentos correspondientes, para entrar en este goce subsidiario.

En otras palabras, consideramos que la forma de ejercer cualquiera de los dos goces subsidiarios del padre es la misma, a falta de disposición legal expresa: Aviso al empleador y a la dirección del trabajo con exhibición de los documentos que acrediten las circunstancias en que se basa este goce, a la brevedad del acaecimiento del hecho que les sirve de base.

Por otro lado, hay que señalar que la disposición en comento expresa que *“le corresponderá a éste el permiso y subsidio establecidos en los incisos primero y segundo”*. El inciso segundo del artículo 197 bis se refiere en particular al ejercicio en modalidad a jornada parcial del permiso, por lo que hay que entender que el padre goza de esta facultad en estos supuestos.

La única dificultad de lo anterior es que, como está modalidad está regulada en función de la madre, los plazos para los avisos necesarios para ejercerla pueden no coincidir con el periodo de fallecimiento de la madre, dado que se estipula que el aviso al empleador y la Dirección del Trabajo debe ser despachado con a lo menos 30 días de anticipación al término del periodo del postnatal.

Dado que la ley no esclarece cómo se ejercería esta modalidad en el caso del goce subsidio del postnatal parental, hay dos conclusiones posibles. La primera es que los plazos establecidos para los avisos son

aplicables, y por tanto, si el fallecimiento de la madre o la sentencia judicial se produce con posterioridad a esta oportunidad, el ejercicio de la modalidad a jornada parcial es imposible.

La segunda conclusión, que es la correcta a nuestro juicio, es que son aplicables los plazos establecidos cuando aquello resulta plausible en consideración del momento del fallecimiento de la madre o de la sentencia judicial. En caso contrario, se debe entender que el padre, al momento de dar el aviso al empleador y la Dirección del Trabajo para el goce de este derecho, debe comunicar inmediatamente la modalidad en la cual lo ejercerá.

Otro punto que suscita incertidumbre versa sobre si estos derechos gozan o no de la calidad de irrenunciables, puesto que las normas que establecen el postnatal parental omiten referirse específicamente a este punto. Sin embargo, es posible llenar esta laguna legal mediante el inciso segundo del artículo 5 del Código del Trabajo, el cual dispone que: *“Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.”*

2.2.2.2 Subsidio

En cuanto al subsidio que acompaña al goce subsidiario del posnatal parental, la ley no expresa ninguna regulación especial respecto a su cálculo, por lo que hay que remitirse al artículo 197 bis del Código del Trabajo, que se refiere al goce ordinario de la madre, y dispone que la base de cálculo será la misma que se utiliza para el subsidio del descanso postnatal, repitiendo dicha asimilación el artículo 8 inciso quinto del DFL N°44.

Respecto al tope, el mismo artículo 8 del Decreto, en su inciso segundo, dispone que su determinación se realiza de igual forma para los subsidios de los artículos 195 y 197 bis del Código del Trabajo, es decir, el tope es el mismo para los descansos postnatal y postnatal parental.

Por tanto, sólo es posible concluir que se aplican las normas del Decreto con Fuerza de Ley N° 44 en su totalidad, sin ningún alcance, excepción u observación.

2.2.2.3 Fuero

El inciso séptimo del artículo 197 bis del Código del Trabajo expresa que le corresponderá al padre el permiso y el subsidio establecidos en los incisos primero y segundo del mismo artículo, en el caso de la muerte de la madre o en virtud de la sentencia judicial que le otorgue el cuidado personal del menor, pero no hace ninguna mención al fuero del artículo 201 del Código del Trabajo.

Dado que el goce subsidiario del posnatal da expresamente derecho al fuero del artículo 201 de este cuerpo legal, cuya duración se extiende hasta un año de haber finalizado el periodo del permiso postnatal, y que por tanto cubre todo el periodo del permiso postnatal parental, la única incertidumbre que se produce es si el fallecimiento de la madre o la sentencia judicial que otorga el cuidado personal ocurren dentro del periodo del postnatal parental. De esta forma, existen dos interpretaciones posibles.

La primera de ellas sostiene que el inciso tercero del artículo 195 del Código del Trabajo tiene una aplicación amplia, pues este expresa que “*Si la madre muriera en el parto o durante el período de permiso posterior a éste, dicho permiso o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo corresponderá al padre o a quien le fuere otorgada la custodia del menor (...)*” Como el legislador no distingue entre los dos permisos posteriores al parto, y ambos son destinados al cuidado del hijo, es posible afirmar que este inciso es aplicable tanto para el goce subsidiario del postnatal, como el del postnatal parental, otorgando la titularidad del fuero del artículo 201 del Código del Trabajo en ambos casos.

En adición a lo anterior, esta interpretación otorga mayor protección al trabajador, y por ende también a la crianza y bienestar del niño, los cuales se coligen con los principios *pro operario* e interés superior del niño.

La segunda posición en esta materia consiste en que no corresponde interpretar de forma amplia el inciso tercero del artículo 195 del Código del Trabajo, toda vez que el sentido de la ley es claro, ya que el inciso séptimo del artículo 197 bis es la norma referente al goce subsidiario del postnatal parental, y que por tanto no contempla el fuero del artículo 201 cuando el fallecimiento o sentencia judicial han acaecido durante el periodo de este permiso.

Esto se basa en que, en primer lugar, el inciso séptimo del artículo 197 bis es cronológicamente posterior a las disposiciones del artículo 195 del Código del Trabajo, de forma tal que el legislador, al momento de la redacción del artículo 195, sólo podría haberse referido al permiso del postnatal, pues este era el único permiso existente en aquella época. Esto lleva a concluir que, aunque no se menciona expresamente, es claro que el inciso tercero del artículo 195 se refiere al descanso postnatal, mientras que el inciso séptimo del artículo 197 bis se refiere al descanso postnatal parental, teniendo cada uno un ámbito de aplicación delimitado. Además, sostener lo contrario convertiría al inciso séptimo del artículo 197 bis en una disposición inútil, ya que si se interpreta al inciso tercero del artículo 195 de forma amplia en este aspecto, el inciso séptimo del artículo 197 bis no tendría ámbito de aplicación propio.

Si bien esta segunda interpretación es claramente menos favorable para el trabajador, pues lo deja desprotegido ante un despido en represalia, esto es consecuencia de una técnica legislativa poco rigurosa y ambigua. El legislador debió tener presente que el factor más incidente en el éxito de estos derechos estriba en la protección ante la precariedad laboral, cuestión que sólo puede materializarse a través del establecimiento de un fuero robustamente regulado.

Lo anterior podría haberse logrado mediante la inclusión del fuero del artículo 201 del Código del Trabajo en el goce subsidiario del postnatal parental. El hecho que el legislador haya fallado en considerar ésto, sólo denota una preocupante falta de atención y compromiso con esta área del derecho.

Aunque indeseable en sus consecuencias, consideramos que esta es la interpretación correcta en esta materia.

2.2.3 Comentarios:

La ley 20.545 intentó solucionar los problemas presentes en la legislación nacional de protección a la paternidad, lo cual es manifestado con énfasis y claridad en la exposición realizada por doña Carolina Schmidt Zaldívar, Ministra Directora del entonces SERNAM, al momento de la discusión de esta ley, siendo dicha exposición reproducida por el segundo informe de las Comisiones de Trabajo y Previsión Social, y de Salud, unidas:

“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.”²⁷

Lamentablemente, a pesar de haberse evidenciado estas problemáticas, esta ley fracasó en establecer soluciones efectivas, en virtud de varios factores que se desarrollan a continuación.

²⁷ Historia de la Ley N°20.545: Modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental. Chile. 2011. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1030936&buscar=20545>> [consulta: 21 de Mayo del 2023]

En primer lugar, desde la discusión de la ley 20.545, se ha suscitado conflicto respecto de que el artículo 197 bis en sí, puede ser considerado inconstitucional, debido a su tensión con el artículo 19 N°2 del cuerpo fundamental y con la Convención Para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, tratado internacional ratificado por Chile.

Esta contraposición entre las normas señaladas es expuesta en un requerimiento de control preventivo ante el Tribunal Constitucional, interpuesto como consecuencia de la aprobación del Senado del artículo 197 bis, durante la tramitación de la ley 20.545:

“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.” (...) 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 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.”²⁸

Lamentablemente el Tribunal Constitucional hizo caso omiso a este requerimiento, no solo consolidando los problemas de base de los que adolece este articulado, sino que incluso estableciendo un nuevo factor negativo para las expectativas laborales femeninas, en virtud de esta sobrecarga.

Ahondando más en este punto, las condiciones que se establecen para el ejercicio del permiso del inciso octavo del artículo 197 bis del Código del Trabajo, constituyen una traba aún más gravosa para que el padre pueda invocarlo, en adición a las limitaciones generales sobre titularidad y subsidiariedad que adolecen los derechos no individualizados.

Primeramente, la norma presenta inconvenientes al subyugar el permiso a la condición de que la madre debe ostentar la calidad de trabajadora para poder ceder el ejercicio de la mitad del permiso al padre, dado que la ley estipula “*si ambos padres son trabajadores*”.

La finalidad que persigue el otorgamiento de esta modalidad de repartición del permiso, consiste en fomentar la coparentalidad, tal y como expresa el mensaje de la ley 20.545 que introdujo el postnatal parental. Sin embargo, esto se ve limitado por el hecho de requerir que ambos padres trabajen. En otras palabras, **el legislador sólo le otorga la opción de coparentalidad a los padres trabajadores**, existiendo de esta forma una discriminación arbitraria que resulta contraproducente con este fin, dado que restringe de gran manera los titulares que gozan de esta opción, **generando de esta forma un ámbito de desprotección a todos los modelos alternativos de familia.**

²⁸ Historia de la Ley N°20.545: Modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental. Chile. 2011. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1030936&buscar=20545>> [consulta: 21 de Mayo del 2023]

Por otra parte, también quedan en desprotección aquellas madres que durante el periodo del embarazo y parto del menor, se encontraban en situación de cesantía, ya que como el inciso octavo de este artículo condiciona esta modalidad a que ésta sea trabajadora, aquellas que se encuentren en la situación mencionada carecen del eventual apoyo que podría brindar el padre en esta situación, produciéndose de esta forma un obstáculo para la reintegración laboral y una discriminación arbitraria adicional.

Es así como el legislador ha plasmado en esta forma de ejercicio del postnatal parental la antigua doctrina de la SUSESO, desarrollada en la sección dedicada a jurisprudencia administrativa de este trabajo.

Esto se debe a que establece el requerimiento legal de que la madre sea trabajadora para que opere este derecho, lo cual constituye un retroceso en lo que respecta a la doctrina de la protección a la paternidad, dañando de esta forma el objetivo de promover la corresponsabilidad parental.

Todo lo anterior carece de toda justificación razonable, dado que el fundamento se basa, una vez más, en la promoción de los roles tradicionales de género, lo cual es aún más gravoso en este caso en particular, puesto que se restringe de mayor manera el ámbito de protección al vincularlo con la calidad de trabajadores de los padres, siendo la protección ofrecida sumamente acotada.

Teniendo presente que el modelo tradicional de familia es el principalmente promovido y tutelado por el legislador, incluso éste se ve mermado al establecer la calidad de trabajadores de ambos progenitores para acceder a este derecho, entabando cualquier tipo de flexibilización de las cargas parentales.

En consecuencia de lo ya expuesto, es posible concluir que la técnica legislativa empleada en la redacción de estos articulados, en relación a la protección de la paternidad, es completamente negligente, dado que **perjudica incluso al mismo modelo familiar que prioriza.**

Mención particular amerita la poca rigurosidad con la cual se implementó el goce subsidiario del postnatal parental del cual goza padre, ya que es un tipo especial de negligencia el no disponer expresamente lo que ocurre con el fuero en este supuesto, dado la posible extensión del permiso en particular, cuestión que debe ser enmendada prontamente.

Una posible explicación de estas deficiencias es que el legislador laboral, al momento de consagrar este derecho, nunca lo concibió como un derecho cuya titularidad pertenezca al padre, sino que simplemente fue ideado como una facultad de la madre, y si bien esto no es incorrecto propiamente tal, no deja de ser menos cierto que en virtud de la ley, el padre goza de un permiso de ausencia por postnatal parental, que aun cuando está condicionado a la venia de la madre, esto no lo priva de dicha titularidad.

Esta perspectiva la podemos ver afirmada de cierta forma en el mensaje presidencial de la ley 20.545, firmado por Don Sebastián Piñera:

“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.

*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.**”*²⁹

Hay que concederle al legislador que, por lo menos en cierto grado, reconoce la importancia de fomentar la corresponsabilidad y la presencia de la figura paterna en la vida temprana del menor, ya que éstos elementos son mencionadas como factores en la promoción de esta ley. Sin embargo, queda claro que este enfoque no está desarrollado de una manera correcta y efectiva, dado que esta ley está abordada con un enfoque central en la maternidad y la crianza de los menores, relegando la corresponsabilidad a un suplemento de estas dos y por ende, pasa a ser sólo un objetivo de carácter secundario. Por tanto, al no tratarse del objetivo central de la ley, ésta no sólo falla en promover la asunción de responsabilidades familiares por parte del padre en la vida temprana del menor como un foco específico y determinado, sino que **incluso fracasa en reconocer a la protección de la paternidad como una rama del derecho que esta ley afecta.**

2.3 Sobre el artículo 199 del Código del Trabajo:

²⁹ Historia de la Ley N°20.545: Modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental. Chile. 2011. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. [en línea] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1030936&buscar=20545> [consulta: 21 de Mayo del 2023].

El último permiso contenido en el Código del Trabajo al que tiene derecho el padre, es aquel contemplado en el artículo 199, el cual opera en el caso de que un hijo o hija menor de un año padezca de enfermedad grave.

2.3.1 Permiso

Para que el padre pueda hacer ejercicio de este derecho será necesario que se configure alguno de los siguientes presupuestos: 1) Que la madre así lo eligiese; 2) En el caso de que el padre tenga el cuidado personal otorgado por sentencia judicial; o 3) En la circunstancia de que la madre hubiese fallecido.

Este derecho se ejerce mediante la presentación de un certificado médico otorgado o ratificado por el servicio de salud que tenga a su cargo la atención del menor. Este último abarcará el periodo de tiempo que determine este mismo servicio.

2.3.2 Subsidio

El artículo 199 regula un derecho a subsidio en su inciso primero, y en particular menciona que es el mismo subsidio que el contenido en el artículo 198 del Código del Trabajo.

Por tanto, el subsidio contemplado en este artículo se determina y calcula de la misma forma que el subsidio del descanso postnatal y del descanso postnatal parental, por lo que no es necesaria ninguna explicación adicional.

2.3.3 Comentarios:

La falencia principal de este derecho es simplemente que cubre un periodo muy corto de la vida del infante, pues que se pierda la titularidad de este derecho una vez que este cumpla más de un año resulta en un periodo muy breve de protección.

Aunque la ley 21.063 intenta ampliar este tipo de cobertura, lo hace sólo respecto de contingencias específicas, y como se evidencia en una sección previa, esta ley adolece de problemas serios en su regulación y aplicación.

Por último, dado que justamente el plazo dentro del cual se puede reclamar de este derecho es bastante reducido, no existe ningún buen motivo para reducir la titularidad del padre de este derecho a una subsidiaria, debiendo en realidad ser un derecho autónomo de este.

3. Comentarios generales sobre la legislación nacional

Como primer punto de este apartado, es necesario hacer especial mención acerca de la falta de derechos establecidos al padre previo al alumbramiento del menor.

Lo anterior obedece a razones de carácter biológico y de modo tal, se encuentra razonablemente justificado. No obstante, esto puede considerarse como un factor secundario que influye en la discriminación laboral que sufren las mujeres. De cualquier forma, el establecimiento de un eventual permiso al padre durante este periodo tampoco resolvería aquel problema. Un permiso de esta naturaleza del cual sea titular el padre, atendería más bien a mermar o apaciguar la discriminación laboral hacia la mujer y/o que ésta última cuente con mayor apoyo durante este periodo.

Respecto de esto último, dicho fundamento recae hasta cierto grado en un modelo de familia matrimonial, que a pesar de que pretenda proteger al que está por nacer, ignora la situación en que los padres del menor no repliquen los roles que el legislador busca perdurar: “*la madre criadora de los hijos y el padre proveedor del hogar*”, como también ignora el hecho de que actualmente existen diversos modelos de familia que son igualmente merecedores de protección.

Que se presuma la concepción tradicional de familia y los roles que ésta trae aparejados en la regulación de estos estatutos trae consigo diversos tipos de problemas, tales como que el estatuto del padre no sea concebido como una prioridad dentro del sistema.

Así, los derechos de éste no están concebidos de manera autónoma, y por tanto su ejercicio queda supeditado a figuras o condiciones que perjudica la coparentalidad, como son los casos de aquellos padres que quieren asumir en mayor grado sus responsabilidades parentales, y se termina distribuyendo de forma dispar las obligaciones de crianza, creando una sobrecarga de responsabilidades para la madre.

Por otra parte, una deficiencia que se extiende a lo largo de la legislación de los derechos no individualizados del padre contenidos en el Código del Trabajo, se radica en que estos derechos parecieran estar implementados para ocasiones de carácter excepcional: Cuando madre se vea privada de ejercerlos, como sería en el caso de su fallecimiento; o cuando a ésta le sea indebido ejercerlos, como por ejemplo cuando el cuidado personal le ha sido denegado por un juez.

A partir de lo expuesto, es posible dilucidar que la intención del legislador no apunta hacia la coparentalidad ni tampoco a una repartición equitativa de las responsabilidades familiares y del hogar, sino que relega en gran medida ese rol a la madre, asignándoselo al padre sólo en ocasiones

excepcionales. Por tanto, se desprende que nuestro legislador intenta consolidar un carácter subsidiario al rol de cuidador del padre.

Esto trae consigo consecuencias en la práctica: Se recargan dichas responsabilidades en la mujer sin que ella pueda compartirlas; Genera una falta de flexibilidad y una pobre repartición de las responsabilidades parentales; Coarta o dificulta el desarrollo de modelos familiares distintos al del familia matrimonial clásica, el cual es presumido por el legislador en la elaboración de las leyes nacionales; Origina un entorpecimiento en el acceso del mundo laboral para la mujer, al generarse la percepción de que en ella recaen la gran mayoría de las responsabilidades familiares; y Se obstruye la asunción de las responsabilidades parentales del padre distintas a la del rol de proveedor económico.

Así, el legislador plasma en la regulación estas preconcepciones, que se traducen finalmente en dificultades para aquellos padres que deseen tener un rol más activo en la crianza de sus hijos, dado que los derechos individualizados de éste terminan careciendo de un sustento real, y los derechos no individualizados que se le conceden no logran suplementar eficazmente esta situación, quedando los padres en una posición relegada.

Otra deficiencia notoria de la legislación nacional queda evidenciada en lo que respecta a la regulación “tipo” de los derechos no individualizados, la cual adolece la deficiencia de encontrarse regulada en base a supuestos muy acotados, de manera tal que la susceptibilidad de invocarlos se encuentra excesivamente limitada, en parte debido a la deficiente tipificación general que sufren estos derechos.

Esta tipificación es posible expresarla en una especie de fórmula de redacción: En los supuestos X, Y y Z, corresponderá al padre el ejercicio de los derechos contenidos en los incisos α y β .

Un ejemplo concreto de esto lo encontramos en el artículo 197 bis, inciso séptimo, del Código del Trabajo: *“Con todo, cuando la madre hubiere fallecido o el padre tuviere el cuidado personal del menor por sentencia judicial, le corresponderá a éste el permiso y subsidio establecidos en los incisos primero y segundo.”*

Al tratarse de una redacción que establece presupuestos nuevos, para posteriormente remitirlos a una regulación ideada para casos distintos, establecida en otros artículos o incisos, y a su vez, omitiendo incisos clave de dicha regulación, este método de redacción trae aparejado eventuales conflictos para interpretar y sistematizar correctamente los preceptos, en gran parte porque se deja como tarea del intérprete el dilucidar qué regulaciones específicas no mencionadas por ley son aplicables a estos nuevos supuestos, tarea que en ningún caso puede ser considerada como sencilla o superflua.

Lo anterior es perjudicial en razón de que deja un amplio margen para que se discuta cuál es la regulación aplicable para estos casos, que origina a su vez complicaciones para la sistematización y ejercicio de estos derechos, sin ninguna otra razón de que la regulación de estas normas es pobre y poco clara.

Por tanto, y como conclusión de este apartado, sostenemos que más allá de las falencias propias de las cuales adolecen cada uno de los derechos en particular que pertenecen al estatuto de protección a la paternidad, existen deficiencias transversales a la legislación de esta área del derecho, que dan cuenta de un punto crucial: El rol de criador del padre es mirado como secundario y supletorio por el derecho chileno.

Esto trae aparejado un sin número de consecuencias negativas, desde un estatuto pobre y mal regulado, hasta una sobrecarga de responsabilidades en la madre. Estas consecuencias al final del día solo tienen por resultado que la labor del padre durante los primeros días de vida de sus hijos, y en general sus labores dentro del hogar, sean menospreciadas. Con ello se intenta perdurar un modelo de familia que solo va declinando con el tiempo, y se consolida una desigualdad de género que termina perjudicando al padre, a la madre y al hijo.

4. Análisis de jurisprudencia nacional

Habiendo expuesto sobre las disposiciones legales del estatuto de la protección de la paternidad en el contexto laboral, resulta prudente mencionar cómo se han interpretado dichas normas por los tribunales de nuestro país.

En esta sección se desarrollará un análisis de la jurisprudencia nacional, particularmente en lo que respecta a si el postnatal parental goza de la calidad de derecho irrenunciable, o si en cambio puede ser renunciado por los trabajadores.

Si bien la jurisprudencia de los tribunales nacionales es sumamente limitada en esta materia, existen dos casos relevantes que se analizarán en razón de su mérito, toda vez que sostienen razonamientos opuestos e incompatibles entre sí, sólo con un año de diferencia entre ellos, y presentando ambos un pronunciamiento del máximo tribunal.

4.1 Rol 36657-2013 de la Corte de Apelación de Santiago, 3 de octubre de 2013, y Rol 5265-2013 de la Corte Suprema, 18 de noviembre de 2013:

Esta causa inició por vía de acción de protección, la cual fue presentada por una funcionaria judicial e interpuesta en contra de la Corporación Administrativa, en razón de que se le negaron ciertos bonos por haber hecho uso del permiso de postnatal parental.

Mediante esta acción, la funcionaria argumentó que al ser el postnatal parental un derecho irrenunciable, constituye una excepción al considerarse dichos días como no trabajados, y en cambio los días de dicho permiso deben ser computados para efecto de los bonos en cuestión.

La Corte de Apelaciones de Santiago, al pronunciarse respecto de esta acción, sostuvo lo siguiente:

*“Que, de los preceptos legales que se han citado y lo reglamentado por la Excm. Corte Suprema sobre la materia resulta claro e indiscutible que para los efectos que se reclaman, el cómputo de los días como 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.³⁰”*

En la apelación de dicho fallo, la Corte Suprema sentenció:

“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.³¹”

Ambos fallos coinciden en calificar al postnatal parental como un derecho renunciable, conclusión que resulta de una interpretación superficial de las normas que regulan al post natal parental, particularmente del 197 bis del Código del Trabajo, ya que éstas no establecen expresamente la calidad de irrenunciable de este derecho, a diferencia de lo que sucede con el post natal en el artículo 195 inciso 5º de este mismo cuerpo legal, en el cual el legislador hace expresa mención de dicha calidad: “Los derechos referidos en

³⁰ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2013. Rol 36657-2013, 3 de octubre de 2013.

³¹ CORTE SUPREMA. 2013. Rol 5265-2013, 18 de noviembre de 2013.

el inciso primero no podrán renunciarse y durante los períodos de descanso queda prohibido el trabajo de las mujeres embarazadas y puérperas”.

Sin embargo, como fue mencionado anteriormente en este trabajo, consideramos que esta laguna se encuentra perfectamente cubierta por lo dispuesto en el artículo 5° del Código del Trabajo: *“Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.”*

Por tanto, es posible concluir que ambos fallos citados anteriormente son *contra legem*, e incluso resultan aplicables las sanciones del inciso final del artículo 197 bis al empleador de este caso:

“El empleador que impida el uso del permiso postnatal parental o realice cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible el uso del permiso establecido en los incisos precedentes, será sancionado con multa a beneficio fiscal de 14 a 150 unidades tributarias mensuales. Cualquier infracción a lo dispuesto en este inciso podrá ser denunciada a la Inspección del Trabajo, entidad que también podrá proceder de oficio a este respecto.”

4.2 Rol 13716-2013 de la Corte Suprema, 20 de febrero de 2014:

El fundamento de la acción de protección en este caso es relativamente idéntico al de los fallos discutidos anteriormente. En la presente litis, la recurrente alega una vulneración del N°2 del Artículo 19 de la Carta Fundamental, en razón de que se le negó a la trabajadora el pago de bonos de desempeño, bajo el fundamento de que el postnatal parental, a diferencia del prenatal y el postnatal, no constituye justa causa de ausencia.

En el caso sub lite, la Excelentísima Corte Suprema, cambia radicalmente el criterio argumentativo utilizado en el fallo precedente, razonando de la siguiente forma:

“Que si bien el descanso postnatal parental fue establecido con posterioridad al artículo 4° de la Ley N°19.531, modificado por la Ley N°20.224, no cabe duda que forma parte de los descansos por maternidad y que protege los mismos bienes jurídicos que los artículos 195 y 196 del Código del Trabajo; tanto es así que en el inciso final de este último precepto hay una referencia expresa al artículo 197 bis del Código laboral. (...) 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.*³²

De esta forma, el máximo tribunal estima que el postnatal parental se encuentra incluido en el artículo 4° de la Ley N°19.531 de manera implícita, no sólo por la temporalidad de ambas normas, sino que también en virtud de los bienes jurídicos que se protegen mediante estas disposiciones y recalca su razonamiento al pronunciarse categóricamente sobre el carácter de irrenunciable del postnatal parental.

Así, coincidimos con los argumentos esgrimidos por la Corte, no sólo por la lógica inherente a estos, sino que también considerando la labor del artículo 5 del Código del Trabajo en esta discusión, según lo ya expresado.

4.3 Reflexión final

Como conclusión, el paradigma jurisprudencial en nuestro país suscita diversos puntos dignos de mención.

En primera instancia, cabe señalar que la naturaleza de la discusión que compete a estos fallos resulta cuestionable si se considera que el postnatal parental está ideado como una extensión del postnatal, el cual la ley declara expresamente como irrenunciable. De esta forma, el hecho de que exista este grado de incertidumbre acerca de si el postnatal parental goza de esta calidad o no, habla de una técnica legislativa deficiente.

No obstante, se observa a su vez una interpretación jurisprudencial limitada en los casos expuestos, pues el razonamiento de los tribunales es poco elaborado.

En el primer caso se limita a declarar que, como no la ley no da expresamente la calidad de irrenunciable, simplemente no lo goza, y por tanto es un derecho que sólo mira al interés privado de los trabajadores.

En el segundo caso, el razonamiento de la Corte no va más allá de equiparar el postnatal parental a otros derechos de protección a la maternidad y paternidad, lo cual, si bien es correcto a nuestro juicio, no se

³² Corte Suprema, Rol 13716-2013, Febrero de 2014.

hace mención alguna al artículo 5° del Código del Trabajo, norma especialmente relevante para esta discusión, ya que dirime categóricamente la calidad de estos derechos.

5. Análisis de jurisprudencia administrativa

En este apartado se abordará la forma en que ciertos órganos administrativos nacionales se han pronunciado respecto de derechos contenidos en el estatuto de protección a la maternidad, paternidad y la familia.

Este examen es relevante toda vez que los órganos administrativos inciden directamente en cómo se interpretan dichos preceptos, en particular en lo que respecta a funcionarios públicos.

5.1 Dictamen N°4743, de 25 de enero de 2012, de la Contraloría General de la República:

Este dictamen se pronuncia sobre la cobertura del Título II del Libro II del Código del Trabajo: De la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar, en particular sobre la extensión del postnatal parental a los trabajadores a honorarios de los servicios públicos:

“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.”³³

Este dictamen no está exento de crítica, debido a que la postura de la Contraloría restringe arbitrariamente la titularidad del postnatal parental, incluso cuando la ley 20.545 pretende otorgar una amplia cobertura en su aplicación, siendo ejemplo de ello la modificación del artículo 4° el DFL N°1 de 2006 del Ministerio de Salud, particularmente su artículo 152 bis, que actualmente expresa lo siguiente:

*“Los **trabajadores independientes** tendrán derecho al permiso postnatal parental del artículo 197 bis del Código del Trabajo, el cual podrán ejercer por doce semanas, percibiendo la totalidad del subsidio,*

³³ Dictamen N° 4743, Chile, Contraloría General de la República, de 25 de enero de 2012.

o por dieciocho semanas, percibiendo la mitad de aquel, además de las rentas o remuneraciones que pudieren percibir, dando aviso a la entidad pagadora del subsidio antes del inicio del período.

La base de cálculo del subsidio establecido en este artículo será la misma del descanso de maternidad a que se refiere el inciso primero del artículo 195 del Código del Trabajo. Para efectos de determinar la compatibilidad de subsidios a que tiene derecho el trabajador se aplicará lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 25 del decreto con fuerza de ley N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978.”

Como correlato de que la intención de la ley sea brindar una vasta protección, es que se establece una multiplicidad de empleadores que se encuentran obligados a respetar las normas del Título II del Libro II del Código del Trabajo, tal y como expresa el inciso primero del artículo 194:

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

Así, y en atención al artículo precedente, podemos sostener que la gran mayoría de los órganos públicos - si no es que todos - deben respetar las garantías consolidadas en el Título II.

Por otro lado, el legislador no distingue entre aquellos trabajadores que revisten la calidad de funcionarios públicos y aquellos que no, siendo por esto inapropiado que la Contraloría sí realice este tipo de distinción.

Lo anterior también se ve complementado por el artículo 152 bis del DFL N°1 de 2006 del Ministerio de Salud, ya que, al extender la cobertura hasta incluso los trabajadores independientes, queda claro que la intención de la ley 20.545 era que el posnatal parental fuese otorgado a toda clase de trabajadores.

No obstante, la Contraloría General de la República insiste en que el precepto aplicable para estos efectos es el artículo 11 de la Ley 18.834 que fija el Estatuto Administrativo, el cual establece que los trabajadores contratados a honorarios se rigen exclusivamente por las reglas de sus respectivos contratos, y no por las del Estatuto Administrativo, y por tanto, no están sujetos a las normas contenidas en el Título II del Libro II del Código del Trabajo.

El criterio adoptado por la Contraloría frente a esta antinomia es incorrecto, pues ignora completamente dos principios de interpretación legal esenciales para este caso: Los principios de especialidad y 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.*”³⁴

En virtud de lo expuesto, el dictamen de la Contraloría en comentario no sólo constituye una interpretación legal errónea, sino que pasa a ser incluso una interpretación *contra legem*, tanto por ignorar estos principios interpretativos esenciales, como también por hacer caso omiso a la amplia gama de trabajadores protegidos y empleadores obligados por las normas del Título II del Libro II del Código del Trabajo y por realizar distinciones arbitrarias que el legislador no ha plasmado en el texto legal.

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

El presente dictamen versa sobre el reclamo de una trabajadora que, luego de haber realizado el aviso requerido por ley para el traspaso de un periodo del postnatal parental al padre, expresó su deseo de modificar lo primeramente notificado, a través de una nueva comunicación, requiriendo el adelanto de la fecha del traspaso al padre, cuestión que no le fue concedida.

Al comparecer la trabajadora ante la Contraloría Regional, esta última expresó que:

“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. (...)De este modo,

³⁴ Gormaz Otero, M. J. 2015. Facultad de traspaso al padre en el nuevo permiso postnatal parental, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Páginas 46 - 47.

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.”³⁵

A pesar de que lo resuelto por la Contraloría Regional es poco deseable, porque entraba el uso de este derecho, no es más que la conclusión lógica de lo dispuesto en el articulado. Esto evidencia la excesiva rigidez que adolece la ley para el traspaso del postnatal parental, ya que es poco razonable que no se contemple la posibilidad de modificar la fecha de traspaso del permiso al padre, considerando que el periodo mínimo existente entre la comunicación que notifica de la fecha del traspaso y el traspaso propiamente tal es de 10 semanas.

5.3 Ordenanza N° 4052/083, de 17 de octubre de 2011, de la Dirección del Trabajo

Como ya fue mencionado en el primer apartado sobre legislación nacional, los artículos sobre el postnatal parental no esclarecen si el padre goza de la opción de escoger la modalidad en que ejerce su permiso contemplado en el artículo 197 bis inciso octavo del Código del Trabajo, es decir, ya sea en jornadas completas o en modalidad de medias jornadas.

Al respecto, la presente ordenanza de la Dirección del Trabajo enfatiza que el padre carece de dicha opción, estableciendo lo siguiente:

*“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 periodo 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.”³⁶*

Esta doctrina es problemática en dos sentidos:

³⁵ Dictámen N° 60.783, CHILE. Contraloría Regional de Aysén del General Carlos Ibañez del Campo, 2 de octubre de 2012

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

Primero, evidencia nuevamente la rigidez con la cual es regulado el traspaso del postnatal parental, pues en base a esta ordenanza, se le priva al padre una de las formas más cruciales de flexibilización de su permiso, lo cual limita la utilidad y viabilidad de ejercerlo;

Segundo, queda expuesta la concepción de que este derecho fue ideado primordialmente para la madre, y es ella quien goza de su titularidad, por lo que el padre queda relegado a una posición secundaria, e incluso subsidiaria.

5.4 Antigua doctrina de la SUSESO

La Superintendencia de Seguridad Social, hasta el año 2015, basó su jurisprudencia en que todos los derechos del padre contenidos en el Código Trabajo que se encontraban supeditados a la muerte de la madre, sólo podían ejercerse cuando ésta también haya gozado de estos derechos en vida, es decir, cuando ésta haya sido trabajadora al momento de su defunción.

Esto se basaba en que la Superintendencia estimaba que en estos supuestos operaba una subrogación personal de derechos, de forma tal que el padre pasaba a ocupar el lugar de la madre para el goce y ejercicio de estas protecciones.

Ejemplo de esta jurisprudencia es el dictamen N°37143-2015 de la SUSESO, en el cual se señaló lo siguiente: *“Se ha estimado que al utilizarse la expresión “dicho permiso”, el legislador hace referencia al permiso que originalmente correspondía a la madre, y que por causa del fallecimiento es traspasado al padre, total o parcialmente”*.³⁷

Estimamos que el razonamiento de la Superintendencia yerra al no considerar que estas figuras no sólo son derechos de la madre o del padre, sino que también son protecciones establecidas en favor del hijo de ambos, al cual deben crianza y protección, lo cual no podía ser logrado en su totalidad bajo el razonamiento de la Superintendencia.

Afortunadamente, en el año 2015, la Superintendencia emitió una resolución en la cual constata su cambio de criterio y revoca su doctrina ulterior, estableciendo de esta forma que para esta Superintendencia ya no es requisito el que la madre haya gozado de estos derechos al momento de su defunción.

³⁷ Dictamen N°37143-2015, CHILE. Superintendencia de Seguridad Social, Santiago, 2015.

Este cambio de criterio se fundamenta en que esta institución reconsidera la naturaleza de estos derechos, dejando atrás la interpretación de que la figura que opera es una subrogación personal que implica el traspaso de los derechos maternos, para considerar que en cambio, son derechos que pertenecen al padre, los cuales operan sólo en ciertos supuestos.

5.5 Conclusión

Se observa que, a partir de sus respectivas resoluciones, los órganos administrativos nacionales son tendientes a restringir los derechos establecidos por ley.

En algunos casos estas interpretaciones restrictivas resultan justificadas, como ocurre en el dictamen 60.736 del 2 de octubre del año 2012, emitido por la Contraloría Regional de Aysén. Este órgano estima que no es posible cambiar la fecha del traspaso del permiso al padre, basándose en que, primero, la ley no contempla esta facultad expresamente, y segundo, en que los plazos contemplados para efectuar las comunicaciones correspondientes no permiten dicha posibilidad.

Pero en otras ocasiones estas restricciones utilizan criterios arbitrarios, como es el caso del dictamen N°4743, de 25 de enero de 2012 de la Contraloría General de la República, en que de manera injustificada considera que el derecho de postnatal parental no se extiende a los trabajadores a contrata, argumentando que la aplicación de las normas del Título II del Libro II del Código del Trabajo sólo corresponde a los funcionarios públicos, estableciendo distinciones que la ley no contempla en el otorgamiento de este derecho.

En otras ocasiones, los órganos administrativos van aún más lejos y establecen restricciones de acceso a los derechos de protección a la paternidad de manera general, como es el caso de la doctrina de la SUSESO, lo cual va mucho más allá de la competencia que le corresponde a este organismo.

Distinto es el caso de la ordenanza N°4052/083, de 17 de octubre de 2011 de la Dirección del Trabajo, ya que como esta versa sobre una laguna legal, se trata de una decisión más controversial que arbitraria, sobre todo si se tiene presente que ésta refleja la concepción del padre respecto de su rol en la crianza del hijo que se encuentra contenida en la ley.

No obstante, la ordenanza tampoco otorga ningún argumento sustancial para privar al padre de elegir la modalidad en la que quiere ejercer su permiso, más aún si se considera que esta interpretación no es congruente con el fin que se busca al contemplar la facultad de traspaso de parte del permiso al padre,

esto es, fomentar el desarrollo de la relación entre el padre y el hijo en los primeros meses de su vida y darles mayor flexibilización a los padres.

En adición a lo anterior, resulta excesivamente gravoso subyugar la modalidad en la que éste ejerce el permiso a aquella elegida por la madre, ya que las situaciones laborales de ambos rara vez se encontraran en una posición laboral equiparable que justifique o haga viable esta postura.

Por tanto, y a partir de las resoluciones administrativas anteriormente expuestas, es posible sostener que tanto el paradigma legal como el administrativo se basan vigorosamente en estereotipos de género, a tal nivel que no consideran al padre como un titular autónomo de los derechos laborales en relación a su propio hijo.

SECCIÓN SEGUNDA: METODO CLINICO

La presente sección pretende, a modo general, otorgar directrices que faciliten el desarrollo del patrocinio durante todas sus etapas, para casos que se relacionen con el estatuto de protección a la paternidad, haciendo especial mención sobre aquellos que se enmarquen en un contexto de enseñanza clínica del derecho.

La naturaleza de éste tipo de causas es esencialmente sensible: La paternidad corresponde a un ámbito íntimo y de carácter extrapatrimonial, cuestión que lo distingue radicalmente de casos propios de otras materias, como causas de derecho civil pecuniario. Lo anterior trae consigo no sólo una carga emocional importante, sino que también un estricto deber de confidencialidad por parte de quienes asumen el patrocinio y poder.

Por ende, es menester que el profesor o la profesora de la Clínica Jurídica instruyan a los alumnos que lleven causas referentes a esta materia, acerca del tenor del caso a tratar, como también, y desde su labor educativa, acerca de diversas herramientas que faciliten un óptimo desarrollo del caso concreto, las cuales se expondrán en los capítulos siguientes del presente trabajo.

Sin embargo, la sensibilidad propia de las causas de paternidad no son la única arista compleja a la que se enfrentan los abogados y apoderados: La regulación legislativa, la literatura doctrinaria y el escenario jurisprudencial en esta área del derecho adolecen de un precario desarrollo a nivel nacional, que no brinda soluciones para estos casos, o las que otorga son frecuentemente ineficaces para aquellos padres que desean emplear un rol más activo en la crianza de sus hijos.

Asimismo, el panorama socio-cultural tampoco beneficia a la paternidad, toda vez que la expectativa predominante acerca de quién debe tener el rol primario en la crianza es la madre del niño, niña o adolescente; relegando así la posición del padre a un titular secundario o meramente subsidiario.

Todo lo anteriormente expuesto denota que estamos frente a un patrocinio complejo, con vías procesales acotadas y con escasas disposiciones jurídicas - sean leyes, principios, tratados, etc - que favorezcan de forma clara y precisa las eventuales pretensiones que persiguen en este tipo de causas, de forma tal que resulta necesario que el profesor o profesora transparente, desde un comienzo, tanto a los alumnos como al patrocinado en cuestión, que existe una probabilidad importante de que no sea factible satisfacer a cabalidad todas las pretensiones que se persiguen. *“Las soluciones no están en los libros de derecho, porque no sólo provienen de los conocimientos del abogado, sino del buen juicio, el sentido común y la comprensión del negocio del cliente. El cliente aspira a obtener soluciones prácticas (no teóricas) y por*

*eso, el abogado no debe limitarse a señalar cómo afecta la ley a su cliente, sino encontrar soluciones prácticas que apunten al logro de las metas del cliente. Todas las soluciones se basan en predicciones. (...) La predicción debe ser franca, aunque se trate de malas noticias.”*³⁸

Adicionalmente, es importante hacer presente que existe escaso desarrollo doctrinario de la enseñanza clínica del derecho. En general, la literatura jurídica actual aborda algunas de sus materias a partir de la profesión jurídica y la ética profesional.

Si bien las disciplinas de profesión jurídica y enseñanza clínica del derecho están intrínsecamente ligadas, no deja de ser cierto que también son distintas entre ellas. Esto se debe a que la primera de estas disciplinas hace alusión principal a los deberes que recaen en el abogado, ya sean de naturaleza legal, ético-morales o de *lex praxis*; En conjunto con los dilemas que se puedan presentar a raíz de estos deberes.

La enseñanza clínica del derecho, en cambio, se enfoca en cómo debe ejercerse esta profesión para lograr un desempeño eficaz y correcto, de manera tal que posee un carácter mucho más práctico y procedimental:

*“La enseñanza de la abogacía requiere desarrollar criterios para la toma estratégica de decisiones, en las que prime el análisis de los medios a disposición para lograr ciertos fines. La escasez de recursos - como el tiempo y los recursos materiales- y la existencia de líneas de acción distintas - y en muchos casos incompatibles - para lograr los mismos fines, requiere generalmente el desarrollo de criterios de comparación entre esas distintas líneas de acción, para seleccionar la que se considere más adecuada.”*³⁹

“Al final la mayoría de los problemas prácticos del derecho se deben a los hechos, y no a los problemas verdaderamente jurídicos, finalmente lo que queda es la creencia del juez y su idiosincrasia personal. Y eso es finalmente extensible a todos los operadores jurídicos (...) Por eso en las propuestas finales de Derecho a Incertidumbre propone reformar la educación jurídica acercándola mucho más a las

³⁸ Zusman S. Destrezas Legales. El “arte” de entrevistar y aconsejar. 2007. THĒMIS Revista de Derecho; Número 54, Finanzas Corporativas. Página 337.

³⁹ Courtis C. La educación clínica como práctica transformadora. 2007. [en línea] <<https://redclinicasjuridicas.ar/wp-content/uploads/2021/11/19-La-ensanza-clinica-como-practica-transformadora.pdf>> [consulta: 22 de Mayo del 2023] Página 11.

realidades del tribunal y del bufete, principalmente por medio del uso del método de enseñanza por el aprendizaje.”⁴⁰

Como consecuencia de esta circunstancia, no existe un tratamiento uniforme o sistematizado en esta área. Un ejemplo de esto, es la inexistencia de manuales dedicados exclusivamente a la enseñanza clínica del derecho.

Aquello se debe principalmente a dos factores: En primera instancia, porque el ejercicio de la profesión va a ser distinto dependiendo del carácter del abogado, sin perjuicio de que existan algunos elementos necesariamente comunes, relacionados primordialmente con la ética profesional; y en segunda instancia, porque esta materia se refiere principalmente a cuestiones prácticas del ejercicio de la profesión, cuyo entendimiento no es alcanzado con la mera lectura de cuerpos legales.

Ejemplos de lo anterior son: Desarrollo de la habilidad para formular una teoría del caso, el trato con el cliente, fomentar destrezas prácticas vinculadas con el manejo de un caso en particular, definir y refinar criterios para la toma estratégica de decisiones, el análisis de las herramientas de las cuales se dispone para alcanzar fines específicos, entre otros.

Estas habilidades o destrezas, aun cuando son destinadas al ejercicio de la profesión y tienen una estrecha vinculación con el contenido sustantivo de la disciplina, no son conocimientos o conceptos jurídicos propiamente tales, sino que son accesorios a la aplicación del derecho. *“El derecho en su expresión más amplia se aprendería en la práctica, “esa área de contacto” en la que las reglas sobre el papel se revelan como lo que en realidad son, y donde las reglas correspondientes con el comportamiento real tienen la importancia que merecen.”⁴¹*

En razón de ello, éstas poseen un carácter mucho más informal y variable, ya que responden a necesidades del ejercicio de la profesión en un tiempo y contexto particular, razón por la cual su sistematización es compleja y escasamente abordada por manuales de derecho o clases lectivas de otras asignaturas de pregrado:

“Dimensiones tales como la entrevista y la relación con el cliente, la narración de hechos, la preparación de escritos, el interrogatorio de testigos, el funcionamiento de los tribunales o de los

⁴⁰ Blázquez D. Apuntes acerca de la educación jurídica Clínica. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, N°3, 2006, página 51.

⁴¹ Blázquez D. Apuntes acerca de la educación jurídica Clínica. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, N°3, 2006, página 49.

órganos administrativos en los que tramita un asunto, el trato con jueces y empleados judiciales y administrativos, que forman parte cotidiana de la vida profesional del abogado, son completamente ignorados en la enseñanza que se brinda a los estudiantes en las facultades de derecho de la región.”⁴²

“El método clínico de educación jurídica se encuentra muy ligado al movimiento realista. En primer lugar, esta afirmación parece evidente, teniendo en cuenta la distinción del Juez Holmes según la cual habría que distinguir entre un < Derecho de los libros> y un <Derecho en acción>. El derecho de los libros es el que se enseñaría según el sistema tradicional de common law, basada en la exposición de los casos, mientras que el verdadero derecho es el que se sustancia y aplican los tribunales. Por lo que enseñar Derecho sería enseñar a ser capaz de poder hacer las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto.”⁴³

1. Sobre la asistencia jurídica, el rol de las clínicas jurídicas y sus intervinientes

1.1 La asistencia jurídica

Casarino concibe la asistencia jurídica como “*el conjunto de normas legales destinadas a **facilitar a las personas pobres** el ejercicio de sus derechos ante los tribunales.*”⁴⁴

Por su parte *Gutiérrez* señala que “*La **asistencia judicial de los pobres** constituye un problema de carácter social que viene preocupando a los pueblos desde tiempos lejanos. Puede definirse como el conjunto de servicios de orden económico y profesional que se prestan a las personas pobres para hacerles viables el reconocimiento y ejercicio de sus derechos, en el campo jurídico.*”⁴⁵

Arenas la define como “*el conjunto de disposiciones normativas (legales y reglamentarias) e instituciones y autoridades que permiten a las personas de escasos recursos acceder a una **asesoría profesional gratuita** en el campo jurídico, generalmente consistente en la defensa judicial de sus intereses. La asistencia jurídica comprende tanto el derecho de las personas a obtener consejo y*

⁴² Courtis C. La educación clínica como práctica transformadora. 2007. [en línea] <<https://redclinicasjuridicas.ar/wp-content/uploads/2021/11/19-La-ensenanza-clinica-como-practica-transformadora.pdf>> [consulta: 22 de Mayo del 2023], páginas 11 – 12.

⁴³Blázquez D. Apuntes acerca de la educación jurídica Clínica. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, N°3, 2006, Páginas 48-49.

⁴⁴ Casarino, M. Manual de derecho procesal (Tomo II). Santiago, Editorial Jurídica de Chile, edición 2005, p. 187.

⁴⁵ Gutiérrez, F. “Asistencia judicial de los pobres” Revista de derecho U. de Concepción 54, 1945. Página 329.

*representación letrada como una institución que permite que dicho derecho pueda ser ejercido efectivamente.*⁴⁶

A modo de síntesis, podemos señalar que la asistencia jurídica destaca principalmente por ser esencialmente gratuita y en favor de aquellas personas de escasos recursos, que de otras maneras no podrían obtener asesoría sobre materias legales o representación judicial de sus intereses ante un tribunal.

En este sentido, Courtis sostiene que *“la educación clínica ha tenido una fuerte afinidad con una agenda temática de cariz progresista, que incluye, por ejemplo, el acceso a la justicia de los sectores menos favorecidos, los derechos de grupos sociales que sufren discriminación.”*⁴⁷

Asimismo, la Comisión para el futuro de la educación Clínica señala que una de las metas formativas en los programas clínicos debe ser *“Inculcar la obligación de prestar servicio a clientes insolventes y proveer la información acerca de cómo proceder en esa representación, y suministrar el conocimiento existente acerca del impacto del sistema legal en las capas más pobres de la sociedad.”*⁴⁸

1.1.2 La asistencia jurídica como derecho:

El derecho a la asistencia jurídica forma parte de las garantías otorgadas por un debido proceso, así como también se relaciona con la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

En efecto, dada la complejidad del sistema jurídico, una asistencia judicial adecuada se torna en una necesidad para que los titulares de los derechos puedan satisfacer sus pretensiones ante los tribunales de justicia: *“El derecho a la defensa constituye un pilar en la correcta administración de la justicia y es inseparable de la independencia e imparcialidad de los tribunales. A su vez, el derecho de defensa frente a la administración es sólo posible en un estado democrático en que haya separación de los poderes del Estado, mecanismos de responsabilidad para los gobernantes y leyes justas aplicables tanto a éstos*

⁴⁶ Arenas S. Responsabilidad del postulante de la corporación de asistencia judicial ante los patrocinados y ante la institución. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2012.

⁴⁷ Courtis C. La educación clínica como práctica transformadora. 2007. [en línea] <<https://redclinicasjuridicas.ar/wp-content/uploads/2021/11/19-La-ensanza-clinica-como-practica-transformadora.pdf>> [consulta: 22 de Mayo del 2023] Página 17.

⁴⁸ Blázquez D. Apuntes acerca de la educación jurídica Clínica. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, N°3, 2006 Página 46.

*como los gobernados. Sólo un estado con estas características permite la indispensable seguridad jurídica que es la base de toda sociedad sanamente organizada.”*⁴⁹

La asistencia jurídica está compuesta al menos por tres elementos esenciales:

*1° La **asesoría jurídica propiamente tal**, es decir, el mero consejo respecto de una materia o caso.*

*2° La **defensa judicial**, que consiste en el acto de representar a una persona ante los tribunales*

*3° La **colaboración para la realización de otros actos que requieren algún grado o conocimiento jurídico en particular**, como la celebración de un determinado contrato.*

1.2 Las Clínicas Jurídicas

Las Clínicas jurídicas fueron creadas a partir del modelo educativo en estudios jurídicos del profesor Jerome Frank, el cual responde a la necesidad de conexión entre la realidad jurídica y social en la enseñanza universitaria. Para ésto, las escuelas de derecho debían implementar una educación orientada hacia los aspectos prácticos de la abogacía, como ocurría en los casos de las facultades de medicina.

*“En las últimas décadas, sin embargo, especialmente las escuelas de Medicina y de Derecho, han comenzado a dar valor al desarrollo de habilidades, y hoy los estudiantes son entrenados en temas tales como el trato al paciente o cliente, humanidad y empatía, cordialidad, compromiso profesional y otros semejantes. En otras palabras, se comienza a entender que los estudiantes de medicina no sólo requieren cadáveres para aprender, sino seres humanos que a la larga serán sus pacientes, y que los estudiantes de Derecho no sólo requieren problemas abstractos que resolver, sino clientes que entender.”*⁵⁰

En su artículo “*Why Not a Clinical Lawyer-School*” Jerome Frank postula que el objetivo de las clínicas jurídicas es materializar “*el acceso de los estudiantes de derecho de cualquier nivel a la práctica, de manera que, al mismo tiempo que se refuerzan sus enseñanzas teóricas, adquieren las capacidades profesionales necesarias en la práctica litigiosa, de negociación o de técnica legislativa, así como de*

⁴⁹ Ortiz L. Sobre el quehacer del abogado. Chile. Revista del abogado N° 23, 2001.

⁵⁰ Zusman S. Destrezas Legales. El “arte” de entrevistar y aconsejar. 2007. THÈMIS Revista de Derecho; Número 54, Finanzas Corporativas. Página 322.

lobby, todo ello bajo la supervisión de profesores que ejerzan esas tareas junto a su actividad académica.”⁵¹

Con este objeto, desarrolló un método pedagógico que se basa en los aspectos señalados a continuación:

“a) se enfrenta a los estudiantes a problemas y situaciones como la que viven los abogados y juristas en la práctica.

b) se exige a los estudiantes que resuelvan esos problemas, bien desde una interpretación, o bien en casos reales, con clientes reales.

c) se exige a los estudiantes que interactúen con otras personas para identificar y solucionar el problema.

d) los casos elegidos tratan problemas sociales o de interés público, y los clientes que se atienden son personas de escasos recursos económicos, que sólo pueden optar al beneficio de justicia gratuita.

e) El estudiante es sometido a un intenso control y evaluación personal, que comienza por el fomento de la autoevaluación.

f) Fuera de ésta, el control y supervisión se lleva a cabo profesores universitarios, y no por profesionales.”⁵²

A modo de síntesis, la clínica jurídica constituye un modelo innovador de la educación de la abogacía, cuyo enfoque principal es la enseñanza de habilidades prácticas para el ejercicio de la profesión, mediante la conexión del derecho sustantivo y adjetivo con la realidad jurídica vigente.

1.2.1 La Clínica Jurídica de la Universidad de Chile

La clínica jurídica de la Universidad de Chile es una institución que brinda asistencia jurídica gratuita, que forma parte del departamento de Enseñanza Clínica del Derecho y de la red de extensión de la universidad. Según su plataforma virtual, *“Tiene por misión formar a los futuros egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en el conocimiento y aplicación de las destrezas*

⁵¹ Blázquez D. Apuntes acerca de la educación jurídica Clínica. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, N°3, 2006 Página 45.

⁵² Ibid, páginas 44 – 4.

profesionales necesarias para el correcto desempeño de la profesión de abogado desde una perspectiva ética y con un enfoque de servicio a la sociedad.

*A través de su **Clínica Jurídica**, la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile se relaciona de forma estrecha con la comunidad, abriendo sus puertas para que las personas que requieran de asistencia jurídica puedan recibir una atención adecuada por parte de profesores, en trabajo asistido por alumnos y ayudantes del departamento. Así, los **alumnos intervienen en los casos que se les asignan**, debiendo aplicar todo el conocimiento teórico y doctrinario que han adquirido durante los años de estudio, para proponer e implementar soluciones al conflicto que asumen junto a su profesor en materias de diversas especialidades (...) El Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho, durante los periodos académicos, recibe a todas las personas que requieran asesoría jurídica dentro de la competencia de los tribunales civiles, laborales y de familia de Santiago y que califiquen para el beneficio de **asistencia jurídica gratuita**.”⁵³*

1.2.2 El rol de las clínicas jurídicas

A partir de lo anterior, se desprende que esta institución tiene dos objetivos principales: El primero de ellos versa en desempeñar un **rol educativo** hacia los estudiantes, mientras que el segundo corresponde a una **función social**, la cual se manifiesta en la prestación de un servicio por parte de la universidad a la comunidad, especialmente para los sectores menos favorecidos.

1.2.2.1 Rol educativo

Cuando se hace alusión al **rol educativo**, nos referimos al objeto principal de una escuela de derecho, es decir, la formación de abogados: “*La instalación de una clínica y de un curso clínico en una universidad tiene, en primer término, finalidades pedagógicas.*”⁵⁴

⁵³ Facultad de Derecho, Universidad de Chile: Departamento de enseñanza Clínica del Derecho. [en línea] <<https://derecho.uchile.cl/departamento-de-ensenanza-clinica-del-derecho/quienes-somos/presentacion>> [consulta: 22 de Mayo del 2023]

⁵⁴ Courtis C. La educación clínica como práctica transformadora. 2007. [en línea] <<https://redclnicasjuridicas.ar/wp-content/uploads/2021/11/19-La-ensanza-clinica-como-practica-transformadora.pdf>> [consulta: 22 de Mayo del 2023] página 16.

El método clínico destaca dentro del pregrado por la enseñanza de cualidades y destrezas ligadas al ejercicio de la profesión, cuestión que le otorga un carácter eminentemente práctico, y la distingue de otros cursos que cuyo enfoque se radica, primordial o exclusivamente, en materias teóricas o sustantivas.

“Se sostiene que la enseñanza de habilidades profesionales en la universidad pretende “adelantar la experiencia”. Eso es enteramente cierto; los cursos de legal skills son talleres de entrenamiento profesional que, repitiendo el modelo de un conservatorio de música o taller de arquitectura, apuntan al aprendizaje del “arte de ser profesional” y lo hacen a través de métodos no tradicionales, como son las discusiones, simulaciones, ejercicios de redacción o manejo de casos reales”⁵⁵.

Esta cátedra está situada en una etapa avanzada de la carrera, de forma tal que el estudiante ya ha adquirido los conocimientos necesarios para tramitar causas por sí mismo y se encuentra preparado para adquirir habilidades que le permitan darle un uso óptimo, práctico y real a dichos conocimientos. *“Cuando los estudiantes a través de la experiencia se ven a sí mismos como protagonistas de la vida jurídica, aprenden más rápido y con ello acumulan una experiencia más rica que, a su vez, para Bloch, analizan y evalúan con más detalle y responsabilidad, lo que les hace mejorar su capacidad de plantearse y resolver problemas jurídicos. Lo que al mismo tiempo, refuerza la idea de una metodología clínica, porque a la vez que el estudiante adquiere una serie de habilidades profesionales, estudia con mayor interés y mejor rendimiento el Derecho sustantivo”⁵⁶.*

Algunos ejemplos de éstas técnicas consisten en la **preparación de la entrevista** y su desarrollo para obtener información de manera eficiente, el **trato que se debe tener con un cliente, la selección de la información de la relación de los hechos, aprender a negociar**, entre otros que se desarrollarán más adelante.

“Desde el punto de vista de las destrezas a desarrollar, la educación clínica parte de situar al alumno frente a un problema por resolver, semejante a los problemas que deben resolver los abogados en su tarea cotidiana (...) un ejemplo es el de recibir la consulta de un cliente, en un escenario similar al de un despacho jurídico convencional: el estudiante se enfrenta a una narración que proviene de un lego, debe clasificar la información recibida en función de ciertas hipótesis de trabajo iniciales, requerir

⁵⁵ Zusman S. Destrezas Legales. El “arte” de entrevistar y aconsejar. 2007. THĒMIS Revista de Derecho; Número 54, Finanzas Corporativas. Página 322.

⁵⁶ Blázquez D. Apuntes acerca de la educación jurídica Clínica. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, N°3, 2006 Páginas 47-48.

información suplementaria, imaginar cursos de acción posibles de acuerdo con las primeras hipótesis de trabajo imaginadas a partir de sus primeras intuiciones, investigar el derecho invocable y las vías de acción y, habitualmente, descartar alguna de esas primeras hipótesis, efectuar luego una selección más informada de los recursos de acción posibles, evaluar sus pros y sus contras, comunicarlas al cliente, explicar su alcance y riesgo y escuchar la opinión del cliente al respecto. Decantarse, a partir de esta interacción, por un curso de acción, iniciar la redacción del escrito de inicio o contestación de la demanda, etcétera.”⁵⁷

1.2.2.2 La función social de las clínicas jurídicas

“Una cuarta razón impulsa el establecimiento de clínicas jurídicas en la universidad, en este caso, la justificación pasa por una “devolución” hacia la comunidad en la que la universidad está instalada: los alumnos enrolados en una clínica jurídica participan de un servicio que la universidad ofrece a la comunidad, especialmente, a los sectores menos favorecidos de la misma (...) se postula la necesidad de que la universidad ofrezcan por medio de sus alumnos un servicio a la comunidad en la que está inserta, que además de cumplir una tarea socialmente útil, esté vinculada con la especificidad del área de conocimiento enseñada, y sirva para que el alumno aprenda derecho y se enfrente a ámbitos, problemas y grupos sociales con los que no está acostumbrado a tratar. Esto constituirá, además, un factor de legitimación social de la universidad.”⁵⁸

La función social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile se expresa a través de su red de extensión, cuyo propósito es crear y fortalecer la cooperación y articulación institucional mediante la vinculación con el medio: *“La Facultad de Derecho de la Universidad de Chile se propone participar del espacio público como un actor relevante en las transformaciones sociales que requiere el país. En especial, terminar con las inequidades que afectan a los sectores más vulnerables de nuestra sociedad y con toda forma de erradicación, estableciendo una **relación interactiva con el medio**. Busca crear instancias internas y contribuir a la valoración **reflexiva de los procesos políticos y sociales**.*

*El objetivo es **representar fielmente los valores de una universidad estatal, pública y laica**, en los diversos ámbitos del quehacer nacional vinculados a los fenómenos y políticas públicas de carácter*

⁵⁷ Courtis C. La educación clínica como práctica transformadora. 2007. [en línea] <<https://redclinicasjuridicas.ar/wp-content/uploads/2021/11/19-La-ensananza-clinica-como-practica-transformadora.pdf>> [consulta: 22 de Mayo del 2023] Página 12.

⁵⁸ Ibid, páginas 22 – 23.

jurídico. Esto potenciando el respeto a los Derechos Humanos y al Estado de Derecho, en concordancia con el rol histórico de la Facultad en la construcción de la República con el más alto estándar de acompañamiento académico”⁵⁹.

Las clínicas jurídicas conforman una parte de la red de extensión de la universidad, y su función social consiste en ofrecer a la comunidad residente en la ciudad de Santiago que cuente con privilegio de pobreza, las prestaciones de asistencia jurídica gratuita que pueda necesitar.

Lo anterior se encuentra expresado en su respectiva plataforma digital, que señala: *“En coordinación con el Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho, la Facultad realiza regularmente, a través de equipos académicos-estudiantiles, asesorías jurídicas de diversa índole a sectores de la sociedad de manifiesta necesidad. Se trata de una experiencia de servicio y aprendizaje, que aporta tanto a la resolución de problemas concretos a afectados, como a la formación de las y los estudiantes que se enfrentan a situaciones reales, fundamentales para el ejercicio de su profesión.”⁶⁰*

En este sentido, Blázquez sostiene que *“Desde una concreta concepción del método clínico, algunos programas clínicos además de tener cierto componente social, independientemente de éste, realizan una actividad de interés público, al facilitar el acceso a la representación legal en diferentes ámbitos (...) Por otro lado, para las Clínicas que se inclinan por esta concepción activa, o activista, puesto que su objeto es el interés público es necesario perseguir y producir impacto público con sus actividades, y por lo tanto tener muy en cuenta el recurso a los medios de comunicación social.”⁶¹*

1.3 La protección a la paternidad en la Enseñanza Clínica del Derecho

Es posible enmarcar a la protección de la paternidad dentro del contexto de la Enseñanza Clínica del Derecho en razón de que la comunidad de padres que buscan compatibilizar sus distintas responsabilidades se ha visto relegada en razón de la deficiente regulación a la que ha sido sometida esta

⁵⁹ Facultad de Derecho, Universidad de Chile: Departamento de enseñanza Clínica del Derecho. [en línea] <<https://derecho.uchile.cl/departamento-de-ensenanza-clinica-del-derecho/quienes-somos/presentacion>> [consulta: 22 de Mayo del 2023]

⁶⁰ Facultad de Derecho, Universidad de Chile: Extensión. [en línea] <<https://derecho.uchile.cl/extension/areas-de-trabajo/clinica-juridica>> [consulta: 22 de Mayo del 2023]

⁶¹ Blázquez D. Apuntes acerca de la educación jurídica Clínica. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, N°3, 2006. Página 45.

área del derecho, y hacerse cargo de estas dificultades que sufren este tipo de comunidades es una de las formas en que las Clínicas Jurídicas cumplen con su labor social:

“Una segunda razón que, emparentada con la anterior, explica también la inclinación temática de la educación clínica por temas de interés social, tiene que ver con la particular relación que tiene la provisión de servicios jurídicos a clientes por parte de la universidad, con la organización del ejercicio profesional de la abogacía, las clínicas jurídicas han tendido a atender causas de interés público o de interés social”⁶².

En ocasión de una técnica legislativa deficiente, la asesoría a este tipo de patrocinado es compleja, ya que existen múltiples problemas, tanto de interpretación como de aplicación de la ley, de forma tal que ésta última resulta ineficaz para solucionar los problemas que se suscitan a partir del deseo de un padre trabajador de participar activamente en la vida de su hijo o hija.

Ante la falta de certeza en esta materia, y una sociedad que demanda una distribución equitativa en las cargas familiares, la única forma de otorgar respuestas a esta comunidad de padres, es que el abogado lleve a cabo un exhaustivo proceso interpretativo e intelectual, que permita darle sentido y cauce a las disposiciones que regulan ésta área del derecho, invocando el interés superior del niño, la igualdad ante la ley y el principio pro operario.

“Rara vez una disposición legal deja de admitir dos o más lecturas, siendo todas ellas, en principio, lícitas. La elección entre estas alternativas no constituye un hecho baladí, y a nuestro entender, deberá llevarse a cabo tomando en consideración los mejores resultados que arroje una a otra interpretación desde un punto de vista de justicia material. Elegir el significado de la norma más justa al caso implica atender más que al simple texto literal del precepto, a los auténticos valores que encierra, al bien jurídico que se protege a través de la norma. (...) Se trata de criterios que nuestros tribunales de a poco han ido aceptando y que están fuera propiamente de aquellos mencionados por don Andrés Bello, y que se manifiestan en principios como los de proporcionalidad, subsidiariedad, non bis in ídem, el de que nadie está obligado a hacer lo que es imposible, entre otros. Esta labor personalísima llevada a cabo

⁶² Courtis C. La educación clínica como práctica transformadora. 2007. [en línea] <<https://redclnicasjuridicas.ar/wp-content/uploads/2021/11/19-La-ensanza-clinica-como-practica-transformadora.pdf>> [consulta: 22 de Mayo del 2023] página 18.

por el abogado para hacer su aporte al juez con una visión novedosa constituye, quizás, la expresión de mayor jerarquía del quehacer intelectual del abogado.”⁶³

La labor interpretativa de un abogado necesita de un pensamiento crítico y reflexivo, toda vez que requiere compatibilizar el espíritu de la legislación con la interpretación jurídica que mejor sirve a los intereses del patrocinado en un caso particular. Dicho análisis reviste particular importancia para estas causas dado que la ley ofrece pocas soluciones en esta materia. Sin perjuicio de ello, lo anterior puede verse como una oportunidad de fomentar el análisis crítico del estudiante encargado de la causa.

“Jerome Frank establece como mecanismo de perfeccionamiento del sistema jurídico la mejora del sistema de formación de los juristas sobre una base práctica, que permite incidir en la formación del carácter profesional de cada futuro operador jurídico. Porque, para Frank, al fin y al cabo, “Ninguna norma jurídica excluye totalmente la discrecionalidad (...) Por eso en las propuestas finales de su Derecho e incertidumbre propone “reformar la educación jurídica acercándola mucho más a las realidades del tribunal y del bufete, principalmente por medio del uso del método de enseñanza por el aprendizaje.”⁶⁴

1.4 Intervinientes del método clínico

1.4.1 Profesor de la clínica

El profesor de Clínica es el docente encargado de un curso del departamento de la Enseñanza Clínica del derecho, quien deberá desempeñar labores de diversa índole con el propósito de educar a sus alumnos, otorgándoles herramientas y estrategias prácticas para el ejercicio de la profesión, tanto en materias generales como áreas específicas del derecho.

Este pedagogo se distingue del resto del cuerpo docente en que se desenvuelve de una manera más directa y cercana con sus estudiantes. La reducción de dicha asimetría permite una comunicación franca y expedita respecto de las eventuales soluciones y dificultades que presente el patrocinado o el caso en cuestión, para que así el profesor otorgue directrices o sugerencias para el desarrollo óptimo del patrocinio.

⁶³ Ortiz L. Sobre el quehacer del abogado. Chile. Revista del abogado N° 23, 2001.

⁶⁴ Blázquez D. Apuntes acerca de la educación jurídica Clínica. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, N°3, 2006 Página 51.

*“La dinámica del curso clínico gira alrededor del trabajo de los estudiantes, y no de la exposición magistral del profesor. Los alumnos se reportan con el supervisor, dan cuenta del avance de su trabajo y de las dificultades a las que se van enfrentando, y el supervisor revisa su trabajo y hace sugerencias de corrección, o señala sus objeciones, a partir de un diálogo en el que conviene mutuamente acerca de los pasos a seguir.”*⁶⁵

En primera instancia, su rol se caracteriza por ser eminentemente pedagógico. Esto se manifiesta mediante la enseñanza de estrategias como la conducción y manejo de la entrevista con el patrocinado, el trato y límites comunicacionales que deben establecerse con éste, el desarrollo de estrategias para una negociación efectiva con la contraparte, inducción acerca del comportamiento de los tribunales de justicia en la práctica, entre otros.

Para complementar lo anterior, el profesor podrá también reforzar materias propias de otras asignaturas, tanto sustantivas como adjetivas. *“El profesor es el abogado que guía el aprendizaje de los futuros abogados mediante el desarrollo de destrezas prácticas.”*⁶⁶

“La Comisión para el futuro de la educación clínica (Report of the Cinutee in the future of the In-House Clinic, op, cit pp 512-517) establece nueve metas formativas para estos programas, las cuales consisten en:

- a) Desarrollo de modos de organización y análisis para tratar con situaciones desestructuradas*
- b) Proveer instrucción de habilidades profesionales*
- c) Enseñar los medios para aprender la experiencia*
- d) Instruir a los estudiantes en la responsabilidad profesional*
- e) Exponer a los alumnos las demandas y métodos propios del desempeño de un rol.*
- f) Proveer las oportunidades para un aprendizaje colaborativo*
- g) Inculcar la obligación de prestar servicio a clientes insolventes, proveer la información acerca de cómo proceder en esa representación, y suministrar el conocimiento existente acerca del impacto del sistema legal en las capas mas pobres de la sociedad*

⁶⁵ Courtis C. La educación clínica como práctica transformadora. 2007. [en línea] <<https://redclinicasjuridicas.ar/wp-content/uploads/2021/11/19-La-ensanza-clinica-como-practica-transformadora.pdf>> [consulta: 22 de Mayo del 2023] página 15.

⁶⁶ Courtis C. La educación clínica como práctica transformadora. 2007. [en línea] <<https://redclinicasjuridicas.ar/wp-content/uploads/2021/11/19-La-ensanza-clinica-como-practica-transformadora.pdf>> [consulta: 22 de Mayo del 2023] Página 15.

- h) *Proveer la oportunidad de examinar el impacto de la doctrina legal en la vida real y proveer un laboratorio en el que estudiantes y profesores analicen ramas particulares del derecho*
- i) *Desarrollo de una mentalidad crítica con las capacidades y limitaciones de los abogados y del sistema legal*⁶⁷

Para lograrlas, el docente llevará a cabo diferentes tipos de actividades pedagógicas, como clases lectivas, acompañamiento en el desarrollo de causas, simulación de juicios o negociaciones, análisis de material videográfico, visitas a Tribunales de Justicia u otras instituciones ligadas al ejercicio de la profesión, desarrollo de minutas para audiencias de juicios, actualización de bitácoras o carpetas de los casos asignados a los estudiantes, redacción de escritos, entre otro tipo de ejercicios destinados a la adquisición de éstas destrezas, conocimientos y habilidades.

*“La propuesta clínica no se limita al litigio judicial; cualquier actividad práctica realizada por los abogados puede ser objeto de enseñanza clínica, con las necesarias adaptaciones. (...) Dada su orientación práctica, la educación clínica echa a mano de recursos pedagógicos poco tradicionales en las facultades de derecho, como el empleo de videgrabaciones para permitir que los alumnos observen y autoevalúen su desempeño práctico en entrevistas, interrogatorios, alegatos o intervenciones orales, o el de simulaciones o teatralizaciones (dramatizaciones).”*⁶⁸

En segunda instancia, el profesor desempeñará una labor mixta: Será el abogado del patrocinado, y a la vez, el guía de los alumnos en sus casos clínicos.

Como información previa, es de especial importancia que el docente enfatice el rol social y la responsabilidad que asumen los alumnos al diligenciar casos reales, e instruye adecuadamente a los alumnos, antes de la selección del caso, la materia de la cual versa mediante una descripción sucinta del asunto en cuestión, con el objeto de prevenir conflictos de intereses o menoscabos morales y psicológicos que pueda padecer el alumno con ocasión de la tramitación de la causa. *“Deben tenerse en cuenta razones de cantidad, y otras razones de conveniencia, como los temas elegidos o los potenciales conflictos de intereses o de valores que plantee un caso en cuestión*

⁶⁷ Blázquez D. Apuntes acerca de la educación jurídica Clínica. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, N°3, 2006 Página 45-46.

⁶⁸ Courtis C. La educación clínica como práctica transformadora. 2007. [en línea] <<https://redclinicasjuridicas.ar/wp-content/uploads/2021/11/19-La-ensanza-clinica-como-practica-transformadora.pdf>> [consulta: 22 de Mayo del 2023] Página 13 - 14.

Por otra parte, el profesor de clínica deberá otorgar a sus alumnos diversas causas que se encuentran bajo la tutela de la Clínica jurídica, teniendo en consideración sus destrezas e intereses, ya que *“es necesario mostrarle al alumno un panorama amplio al respecto de las áreas y diversas formas en las que se desarrolla profesionalmente la abogacía.”*⁶⁹

Otra de sus obligaciones consiste en el monitoreo del desempeño de sus alumnos durante la tramitación del caso, lo cual se traduce en la revisión del estado de las causas en la oficina judicial virtual, la corrección del contenido y forma de los escritos que los estudiantes presentan, la solicitud de la elaboración de informes que detallen lo obrado, la calificación del trabajo realizado por los estudiantes, etc.

Por último, es menester señalar que el profesor es responsable tanto del trabajo de sus alumnos como del resultado obtenido en el asesoramiento del patrocinado. *“El profesor es profesionalmente responsable de los resultados que produce el curso en relación con los clientes, y es quien finalmente califica a los alumnos.”*⁷⁰

1.4.2 Estudiante de Derecho enrolado en Clínica Jurídica

Es aquel alumno de la carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales que se encuentra cursando el curso de Clínica Jurídica, que durante el transcurso de ésta asignatura, realizará diversas actividades con el objeto de adquirir las destrezas necesarias para la identificación de conflictos de relevancia jurídica, mediante la participación activa en casos reales.

Es de crucial relevancia desarrollar las habilidades de: Búsqueda de eventuales alternativas de solución al conflicto, en conjunto con la planificación y ejecución de decisiones estratégicas, con particular atención en los procedimientos orales.

Además, el curso procura que el alumno se encuentre capacitado para identificar a través de un razonamiento jurídico, las diversas soluciones a casos particulares y pueda desarrollar estrategias jurídicas y teorías del caso, como también que esté facultado para utilizar diferentes destrezas dentro del

⁶⁹ Courtis C. La educación clínica como práctica transformadora. 2007. [en línea] <<https://redclnicasjuridicas.ar/wp-content/uploads/2021/11/19-La-ensanza-clinica-como-practica-transformadora.pdf>> [consulta: 22 de Mayo del 2023] Página 16.

⁷⁰ Courtis C. La educación clínica como práctica transformadora. 2007. [en línea] <<https://redclnicasjuridicas.ar/wp-content/uploads/2021/11/19-La-ensanza-clinica-como-practica-transformadora.pdf>> [consulta: 22 de Mayo del 2023] Página 15.

procedimiento, tales como el trato debido con un cliente o patrocinado, técnicas de redacción y escrituración o técnicas de expresión oral.

Para ésto, el estudiante aprenderá a crear una relación profesional adecuada y formal con el cliente o el patrocinado en conjunto con los demás intervinientes del proceso, tales como el juez, los funcionarios auxiliares de la administración de la justicia, etc, y se profundizará sus conocimientos respecto a la estructuración, funcionamiento y organización del Poder Judicial.

Como correlato de lo expuesto, el alumno también deberá adquirir herramientas que se relacionen con la entrevista del cliente o patrocinado, en conjunto con el criterio para elaborar preguntas pertinentes a los testigos y peritos respectivos al caso.

Este a su vez adquirirá la capacidad para incorporar los conocimientos teóricos obtenidos durante el transcurso del pregrado, con el propósito de aplicarlos en la solución tanto de casos reales como simulados, tomando siempre en consideración los intereses que persiga el cliente o patrocinado mediante el patrocinio.

Por último, se obtendrá el conocimiento necesario para la realización de una investigación óptima y eficaz para encontrar soluciones al caso presentado, tomando en consideración la disponibilidad de tiempo para otorgarlas, utilizando como fundamento la mayor cantidad posible de fuentes legales disponibles (doctrina, jurisprudencia, ley, resoluciones administrativas, tratados internacionales, etc).

Para lograr todo lo expuesto, es indispensable involucrar directamente a los alumnos en las causas que se les encargan, y es por ello que se les otorga a estos estos la calidad de mandatarios judiciales de los respectivos patrocinados exclusivamente durante el período en que estén cursando la asignatura. *“Los alumnos enrolados en una clínica jurídica participan de un servicio que la universidad ofrece a la comunidad, especialmente, a los sectores menos favorecidos de la misma.”*⁷¹

1.4.3 Equipo de ayudantes

Son colaboradores del Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho, compuesto por ayudantes estudiantes.

⁷¹ Courtis C. La educación clínica como práctica transformadora. 2007. [en línea] <<https://redclinicasjuridicas.ar/wp-content/uploads/2021/11/19-La-ensanza-clinica-como-practica-transformadora.pdf>> [consulta: 22 de Mayo del 2023] Página 22.

Según el Artículo 1º del Instructivo sobre ayudantes estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (2016), *“Se entiende por ayudante estudiante el estudiante de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile que posea la calidad de alumno o alumno regular, egresado o egresada, licenciado o licenciada, que desarrolla funciones, en carácter ad honorem de asistencia académica a una unidad académica de la Facultad de Derecho (...) Tales como Departamentos, Centros de investigación o Institutos, bajo la dependencia y supervisión de un académico responsable, así como de las directrices generales dictadas por el(la) Director(a) de la respectiva unidad. En su calidad de tal, el o la estudiante asume la responsabilidad que sus funciones le requieran. El o la ayudante estudiante se integra al proceso de aprendizaje ligado necesariamente a la supervisión de un académico responsable, quien desempeñará un rol de tutor. En razón de lo anterior, el académico responsable entregará al ayudante estudiante herramientas útiles para un mejor desenvolvimiento y proyección en el ámbito académico y representa el interés de la unidad académica por involucrar activamente a estudiantes egresados y licenciados en el desarrollo de las actividades que le son propias. Supone un desarrollo progresivo de sus aptitudes, asumiendo responsabilidades y funciones según lo considere el académico responsable, para prepararlo e incentivarlo en la labor académica hacia nuevas generaciones, lo que constituye una manifestación concreta del rol de la Universidad en la generación, transmisión y socialización del conocimiento.”*

En el artículo 2º del Instructivo ya mencionado, se señala que *“la función principal del ayudante estudiante es asistir al académico responsable en el desarrollo de labores auxiliares al desempeño académico, entre otras”*.

En el caso particular del ayudante del departamento de la Enseñanza Clínica del Derecho, destacan entre sus funciones la realización de clases lectivas, asistencia en evaluaciones, desarrollo y planificación de actividades pedagógicas, monitoreo de las causas de la Clínica Jurídica, entre otras que sirvan de apoyo al docente a cargo.

1.4.4 Cliente o patrocinado

Según lo estipulado en el artículo 15 del Código de ética Profesional (2011) *“(…) Se entiende por cliente la persona natural o jurídica que ha establecido una relación profesional con un abogado para la prestación de servicios profesionales. Son servicios profesionales del abogado el consejo y la asesoría jurídica, así como la representación y patrocinio, y en general, el resguardo de los intereses del cliente.”*

Respecto a las actividades pro bono, este cuerpo normativo señala en el artículo 44 que “*Es responsabilidad del abogado, en la medida de sus posibilidades, prestar servicios gratuitos en favor de la comunidad y asistir a quienes no pueden hacerse de asistencia letrada por sus medios. Se entiende que pueden ser ofrecidas y ejecutadas pro bono las siguientes actividades:*

- a) *La prestación de servicios profesionales a personas de escasos recursos;*
- b) *La prestación de servicios profesionales a organizaciones sin fines de lucro;*
- c) *La participación en actividades que persigan mejorar el sistema jurídico vigente, incluyendo la profesión”.*

En cuanto al patrocinio, Cristian Maturana agrega que “*El patrocinio es un contrato solemne por el cual las partes o interesados en un asunto, encomiendan a un abogado la defensa de sus pretensiones ante los tribunales de justicia. Es un mandato: hay un vínculo y un encargo, cuyo objeto es la defensa de los intereses.*”⁷²

El patrocinio puede constituirse a partir de las siguientes formas:

1. En la forma consagrada por el artículo 1º de la ley 18.120, es decir, cuando en la primera presentación de cada parte o interesado en asuntos contenciosos o no contenciosos, “*el abogado ponga su firma, indicando además su nombre, apellidos y domicilio*”.
2. Según lo estipulado en el artículo 7º de la Ley 2.886 del 2015, esto es mediante firma electrónica avanzada.
3. Por último, podrá constituirse patrocinio en la forma señalada en el artículo 48 del Auto Acordado Número 71 del año 2016 de la Excelentísima Corte Suprema; el cual faculta la constitución del patrocinio el día la audiencia y ante el juez que la dirija, cuando el patrocinio y poder no se hayan constituido o autorizado antes del día anterior de la audiencia.

De esta forma, es posible definir al patrocinado como aquella persona que haya encomendado la representación de sus intereses en actuaciones o procesos judiciales a un abogado, mediante la constitución del patrocinio en la forma señalada por ley.

Como ya se expuso previamente, la Clínica Jurídica de la Universidad de Chile brinda asesoría jurídica gratuita a la comunidad de la ciudad de Santiago que cuente con privilegio de pobreza, y si bien, el

⁷² Maturana C. “Los actos jurídicos procesales, la comparecencia en juicio, de la formación del proceso, los plazos, las actuaciones judiciales, las notificaciones y las resoluciones judiciales” Santiago, 2018. Página 32.

Código de ética profesional al definir cliente no hace distinción alguna entre los asesorados que pagan honorarios y aquellos que son pro bono, estimamos que no corresponde hablar de cliente para referirse a éstos últimos, ya que ésta expresión tiene una connotación que sugiere un interés pecuniario, cuestión que no ocurre en el contexto de la enseñanza clínica del derecho, ya que ni la institución ni sus intervinientes perciben algún tipo de beneficio de esta índole por parte de los patrocinados o asesorados.

Si bien es cierto que la acepción técnicamente correcta de patrocinado dice relación exclusivamente con las personas que hayan encomendado la estrategia jurídica y representación de sus intereses en juicio a un abogado reuniendo los requisitos señalados por la ley, en la realidad práctica de la Enseñanza Clínica del Derecho de la Universidad de Chile, se les denomina a todos los asesorados de la clínica patrocinados, incluso si no se ha constituido patrocinio o sólo se trate de un mero consejo o gestiones extrajudiciales, de forma tal que se utilizará esta expresión, a lo largo del presente trabajo, en dicho sentido.

1.4.5 Abogado patrocinante

Según el Poder Judicial, el *“Abogado patrocinante es aquel que está a cargo de un caso y que recibe un mandato de confianza para asumir la estrategia jurídica. El abogado patrocinante es el encargado de gestionar un proceso judicial representando a un cliente. Jurídicamente, es llamado un mandato de patrocinio, es decir, un contrato solemne donde una persona le encomienda al abogado la estrategia de defensa ante los tribunales de justicia, además de su representación. Para ejercer como abogado patrocinante es necesario ser abogado habilitado para el ejercicio de la profesión y en la primera presentación ante el tribunal éste debe entregar su firma, nombre, apellidos y domicilio.”*⁷³

El Artículo 3° del D.L 3.637 agrega que *““(…) sólo puede ser patrocinante un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, es decir, una persona natural que posea el título de abogado y que haya pagado la patente municipal respectiva.”*

Dentro del contexto de la enseñanza Clínica del derecho, por regla general, la calidad de abogado patrocinante la ostenta el profesor de la Clínica Jurídica que tiene a cargo el caso en cuestión. No obstante, excepcionalmente dicho rol puede también ser delegado a otros abogados profesores del Departamento de Enseñanza Clínica.

⁷³ Poder Judicial, Cápsula educativa, qué es un abogado patrocinante. [video en línea] Santiago, 2018. <https://www.poderjudicialtv.cl/programas/capsulas-educativas/noticiero-judicial-capsula-educativa-que-es-un-abogado-patrocinante/> [Consulta: 22 de Mayo]]

1.4.6 Apoderados o mandatarios judiciales

Maturana define al mandato judicial como *“un contrato solamente por el cual una persona otorga a otra facultad suficiente para que la represente en los tribunales de justicia. Este concepto está insinuado también por el artículo 528 del Código Orgánico de Tribunales, al decir que este mandato se rige por el Código Civil, con las modificaciones introducidas por el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Civil, pero éste mandato judicial es solamente otorgado para actuar ante los tribunales de justicia y no para usarse en otros efectos.”*⁷⁴

Según lo establecido en el artículo 2º de la ley 18.120, pueden ser mandatarios judiciales: 1) Abogados habilitados para el ejercicio de la profesión; 2) procuradores del número; 3) Personas que designen las corporaciones de Asistencia Judicial (egresados de la Escuela de Derecho que se encuentren haciendo su práctica, sin importar el tiempo de egreso); 4) ***Estudiantes actualmente inscritos en 3º, 4º o 5º año de las Escuelas de Derecho de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de algunas de las Universidades autorizadas (debe entenderse acomodado al régimen curricular)***; y 5) Egresados de las Facultades de Derecho que hubieren cursado 5º año y hasta 3 años después de haber rendido los exámenes correspondientes (Entendido según el régimen de estudios vigentes).

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, los alumnos que se encuentren cursando Clínica Jurídica en la Universidad de Chile podrán ser mandatarios judiciales, ya que la asignatura de Clínica Jurídica se encuentra disponible una vez que el estudiante haya aprobado Derecho Civil III y IV, Derecho del Trabajo I y Derecho Procesal III, cuestión que ocurre aproximadamente a partir del 3º año.

Para estos efectos, el Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho otorgará ius postulandi a cada estudiante que se encuentre cursando Clínica Jurídica.

Maturana define al Ius postulandi o postulación procesal como *“la capacidad para pedir en juicio. Esta es otorgada únicamente a ciertas personas, a quienes el legislador por sus conocimientos les ha reconocido la facultad de actuar por sí o en representación de otros ante los tribunales, asumiendo la defensa y representación dentro de un proceso.”*⁷⁵

⁷⁴ C. Maturana “Los actos jurídicos procesales, la comparecencia en juicio, de la formación del proceso, los plazos, las actuaciones judiciales, las notificaciones y las resoluciones judiciales.” Santiago, 2018. Página 32.

⁷⁵ Maturana C. “Los actos jurídicos procesales, la comparecencia en juicio, de la formación del proceso, los plazos, las actuaciones judiciales, las notificaciones y las resoluciones judiciales” Santiago, 2018. Página 26

Según la Universidad Austral de Chile “*El Ius Postulandi es la facultad de comparecer en juicio ante los Tribunales de Justicia en representación de terceros, permitiendo a las y los estudiantes de derecho desempeñarse como procuradores bajo el patrocinio de un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión*”⁷⁶.

2. Estructura de la asesoría jurídica

Si bien la estructura de cada asesoría jurídica depende del caso particular que se trate, podemos establecer - a modo general - las etapas que comúnmente la integran.

En la mayor parte de los casos, la asesoría jurídica comienza con la **entrevista**, la cual corresponde a la instancia en la que el cliente le relata al abogado los hechos que lo motivan a buscar consejo legal.

Posteriormente se encuentra el **análisis del caso**, etapa en la que el abogado calificará jurídicamente los hechos comunicados por su cliente y evaluará las distintas alternativas jurídicas que existen para satisfacer los intereses del patrocinado. El análisis puede acaecer durante la misma entrevista o en un momento posterior a ésta cuando el caso es complejo.

La **aceptación del encargo** es aquel momento en que el abogado otorga su consentimiento expreso o tácito al cliente para prestar servicios profesionales.

El **inicio de la relación profesional** según el Código de Ética de Abogados, ocurre “*cuando una persona natural o jurídica manifiesta a un abogado su intención seria de que ese abogado le proporcione servicios profesionales, y el abogado consciente expresa o tácitamente en prestar sus servicios.*”

Una vez trabada la relación profesional, procederá el abogado a dar **consejo** a su cliente.

En aquellos casos que ameriten representación judicial, se llevará a cabo **constitución del patrocinio y poder**, según las formas estipuladas por ley.

Para concluir, el abogado hará la **comunicación del resultado del juicio o encargo solicitado** al cliente.

2.1 Entrevista

⁷⁶ Universidad Austral de Chile, Diario UACH, Estudiantes de derecho recibieron certificación ius postulandi. [en línea] <<https://diario.uach.cl/estudiantes-de-derecho-recipientes-certificacion-ius-postulandi-2/#:~:text=El%20Ius%20Postulandi%20es%20la,el%20ejercicio%20de%20la%20profesi%C3%B3n>> 2022, Valdivia. [consulta: 22 de Mayo del 2023]

“Cada vez que un abogado entrevista a uno de sus clientes se da cuenta que su conocimiento jurídico no es suficiente: los buenos tratos, el ambiente de diálogo, las actitudes personales, las preguntas bien formuladas, las pausas en la comunicación, y hasta la postura del cuerpo y los desniveles en la voz son habilidades que pocas veces se enseñan (y se aprenden) con la misma importancia que el saber jurídico. Desarrollar estas habilidades puede ser la diferencia entre dos abogados.”⁷⁷

A modo general, la entrevista puede definirse como *“una técnica de gran utilidad en la investigación cualitativa para recabar datos; se define como una conversación que se propone un fin determinado distinto al simple hecho de conversar”*. Es un instrumento técnico que adopta la forma de un diálogo coloquial.

Canales por su parte, agrega que *“la comunicación interpersonal establecida entre el investigador y el sujeto de estudio, a fin de obtener respuestas verbales a las interrogantes planteadas sobre el problema propuesto”*. Heinemann propone para complementarla, el uso de otro tipo de estímulos, por ejemplo, visuales, para obtener información útil para resolver la pregunta central de la investigación.⁷⁸

Por último, las profesoras Lorca y González, estipulan que la entrevista propiamente tal, se trata de una *“forma de comunicación a través de la cual se entregan y reciben información tanto de entrevistador como entrevistado y, por tanto interesa a ambos.”⁷⁹*

Las definiciones anteriormente expuestas hacen principalmente alusión a la entrevista como acto comunicacional, sin embargo es importante hacer presente que en el presente trabajo se desarrollará esta técnica a partir del ejercicio de la abogacía, es decir, la entrevista del abogado.

“La entrevista es un proceso comunicacional multidireccional, en el que el abogado debe utilizar sus recursos y técnicas para crear un clima adecuado al establecimiento de una comunicación fluida y franca y abierta con su cliente, que le permita obtener de él toda la información que posee, y generar una actitud de colaboración hacia el trabajo profesional que el abogado va a actuar en defensa de sus intereses. Asimismo, permite al profesional dar a conocer al cliente los límites y cargas inherentes al

⁷⁷ Zusman S. Destrezas Legales. El “arte” de entrevistar y aconsejar. 2007. THĒMIS Revista de Derecho; Número 54, Finanzas Corporativas. Página 321.

⁷⁸ L.Díaz, U. Torruco, M.Martínez, M. Varela. La entrevista, recurso flexible y dinámico. Departamento de Investigación en Educación Médica, Facultad de Medicina, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F, México (2013).

⁷⁹ L. Lorca, González M. Separata sobre técnica de la entrevista. [en línea] Departamento Enseñanza Clínica del Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 2019. <<https://www.studocu.com/cl/document/universidad-arturo-prat/teoria-general-del-derecho-procesal/separata-tecnica-de-la-entrevista-material-apoyo-y-lectura/36672948>> [Consulta: 22 de Mayo del 2023]. Página 1.

rol que cada uno asumirá con ocasión de la relación abogado - cliente; las estrategias de defensa, los costos y tiempo que demandará el litigio, los derechos y obligaciones involucrados; la posibilidad de solucionar el conflicto por medios alternativos de resolución, tales como la mediación, la negociación, etc., entre otros muchos aspectos.”⁸⁰

Esta instancia comunicacional es generalmente el primer momento donde se tiene contacto directo con el patrocinado. Este último le proporciona al abogado la mayor cantidad de información y antecedentes del caso en cuestión, como también los intereses que éste persigue a través de la relación profesional.

Por último, tanto el abogado como el patrocinado se darán a conocer y formarán sus primeras impresiones, lo que es sumamente relevante para la formación de un vínculo de confianza y colaboración mutua.

“La primera entrevista con el cliente es un momento muy importante en el manejo de un caso, porque es ahí donde se produce la primera impresión, que por general, persuadirá al cliente a contratar o no al abogado (y al abogado a aceptar o no el caso).”⁸¹

2.1.1 Metas de la entrevista

Tanto Zusman como las profesoras Lorca y González están contestes de que *“las dos principales finalidades de la primera entrevista son: (i) adquirir la mayor cantidad de información posible y (ii) comenzar a construir una relación con el cliente basada en la confianza”⁸²*. Sin embargo, estas últimas agregan una última meta: la educación al cliente. *“Como hemos señalado, la tercera meta que toda entrevista debe considerar es aquella que dice relación con educar al cliente entendiendo por educar el poner en su conocimiento las diversas alternativas de solución al problema; los costos y beneficios que cada una de ellas tiene con el fin de permitirle más libremente, y con pleno conocimiento de las*

⁸⁰ L. Lorca, González M. Separata sobre técnica de la entrevista. [en línea] Departamento Enseñanza Clínica del Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 2019. <<https://www.studocu.com/cl/document/universidad-arturo-prat/teoria-general-del-derecho-procesal/separata-tecnica-de-la-entrevista-material-apoyo-y-lectura/36672948>> [Consulta: 22 de Mayo del 2023]. Página 2.

⁸¹ Zusman S. Destrezas Legales. El “arte” de entrevistar y aconsejar. 2007. THÈMIS Revista de Derecho; Número 54, Finanzas Corporativas. Página 322.

⁸² Zusman S. Destrezas Legales. El “arte” de entrevistar y aconsejar. 2007. THÈMIS Revista de Derecho; Número 54, Finanzas Corporativas. Página 323.

alternativas a tomar, adoptar la decisión definitiva respecto de cómo enfrentará el conflicto que tiene presente.”⁸³

2.1.2 Etapas de la entrevista

Al tratarse de un acto comunicacional multidireccional, la entrevista posee diversas etapas, las cuales serán expuestas en los siguientes apartados:

2.1.2.1 Preparación de la entrevista

Consiste en la recopilación de información acerca del cliente y la normativa aplicable al caso o motivo que suscita al cliente a buscar asesoría legal. Esto servirá para que el abogado posea un mejor manejo de la entrevista, optimizar el tiempo y otorgar al cliente sensación de competencia profesional. A su vez, le permitirá determinar de antemano si existe algún conflicto de interés u objeción de conciencia.

“Se recomienda preparar la entrevista a efectos de contar con un conocimiento general del problema que será materia de la consulta profesional; el marco regulatorio aplicable a él y, de ser ello posible, recabar algunos antecedentes acerca del cliente, su personalidad, antecedentes del núcleo social al que pertenece, etc. Lo anterior permitirá al abogado encontrarse mejor preparado y dar una sensación de seguridad y competencia profesional.”⁸⁴

“El abogado debe también saber quién es el cliente. ¿Se trata de un cliente del estudio de abogados o es su primera consulta? Y, antes de la entrevista, debe hacerse definido si existe conflicto de interés u otro tipo de objeción que haga recomendable rechazar el asunto de plano (enemistades con socios del estudio o caso no compatible con la especialidad o la política del estudio) (...) El abogado debe conocer la normativa aplicable al caso y/o la problemática del tema, aunque no es necesario que sea a un gran nivel de profundidad o de detalle. Debe, por lo menos poder entender de qué está hablando su cliente, y

⁸³ L. Lorca, González M. Separata sobre técnica de la entrevista. [en línea] Departamento Enseñanza Clínica del Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 2019. <<https://www.studocu.com/cl/document/universidad-arturo-prat/teoria-general-del-derecho-procesal/separata-tecnica-de-la-entrevista-material-apoyo-y-lectura/36672948>> [Consulta: 22 de Mayo del 2023]. Página 22.

⁸⁴ L. Lorca, González M. Separata sobre técnica de la entrevista. [en línea] Departamento Enseñanza Clínica del Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 2019. <<https://www.studocu.com/cl/document/universidad-arturo-prat/teoria-general-del-derecho-procesal/separata-tecnica-de-la-entrevista-material-apoyo-y-lectura/36672948>> [Consulta: 22 de Mayo del 2023]. Página 3.

entender el significado del caso y sus posibles implicancias, lo cual requiere un cierto grado de preparación previa.”⁸⁵

La preparación de la entrevista es una instancia eventual, ya que no siempre será posible que el abogado disponga de los recursos que le permitan anticipar la entrevista, como por ejemplo, el tiempo. Sin embargo, se sugiere preparar la entrevista cuando sea posible.

2.1.2.2 La bienvenida

En el contexto de la Enseñanza Clínica del Derecho, esta oportunidad corresponde a aquel momento donde, los integrantes de la clínica, reciben al patrocinado en las dependencias físicas que la Universidad destina para las funciones de la Clínica jurídica. Se recomienda estar correctamente vestido, conocer el nombre del patrocinado, salir a recibir a éste último, y presentarse.

“La bienvenida está directamente relacionada con la creación de una relación de confianza con el cliente. Parece un momento poco relevante, pero es una parte crítica de la entrevista, porque es el momento en el que el cliente se formará la primera impresión - a veces inmodificable - del abogado. (...) Este momento implica, esencialmente, el manejo de modales relacionados con la afabilidad.”⁸⁶

2.1.2.3 Adquisición de información

Posterior a la bienvenida sigue la etapa de la adquisición de información. En esta oportunidad, el abogado desempeñará distintas técnicas que le permitan recabar la mayor cantidad de antecedentes relevantes para resolver el caso del cliente, manteniendo siempre una actitud empática y comprensiva hacia éste último. Esta etapa concluye con la averiguación de los intereses del patrocinado, es decir, lo que se persigue mediante la asesoría jurídica o qué calificaría, según él o ella, como el resultado ideal del caso.

Respecto a los antecedentes relevantes, hacemos alusión a cuestiones que van más allá de la recopilación de los datos personales del cliente. El énfasis en esta instancia está puesto en la obtención de los aspectos fácticos del caso.

Es menester tener siempre presente, que es el cliente, desde su perspectiva, quien nos está reproduciendo lo ocurrido, de forma tal que el relato será siempre subjetivo y afecto a diversos factores, como las

⁸⁵ Zusman S. Destrezas Legales. El “arte” de entrevistar y aconsejar. 2007. THÈMIS Revista de Derecho; Número 54, Finanzas Corporativas. Página 324.

⁸⁶ Zusman S. Destrezas Legales. El “arte” de entrevistar y aconsejar. 2007. THÈMIS Revista de Derecho; Número 54, Finanzas Corporativas. Página 326.

emociones e imprecisiones de memoria, entre otros. Con esto en consideración, el abogado debe intentar acercarse a la a verdad de los hechos, ya que sólo de esta forma será posible otorgar una defensa efectiva de los intereses del cliente.

“Se dice que el abogado debe alcanzar la verdad de los hechos; que esta verdad le debe ser proporcionada por su cliente y que, de la verdad obtenida debe desarrollar una estrategia para enfrentar el caso (...) Aquí surge el primer problema a tener presente en la entrevista. La verdad es que el fenómeno de la percepción de los hechos es complejo y subjetivo, y dificulta más aún que este proceso de traspaso de la información a un tercero.”⁸⁷

2.1.2.3.1 Técnica de recopilación de información: la pregunta

En el caso de la entrevista, la herramienta más importante para recabar los antecedentes de hecho consiste en la pregunta. Esta puede definirse como un *“Enunciado interrogativo que se emite con la intención de conocer algo u obtener alguna información.”*

Existen diversas clasificaciones de preguntas, sin embargo en este trabajo nos abocaremos principalmente a cuatro tipos: las preguntas abiertas, cerradas, circulares y de filing.

Las **preguntas abiertas** *“son aquellas que permiten dar respuestas elaboradas (...) comienzan con frases como: Qué? Cómo?, Cuándo?, Cuánto?, Porque?”⁸⁸* Este tipo de interrogantes facilitan la adquisición de una vasta cantidad de información, ya que le otorgan al patrocinado libertad para responder como le parezca.

Sin embargo, al permitir al cliente extenderse, éste nos puede proporcionar información accidental que no tiene relevancia alguna para el caso, debiendo reconducir al patrocinado con otra pregunta, interrumpiéndolo. En adición a lo expuesto, el exceso de preguntas abiertas puede confundir al patrocinado, ya que puede no comprender el propósito de dichas preguntas.

⁸⁷ L. Lorca, González M. Separata sobre técnica de la entrevista. [en línea] Departamento Enseñanza Clínica del Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 2019. <<https://www.studocu.com/cl/document/universidad-arturo-prat/teoria-general-del-derecho-procesal/separata-tecnica-de-la-entrevista-material-apoyo-y-lectura/36672948>> [Consulta: 22 de Mayo del 2023]. Página 12.

⁸⁸ L. Lorca, González M. Separata sobre técnica de la entrevista. [en línea] Departamento Enseñanza Clínica del Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 2019. <<https://www.studocu.com/cl/document/universidad-arturo-prat/teoria-general-del-derecho-procesal/separata-tecnica-de-la-entrevista-material-apoyo-y-lectura/36672948>> [Consulta: 22 de Mayo del 2023]. Página 5.

*“Las preguntas (en todo momento) abiertas, pueden llevar al cliente a no responder porque no es capaz de entender qué busca el abogado con esa pregunta.”*⁸⁹

Por otra parte, **las preguntas cerradas** *“Permiten responder con un sí o un no. Instan a dar una respuesta de afirmación o negación frente a una hipótesis determinada.”*⁹⁰ De esta forma, permiten al abogado precisar hechos o cuestiones puntuales del relato otorgado por el cliente.

Estas poseen como contrapartida que, al ser muy acotado el rango de respuestas, pueden ser percibidas por el cliente como inhibitorias. *“Las preguntas (en todo momento) cerradas pueden ser estrechas y parciales y, por tanto, inhibitorias.”*⁹¹ A su vez, las profesoras Lorca y González agregan que se *“desestimula la entrega abierta de información o la explicación de una afirmación anterior (...) En una primera fase de la entrevista es conveniente restringir, sino evitar el uso de preguntas cerradas o específicas, pues su entrevistado puede sentirse limitado o interrumpido en su proceso de pensamiento, omitiendo relatar hechos que pueden ser de importancia para el trabajo con el caso.”*⁹²

Según Lorca y González, son **preguntas circulares** las que *“permiten hacer más visibles las relaciones de tiempo, lugar y personas (...) ayudan a que las personas puedan reflexionar acerca de su propia percepción, permitiéndoles ver las cosas desde otro lugar, desde otro tiempo o desde la perspectiva de la contraparte, de un tercero (jueces, peritos, etc), o de otros sujetos involucrados en el conflicto.”*⁹³ Su principal función consiste en que inducen al cliente a reflexionar acerca del problema, permitiéndole tener una percepción más objetiva de los hechos. En adición a lo expuesto, permiten al abogado anticipar en cierto grado las actitudes de la contraparte, lo que eventualmente puede servir para plantear una negociación, transacción, conciliación u otro método alternativo de solución de controversias.

⁸⁹ Zusman S. Destrezas Legales. El “arte” de entrevistar y aconsejar. 2007. THĒMIS Revista de Derecho; Número 54, Finanzas Corporativas Página 327

⁹⁰ L. Lorca, González M. Separata sobre técnica de la entrevista. [en línea] Departamento Enseñanza Clínica del Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 2019. <<https://www.studocu.com/cl/document/universidad-arturo-prat/teoria-general-del-derecho-procesal/separata-tecnica-de-la-entrevista-material-apoyo-y-lectura/36672948>> [Consulta: 22 de Mayo del 2023]. Página 6.

⁹¹ Zusman S. Destrezas Legales. El “arte” de entrevistar y aconsejar. 2007. THĒMIS Revista de Derecho; Número 54, Finanzas Corporativas. Página 327.

⁹² L. Lorca, González M. Separata sobre técnica de la entrevista. [en línea] Departamento Enseñanza Clínica del Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 2019. <<https://www.studocu.com/cl/document/universidad-arturo-prat/teoria-general-del-derecho-procesal/separata-tecnica-de-la-entrevista-material-apoyo-y-lectura/36672948>> [Consulta: 22 de Mayo del 2023]. Páginas 7-8.

⁹³ Ibid, Páginas 6-7.

Por último, las *preguntas de filing* son aquellas que permiten recabar los datos personales del cliente, como su nombre completo, RUT, domicilio, profesión, teléfono de contacto, correo electrónico, etc. Estas resultan esenciales para la realización de cualquier gestión, ya que constituyen la identificación o individualización del patrocinado.

A prima facie, ningún tipo de pregunta es superior al otro, sino que su idoneidad depende de un factor circunstancial. El criterio para utilizar una especie en particular de pregunta debe basarse en la información específica que desee obtener el abogado en un punto determinado de la entrevista y que además permita al cliente expresarse de la mejor forma posible.

Para concluir, Zusman sugiere que *“lo aconsejable es, sin embargo, iniciar la entrevista con una pregunta abierta dando la indicación al cliente que el abogado tiene toda la intención de escuchar e ir abriendo poco a poco “canales de información” que se van angostando con preguntas cerradas, a medida que la conversación avanza.”*⁹⁴

2.1.2.3.1.1 ¿Qué preguntar?

Si bien las preguntas que han de realizarse para el acopio exitoso de información varían caso a caso, existen dos interrogantes cruciales que es menester plantear en toda entrevista profesional, las cuales se desarrollan a continuación:

2.1.2.3.1.2 Primera pregunta: El relato

Como expone la profesora Zusman, la entrevista profesional *“Se inicia, necesariamente, con la invitación del abogado al cliente a que exponga el motivo de su visita.”*⁹⁵ Por tanto, la primera pregunta que debe hacer el abogado al entrevistado dice relación con las razones por las cuales éste último busca asesoría legal. Así, el patrocinado procederá a relatar en sus propios términos lo ocurrido. *“Lo ideal es permitir al entrevistado que “cuente su historia” libremente y con la menor cantidad de interrupciones posibles.”*⁹⁶.

⁹⁴ Zusman S. Destrezas Legales. El “arte” de entrevistar y aconsejar. 2007. THÉMIS Revista de Derecho; Número 54, Finanzas Corporativas. Página 327.

⁹⁵ Ibid, página 326.

⁹⁶ L. Lorca, González M. Separata sobre técnica de la entrevista. [en línea] Departamento Enseñanza Clínica del Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 2019. <<https://www.studocu.com/cl/document/universidad-arturo-prat/teoria-general-del-derecho-procesal/separata-tecnica-de-la-entrevista-material-apoyo-y-lectura/36672948>> [Consulta: 22 de Mayo del 2023. Página 8.

Concluida la relación de los hechos por parte del patrocinado, pasará el abogado a indagar acerca de aquellos elementos del relato que le parezcan contradictorios o imprecisos.

*“Terminada la etapa de la exposición del caso por el cliente, viene la etapa del interrogatorio. (...) Es la oportunidad de hacer las precisiones y aclaraciones necesarias para terminar de entender el problema. (...) Las primeras preguntas deben apuntar, entonces a obtener aclaraciones o precisiones sobre vacíos o ambigüedades.”*⁹⁷

2.1.2.3.1.3 Segunda pregunta: Los intereses

Una vez teniendo claros los antecedentes de hecho, es menester que el abogado pregunte acerca de los intereses del cliente. Esto significa qué es lo que el patrocinado busca obtener mediante la asesoría legal o qué es lo que considera como un resultado exitoso del caso.

*“Luego de esta labor orientadora y relativamente pasiva del abogado, el clima cambia de manera brusca cuando es menester preguntarle al cliente algo que resulta trascendental en toda relación profesional futura que generará el caso entregado: ¿Qué quiere usted? ¿Qué querría usted lograr a través de mi intervención profesional? Esta pregunta es muy relevante, porque la respuesta en que el cliente precisa con mayor o menor claridad su propósito, permite calificar prácticamente lo que se pide y además determinar con toda exactitud lo que el cliente califica como resultado exitoso para sus intereses.”*⁹⁸

Conocer los intereses del patrocinado es un requisito esencial para brindar asesoría jurídica, ya que faculta al abogado desarrollar las estrategias más idóneas para obtener el resultado deseado por el cliente.

“El trabajo profesional toma como punto de partida un elemento muy concreto: las metas del cliente (...) Eso implica para el abogado abandonar la neutralidad y tomar, necesariamente, partido con el interés del cliente. Ocurre, sin embargo, en muchos casos que los clientes no tienen claro qué buscan (...) En esas situaciones, el abogado debe ayudar al cliente a encontrar sus propias metas (¡no las del abogado!), porque sólo conociéndolas, podrá entender el caso y diseñar la estrategia que corresponda.

⁹⁷Zusman S. Destrezas Legales. El “arte” de entrevistar y aconsejar. 2007. THĒMIS Revista de Derecho; Número 54, Finanzas Corporativas. Página 328.

⁹⁸ Ortiz L. Sobre el quehacer del abogado. Chile. Revista del abogado N° 23, 2001.

Y, para eso, hay preguntas abiertas que pueden ayudar: ¿qué quisiera usted obtener en este caso? o ¿cómo le gustaría que termine este asunto?”⁹⁹

2.1.2.3.2 Factores a considerar durante la etapa de adquisición de información

2.1.2.3.2.1 La importancia de la escucha

Durante la entrevista, el abogado emplea un tipo particular de escucha, denominada escucha profesional. Esta se caracteriza por requerir un alto nivel de concentración, ya que permite acopiar una mayor cantidad de antecedentes y obtener precisión de los mismos. Esto último es muy relevante, porque una eventual imprecisión en los hechos puede dificultar la solución del caso.

En adición a la recopilación de antecedentes, el abogado deberá simultáneamente calificar jurídicamente los hechos relatados por su cliente para así darle consejo.

“¿Qué hace un abogado?, (...) ESCUCHAR. La primera tarea del abogado es aprender a escuchar, dejando que el cliente se explaye con sus propias palabras, con sus vacilaciones y atropellos, con sus vueltas y revueltas para sólo interrumpirlo cuando, desviado de la historia que interesa, se ha perdido en elementos accidentales sin mayor relevancia. Una vez precisados los hechos, deberán hacerse las preguntas necesarias que permitan situar el suceso que se narra en la normativa que le puede ser aplicable. Saber escuchar significa no sólo oír, sino desplegar una actitud de amable comprensión que facilite al consultante a contar su problema, muchas veces dramático y llegar, así, lo más cerca posible de la verdad.”¹⁰⁰

2.1.2.3.2.2 Lenguaje en la entrevista

Un requisito de la esencia a cualquier acto comunicacional consiste en que tanto emisor como receptor utilicen el mismo lenguaje. Con ésto último no se hace referencia exclusivamente al lenguaje verbal, sino también al no verbal.

En cuanto al lenguaje verbal, es importante hacer hincapié en que éste debe adecuarse al nivel educacional del entrevistado. Esto no quiere decir que se deben dejar de lado los términos jurídicos

⁹⁹ Zusman S. Destrezas Legales. El “arte” de entrevistar y aconsejar. 2007. THÉMIS Revista de Derecho; Número 54, Finanzas Corporativas. Página 329.

¹⁰⁰ Ortiz L. Sobre el quehacer del abogado. Chile. Revista del abogado N° 23, 2001.

apropiados al caso, sino que ellos deben ser explicados al patrocinado en términos tales que éste pueda comprender.

Por otra parte, un buen uso del lenguaje corporal nos ayudará a generar una sensación de empatía y de que se está prestando atención al relato. *“Así por ejemplo, mirar a los ojos, mover la cabeza en señal de estar siguiendo el relato o evitar gestos de impaciencia o de excesiva confianza(...) Usar un lenguaje corporal afable, cercano y simpático, como sonrisas y gestos (...) que permitan al cliente continuar hablando con suficiente sensación de comodidad.”*¹⁰¹

Lorca y González agregan que *“para este fin, ha de cuidarse no sólo nuestro lenguaje digital explícito - las palabras y expresiones idiomáticas que utilizamos - , sino que muy especialmente, han de evitarse las expresiones gestuales del rostro y nuestro lenguaje corporal que puedan interpretarse como una descalificación, rechazo o juicio.”*¹⁰²

2.1.2.3.2.3 Establecimiento de confianza

Como ya se mencionó, con el objeto de lograr una defensa efectiva de los intereses del cliente, es de suma relevancia obtener la mayor cantidad de información posible del caso en cuestión. Sin embargo, en muchas oportunidades los hechos relatados por el patrocinado son de carácter sensible o íntimo, situación que lo inhibe a expresar todo lo ocurrido. Además, en el supuesto de que sea la primera entrevista, abogado y entrevistado no se conocen, por lo que es necesario crear un ambiente de confianza y colaboración mutua. Zusman por su parte señala otras situaciones que constituyen inhibidores del diálogo: *“Vergüenza, culpa o fastidio de tener que contar asuntos personales, (...) temor inconsciente de contar un hecho que pueda debilitar el caso”,* de forma tal que agrega *“El reto del abogado, en ese caso, transmitir a su cliente que, para ayudarlo, es necesario conocer lo bueno y lo malo.”*¹⁰³

Para establecer un vínculo de confianza y tener una conversación franca con el entrevistado, es menester que el abogado le señale al patrocinado que la entrevista se encuentra amparada por el secreto profesional, esto consiste en que todo lo conversado en esa oportunidad es confidencial. *“Es*

¹⁰¹ Zusman S. Destrezas Legales. El “arte” de entrevistar y aconsejar. 2007. THĒMIS Revista de Derecho; Número 54, Finanzas Corporativas. Página 334.

¹⁰² L. Lorca, González M. Separata sobre técnica de la entrevista. [en línea] Departamento Enseñanza Clínica del Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 2019. <<https://www.studocu.com/cl/document/universidad-arturo-prat/teoria-general-del-derecho-procesal/separata-tecnica-de-la-entrevista-material-apoyo-y-lectura/36672948>> [Consulta: 22 de Mayo del 2023] Página 3.

¹⁰³ Zusman S. Destrezas Legales. El “arte” de entrevistar y aconsejar. 2007. THĒMIS Revista de Derecho; Número 54, Finanzas Corporativas. Páginas 333 y 334.

recomendable que el abogado recalque durante la entrevista que se encuentra bajo secreto profesional, y que toda la información se encuentra bajo secreto profesional y que toda la información que reciba es confidencial.”¹⁰⁴

A su vez, Las profesoras Lorca, González y Zusman se encuentran contestes en lo esencial que resulta transparentar al patrocinado acerca de *“la importancia de la información para el éxito de su gestión profesional y le invita a explicar los antecedentes del caso.”¹⁰⁵. “El reto del abogado es, también en ese caso, transmitir al cliente que, para ayudarlo debe conocer todo lo ocurrido.”¹⁰⁶*

Otro factor importante que propicia al establecimiento de confianza entre abogado y entrevistado versa en cuidar el uso del lenguaje tanto verbal como no verbal, el cual se abordó en el acápite precedente.

2.1.2.3.2.4 Emocionalidad y empatía

“No existe un caso que no involucre emocionalmente al cliente.”¹⁰⁷

Como bien señala Zusman, todos los conflictos jurídicos - *independiente de la materia* - producen diversas emociones en las personas que los integran. Es por esto, que al momento de la entrevista, el patrocinado se encuentra en una determinada posición psicológica como consecuencia del problema que le afecta.

Dependiendo del carácter de ésta última, el patrocinado puede adoptar conductas que dificultan el traspaso de información: rabia o enojo hacia la contraparte, vergüenza para contar a cabalidad los hechos ocurridos, etc. Con el objeto de eliminar dichas barreras comunicacionales, el abogado entrevistador debe ser capaz de neutralizar dichas emociones, transmitiendo al patrocinado que está siendo escuchado y comprendido.

“Es recomendable en esta primera etapa, generar en el cliente la sensación de ser acogido, escuchado y comprendido. No debemos nunca olvidar que los conflictos generan en las personas, confusión,

¹⁰⁴ Ibid, Página 328.

¹⁰⁵ L. Lorca, González M. Separata sobre técnica de la entrevista. [en línea] Departamento Enseñanza Clínica del Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 2019. <<https://www.studocu.com/cl/document/universidad-arturo-prat/teoria-general-del-derecho-procesal/separata-tecnica-de-la-entrevista-material-apoyo-y-lectura/36672948>> [Consulta: 22 de Mayo del 2023]
Página 17.

¹⁰⁶ Zusman S. Destrezas Legales. El “arte” de entrevistar y aconsejar. 2007. THĒMIS Revista de Derecho; Número 54, Finanzas Corporativas. Página 334.

¹⁰⁷ Ibid. Página 329.

angustia, temor, desconfianza, entre otras emociones; (...) Esta carga emotiva es la que trae el cliente en su primera reunión o entrevista profesional. El abogado debe ser capaz de contener y neutralizar esta emotividad, generando un clima de confianza, dándole sensación de interés por su problema.”¹⁰⁸.

Para otorgar dicha sensación, las profesoras Lorca y González en conjunto con Zusman señalan que es menester que el abogado despliegue actos de empatía al patrocinado.

Según la Real Academia Española, es posible definir la empatía como “*Sentimiento de identificación con algo o alguien*”. Es necesario tener presente que, en el contexto de la entrevista profesional, comprender los sentimientos del entrevistado no significa compartílos, ya que el abogado entrevistador debe desplegar una actitud que neutralice y contenga estas emociones. “*La empatía no supone compartir activamente el dolor o la preocupación del cliente, sino tener la capacidad de entender su problema y responder comprometidamente al mismo.*”¹⁰⁹

Según Lorca y González, constituyen demostraciones de empatía en la entrevista “*1. Atender a su comunicación verbal y no verbal. 2. Evitar juzgar la comunicación e intentar comprenderla. 3. Interesarnos por el otro. 4. Comprender su comportamiento, al tratar de ver el mundo con la lógica del otro, no la propia.*”¹¹⁰ En la misma línea, Zusman agrega “*(i) la capacidad de percibir la situación del otro; (ii) la capacidad de dar respuesta al dolor ajeno.*”¹¹¹

2.1.2.4 El resumen de los hechos

Consiste en la instancia en la que el abogado realiza un resumen de los antecedentes obtenidos en el relato del patrocinado. Es de esencial importancia que dicha recapitulación se lleve a cabo, ya que permite que el cliente confirme, aclare o corrija los hechos o supuestos percibidos por el abogado. Como ya se expuso anteriormente, la precisión de los hechos es de esencial relevancia para la solución del caso.

¹⁰⁸ L. Lorca, González M. Separata sobre técnica de la entrevista. [en línea] Departamento Enseñanza Clínica del Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 2019. <<https://www.studocu.com/cl/document/universidad-arturo-prat/teoria-general-del-derecho-procesal/separata-tecnica-de-la-entrevista-material-apoyo-y-lectura/36672948>> [Consulta: 22 de Mayo del 2023] Página 4.

¹⁰⁹ Zusman pp 325

¹¹⁰ L. Lorca, González M. Separata sobre técnica de la entrevista. [en línea] Departamento Enseñanza Clínica del Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 2019. <<https://www.studocu.com/cl/document/universidad-arturo-prat/teoria-general-del-derecho-procesal/separata-tecnica-de-la-entrevista-material-apoyo-y-lectura/36672948>> [Consulta: 22 de Mayo del 2023] Página 16.

¹¹¹ Zusman S. Destrezas Legales. El “arte” de entrevistar y aconsejar. 2007. THĒMIS Revista de Derecho; Número 54, Finanzas Corporativas. Página 325.

Zusman agrega que esta oportunidad posee además otras ventajas, como *“la oportunidad para que el abogado pueda memorizar aspectos esenciales del problema, para crear cercanía con el cliente, y para que éste último pueda “mirar” su caso desde fuera y a través de un expositor desapasionado.”*¹¹²

Por su parte, Lorca y González señalan la importancia que reviste la consideración de las emociones del cliente expuestas en el resumen del relato, porque otorga al patrocinado la sensación de haber sido escuchado atenta y comprensivamente. Adicionalmente estipulan que dicha reproducción requiere neutralizar aquellas opiniones emitidas que perpetúen la controversia, cuestión que se logra *“eliminando adjetivos y calificaciones hacia la otra parte que escalen el conflicto.”*¹¹³

2.1.2.5 El consejo y la educación al cliente

Se trata de una etapa avanzada en la entrevista, en la que tomando en consideración los intereses expuestos y habiendo calificado jurídicamente los antecedentes de hecho relatados por éste último, el abogado le manifiesta las diversas alternativas que existen para resolver el caso planteado al patrocinado, señalando explícitamente los beneficios y costos que presenta cada una de ellas, para que éste tome informadamente una decisión respecto del curso de acción a seguir. *“el abogado debe ordenar y seleccionar la información relevante al caso, realizar el proceso de precalificación jurídica del problema planteado por el cliente y la proposición de alternativas de solución, considerando la percepción del cliente acerca de lo que sería para él una solución óptima del conflicto (...) Al entregarle las alternativas de solución, luego de conocer sus pro y contra, el cliente deberá optar por alguna de ellas y será esa o esas alternativas de solución las que el abogado implementará.”*¹¹⁴

Es importante recalcar que la decisión acerca de qué alternativa de solución se debe implementar se radica exclusivamente en la figura del patrocinado. En este aspecto, Zusman estima que el abogado posee una labor de carácter orientadora. *“En cualquier situación hay, generalmente, más de un curso de acción*

¹¹² Ibid, página 335.

¹¹³ L. Lorca, González M. Separata sobre técnica de la entrevista. [en línea] Departamento Enseñanza Clínica del Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 2019. <<https://www.studocu.com/cl/document/universidad-arturo-prat/teoria-general-del-derecho-procesal/separata-tecnica-de-la-entrevista-material-apoyo-y-lectura/36672948>> [Consulta: 22 de Mayo del 2023] Página 11.

¹¹⁴ L. Lorca, González M. Separata sobre técnica de la entrevista. [en línea] Departamento Enseñanza Clínica del Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 2019. <<https://www.studocu.com/cl/document/universidad-arturo-prat/teoria-general-del-derecho-procesal/separata-tecnica-de-la-entrevista-material-apoyo-y-lectura/36672948>> [Consulta: 22 de Mayo del 2023] Página 23.

posible. El rol del abogado consiste en ayudar al cliente a decidir el curso de acción que mejor se acomode a sus objetivos.”¹¹⁵

2.1.2.6 La despedida

Corresponde a la conclusión de la entrevista. Una vez confirmado que el patrocinado comprende el plan de acción acordado, el abogado procederá a fijar expresamente las formas y tiempos de contacto futuros. Por último, el abogado terminará la entrevista con cortesía y se despedirá de su cliente.

3. Aplicación de aspectos clínicos a la entrevista al caso concreto: Preguntas a realizar, educación al cliente, consejo y solicitud de documentos

Para concluir la sección clínica, se desarrollará un catálogo de preguntas esenciales para cualquier gestión o asesoría jurídica que involucre protección a la paternidad en el ámbito laboral, distinguiendo si se trata de derechos individualizados o no individualizados del padre.

Además, se señalará la función que cumple cada pregunta a realizar, la educación que debe hacerse al cliente según el supuesto que lo motiva a buscar asesoría jurídica, como también los eventuales documentos a solicitar en aquellos casos que sean requeridos para el éxito de la gestión o encargo.

3.1 Derechos individualizados del padre trabajador:

3.1.1 Licencia Paternal del Artículo 195 del Código del Trabajo:

3.1.1.1 ¿Es usted un trabajador dependiente o independiente?

3.1.1.1.1 Función: Como se explicó en el apartado dedicado a la legislación nacional, actualmente la licencia paternal del artículo 195 del Código del Trabajo no es de utilidad para los trabajadores independientes, pues como no se dispone de un subsidio que acompañe a esta licencia, un trabajador independiente no recibirá ningún tipo de prestación económica en el goce de este derecho.

En estricto rigor, un trabajador independiente solo gozará de la facultad de ausentarse a su trabajo por el periodo de 5 días, pero como estos trabajadores no tienen empleador al cual le rinden cuenta, este derecho es de escasa utilidad para este tipo de trabajador.

¹¹⁵ Zusman S. Destrezas Legales. El “arte” de entrevistar y aconsejar. 2007. THÉMIS Revista de Derecho; Número 54, Finanzas Corporativas. Página 339.

3.1.1.2 ¿Es su hijo adoptado?

3.1.1.2.1 Función: Según el artículo 195 del Código del Trabajo, el padre del hijo adoptado también gozará de esta licencia paternal, sin embargo deberá ejercerla en un momento distinto al caso del padre biológico.

3.1.1.2.2 En el caso de que el hijo sea adoptado: *¿Qué fecha tiene la notificación de la resolución judicial que le otorga el cuidado personal o da lugar a la adopción?*

3.1.1.2.3 Función: Determina la fecha desde la cual se puede ejercer el permiso, que a partir de lo estipulado en el artículo 195 del Código del trabajo, será a contar de la fecha de notificación de cualquiera de las sentencias judiciales mencionadas.

3.1.1.3 Educación al patrocinado:

3.1.1.3.1 Formas de ejercicio: El patrocinado tiene dos opciones respecto a la forma en que puede ejercer este derecho: Puede utilizar el permiso desde el día del parto, de forma continua, o; Puede distribuir estos días dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento del menor, de la forma que mejor le plazca.

3.1.1.3.2 Falta de fuero: A diferencia de los permisos por descansos maternales, esta licencia carece de cualquier protección laboral específica en contra de la desvinculación. En cualquier caso, dada la poca duración del permiso, rara vez se ha despedido a un trabajador que lo haya invocado.

Adicionalmente, el trabajador sigue contando con las vías jurídicas ordinarias, como accionar sobre un despido injustificado o una tutela de derechos.

3.1.1.3.3 Documentos a solicitar

Certificado de nacimiento en el cual figure el nombre del padre, o sentencia judicial que otorgue el cuidado personal del menor o que acoja la adopción, dependiendo del caso.

3.1.2 Derecho del 199 bis del Código del Trabajo

3.1.2.1 ¿Qué edad tiene su hijo?

3.1.2.1.1 Función: Los supuestos de en qué se otorga este derecho son dependientes, en primer lugar, de la edad del menor. En principio, éste debe encontrarse entre las edades de 1 y 18 años para ser titular de

este derecho, con un alcance particular si es menor de 6. Si se es mayor de 18 años, el hijo debe padecer de condiciones específicas.

3.1.2.2 ¿Cuál es la razón por la que su hijo requiere de cuidados personales?

3.1.2.2.1 Función: El segundo factor del cual dependen los supuestos de este derecho, hacen alusión a la razón por la cual el hijo requiere de cuidados personales, los cuales corresponden a condiciones de salud.

Si el menor se encuentra entre los 1 y 18 años, este derecho se otorga en razón de que ha sufrido un accidente o enfermedad grave, aguda y con riesgo de muerte.

También se otorga el derecho en este rango de edad, en el caso de que el niño o niña se encuentre inscrito en el Registro Nacional de Discapacidad, pero si este es menor a 6 años, basta con la determinación diagnóstica del médico tratante.

Si el hijo o hija es mayor de 18 años, la titularidad de este derecho sólo se extiende en el caso de que éste padezca de discapacidad mental por causa psíquica, intelectual o multidéficit, o si presenta dependencia severa.

3.1.2.3 ¿A usted se le conceden días administrativos?

3.1.2.3.1 Función: La ley ordena que la compensación de las jornadas laborales se haga prioritariamente con cargo a estos días si el trabajador tiene derecho a ellos.

3.1.2.4 Educación al patrocinado:

Este derecho exige una forma de compensación: Si bien la ley lo declara como un permiso de ausencia, este derecho no es más que una forma de flexibilización de las jornadas laborales, que manda una forma de compensación al empleador. Si bien se puede llegar acuerdo con el empleador en cuanto a esta compensación, a falta de éste, la ley requiere que se imputen las jornadas laborales a las que se ausente el trabajador al feriado legal o a la realización de horas extra, aunque se priorizaran los días administrativos, si el trabajador goza de estos.

Falta de fuero: No se cuenta con ninguna protección laboral específica en el ejercicio de este derecho. No obstante, dado que la compensación al empleador es un deber impuesto por ley, es plausible que este tenga escasos motivos para tomar una medida en represalia.

Adicionalmente, el trabajador sigue contando con las vías jurídicas ordinarias, como accionar sobre un despido injustificado o una tutela de derechos.

3.1.2.5 Documentos a solicitar

Certificado médico que acredite la enfermedad, accidente grave o discapacidad en que se basa la invocación de este derecho.

3.1.3 Ley 21.063

3.1.3.1 ¿Qué tipo de trabajador es usted? ¿Trabajador dependiente, Trabajador independiente o funcionario administrativo?

3.1.3.1.1 Función: La ley distingue a las personas protegidas por el seguro según su condición laboral: El trabajador dependiente debe estar regido por el Código del Trabajo; El trabajador independiente debe estar comprendido por el artículo 89 inciso primero o el 90 inciso tercero del Decreto Ley 3.500; El funcionario administrativo debe ser de los señalados por la letra b) del artículo 2 de la ley 21.063.

3.1.3.2 ¿Cuál es la condición de salud de la que padece su hijo?

3.1.3.2.1 Función: La ley SANNA solo otorga cobertura a cuatro contingencias distintas que sufra el hijo o hija: Cáncer; Trasplante de órgano sólido y de progenitores hematopoyéticos; Fase o estado terminal de la vida, o; Accidente grave con riesgo de muerte o de secuela funcional grave y permanente.

Adicionalmente, en base al relato del patrocinado, es necesario verificar que se cumplan los requerimientos específicos de cada supuesto, dispuestos entre los 8 a 11 de la ley 21.063, los cuales se encuentran detallados en la primera sección de este trabajo.

3.1.3.3 ¿Qué edad tiene su hijo o hija?

3.1.3.3.1 Función: La ley dispone de dos rangos de edad en que se tiene que encontrar el menor para ser causante del seguro: Menor de 18 años para las contingencias de cáncer, trasplante de órgano sólido y de progenitores hematopoyéticos y fase o estado terminal de la vida; Menor de 15 años para la contingencia de accidente grave con riesgo de muerte o de secuela funcional grave y permanente.

3.1.3.4 ¿Cuál es la situación de sus cotizaciones previsionales?

3.1.3.4.1 Función: Es un requisito de la ley el disponer de cierta situación previsional, según la clase de trabajador que sea el patrocinado:

3.1.3.4.1.1 Trabajador dependiente: Debe contar con ocho cotizaciones previsionales en los últimos veinticuatro meses anteriores a la fecha de inicio de la licencia médica, y las tres últimas cotizaciones más próximas al inicio de esta deben ser continuas.

3.1.3.4.1.2 Trabajador independiente: Si es del artículo 89 inciso primero del Decreto Ley 3.500, se entiende que es titular del seguro a partir del día 1 de julio del año en que se pagaron las cotizaciones previsionales, hasta el día 30 de junio del año siguiente a dicho pago. Para los demás trabajadores independientes, deben contar con doce cotizaciones previsionales en los últimos veinticuatro meses anteriores al inicio de la licencia médica, debiendo ser continuas las cinco cotizaciones más próximas al inicio de la licencia. Además, estos trabajadores deberán encontrarse al día en el pago de las cotizaciones de pensiones, salud y del seguro de la ley N° 16.744.

3.1.3.5 Educación al patrocinado

3.1.3.5.1 Falta de fuero: Dado que el permiso de este derecho puede alcanzar una larga duración, como por ejemplo 90 días, la falta de protección laboral adquiere mucha relevancia, constituyendo un riesgo para el trabajador tomar esta licencia dependiendo de su situación laboral.

3.1.3.5.2 Factibilidad de traspasar el permiso: En virtud de que se otorga la facultad a cualquiera de los padres a traspasar su permiso al otro, en su totalidad en los casos de cáncer y trasplante, y hasta dos tercios si el menor ha sufrido un accidente grave, es meritorio analizar la conveniencia de ello, pues si uno de los padres se encuentra en una situación laboral mejor protegida, o si la remuneración de uno es la fuente principal que solventa los gastos del menor, puede resultar ventajoso realizar esta transferencia.

3.1.3.6 Documentos a solicitar

3.1.3.6.1 Para todas las contingencias: Licencia médica extendida por el médico tratante, que acredite el estado de salud del hijo o hija, y el certificado de cotizaciones previsionales del trabajador.

3.1.3.6.2 Supuestos específicos:

(1) *Si el niño o niña está a la espera de trasplante de órgano sólido:*

Certificado emitido por la Coordinadora Nacional de Trasplante que acredite la inscripción del menor en el registro nacional de potenciales receptores de órganos a cargo del Instituto de Salud Pública de Chile, priorizado como urgencia médica.

(2) ***Si el menor se encuentra en fase o estado terminal de la vida:***

Se requerirá un informe o declaración escrita expedida por el médico tratante que acredite la condición de salud del niño o niña, y un informe escrito favorable emitido por el director del área médica del prestador institucional de salud respectivo.

(3) ***En caso de que el hijo o hija haya sufrido un accidente grave con riesgo de muerte o de secuela funcional grave y permanente:*** Informe o declaración escrita emitida por el médico tratante que certifique que el niño o niña está afectado por un cuadro clínico severo derivado de un accidente grave, y que este cuadro implique riesgo vital o de secuela funcional severa y permanente que requiera rehabilitación intensiva para su recuperación, y; Documento o certificado que acredite que el menor se encuentra hospitalizado o sujeto a un proceso de rehabilitación funcional intensiva, o de cuidados especializados en el domicilio.

3.2 Derechos no individualizados del padre trabajador:

3.2.1 Goce subsidiario del postnatal

3.2.1.1 ¿Trabajaba la madre del menor?

3.2.1.1.1 Función: Como se comentó previamente, la SUSESO antiguamente hacía requisito de este tipo de derechos que la madre también los gozara en vida previo a su defunción. Si bien la SUSESO ha cambiado de postura, existe la posibilidad de que se cuestione el ejercicio subsidiario del postnatal en base a esta circunstancia, lo cual es necesario tener en consideración.

3.2.1.2 ¿La custodia del menor fue concedida a otra persona?

3.2.1.2.1 Función: En el caso de que se haya otorgado la custodia del menor a una persona diferente del padre, es esta quien es titular del goce subsidiario del postnatal.

3.2.1.3 Educación al patrocinado

3.2.1.3.1 Falta de regulación expresa: La técnica legislativa empleada en la concesión de este derecho conlleva la complicación de que hay materias en las cuales no hay referencia expresa de cómo tiene que ser tratada, por lo que hay diversas preguntas a las que no se puede ofrecer respuesta certera.

3.2.1.4 Documentos a solicitar

Certificado de defunción de la madre del menor y el certificado de nacimiento del hijo o hija en que figure el nombre del padre. Adicionalmente, puede llegar a ser útil el certificado médico o de matrona que acredite en su momento que el embarazo de la madre había llegado al período fijado para obtenerlo.

3.2.2 Derecho de traspaso del postnatal parental

3.2.2.1 ¿Trabaja la madre del niño o niña?

3.2.2.1.1 Función: La ley establece como requisito de este traspaso que ambos padres sean trabajadores.

3.2.2.2 La madre del menor ¿Decidió ejercer este permiso en jornada completa o jornada parcial?

3.2.2.2.1 Función: Como se expuso previamente, los tribunales nacionales actualmente consideran que la facultad de ejercer el permiso bajo modalidad de jornada parcial corresponde exclusivamente a la madre, y en caso de que se traspase parte del permiso al padre, éste deberá ejercerlo en la misma modalidad que la mujer eligió en su momento.

3.2.2.3 Educación del patrocinado

3.2.2.3.1 Particularidades del fuero: La ley regula el fuero concedido al padre en base a que su duración es del doble del plazo del permiso traspasado, con un tope de tres meses. Como se expuso previamente, hay ciertas particularidades que ocurren que la duración del fuero, si el traspaso fuese a ser por plazos muy cortos (una o dos semanas), o por el máximo de plazo posible bajo modalidad de jornada parcial, por lo que es necesario advertir al patrocinado de estas circunstancias.

3.2.3 Goce subsidiario del postnatal parental

3.2.3.1 ¿Trabajaba la madre de su hijo o hija?

3.2.3.1.1 Función: Al igual que en el goce subsidiario del postnatal, puede llegar a cuestionarse por el empleador o alguna otra entidad la titularidad de este derecho si la madre no lo gozaba en vida.

3.2.3.2 ¿En qué momento ocurrió la defunción de la madre?

3.2.3.2.1 Función: Aquello va a determinar si se adquirió en su oportunidad el goce subsidiario del postnatal, y de aquello depende si el trabajador gozará claramente de fuero o no durante el plazo del postnatal parental.

3.2.3.3 Educación al patrocinado:

3.2.3.3.1 Incertidumbre de la facultad de ejercer a modalidad parcial: Como consecuencia de la deficiente técnica legislativa empleada, no queda claro si el padre en el goce subsidiario goza de la facultad de ejercer este permiso bajo modalidad de jornada parcial. Si bien se concluyó en el apartado pertinente de este trabajo que una respuesta afirmativa es la respuesta correcta, esto no se encuentra consolidado en la normativa legal.

3.2.3.3.2 Incertidumbre del goce de fuero: Otro efecto de los vacíos de la legislación, es que no hay mención sobre la titularidad del fuero en este caso. Aun cuando estimamos que la interpretación jurídicamente correcta es que, si la defunción o sentencia judicial se produjeron durante la vigencia de este permiso, no se tiene derecho a fuero por parte del padre, es menester informar que es a lo menos plausible argumentar en contra de esta postura.

3.2.3.4 Documentos a solicitar

Certificado de defunción de la madre del menor y el certificado de nacimiento del hijo o hija en que figure el nombre del padre. Adicionalmente, puede llegar a ser útil el certificado médico o de matrona que acredite en su momento que el embarazo de la madre había llegado al período fijado para obtenerlo.

3.2.4 Permiso del Artículo 199 del Código del Trabajo

3.2.4.1 ¿Requiere su hijo atención en el hogar por enfermedad grave?

3.2.4.1.1 Función: Este es el supuesto en base al cual se otorga la titularidad de este derecho.

3.2.4.2 ¿La madre del niño o niña trabaja o ha fallecido? ¿Tiene usted la tuición del menor por sentencia judicial?

3.2.4.2.1 Función: Estos son los únicos casos en que el padre puede detentar este derecho, requiriendo además, en el caso de que la madre trabaje y no se tenga la tuición del menor, que esta decida traspasar el permiso.

3.2.4.3 Documentos a solicitar

Certificado médico otorgado o ratificado por los servicios que tengan a su cargo la atención médica del menor.

3.3 Aspectos procesales del patrocinio: Ejercicios de estos derechos y alternativas de solución

Es necesario señalar preliminarmente que, Como se evidencio en las secciones previas, la regulación de la protección a la paternidad es imprecisa, y por tanto, es necesario tener presente que el ejercicio de los derechos comprendidos en ella y las eventuales soluciones que puedan tener los casos que versen en esta materia rara vez se encuentran señaladas expresamente en la ley.

De forma tal que, este apartado consiste en su gran mayoría en interpretaciones de nuestra autoría, las cuales estimamos que no sólo brindan algún grado de solución a estas problemáticas, sino que corresponden a una correcta interpretación de la ley, según argumentos de analogía, los bienes jurídicos protegidos que encierran dichas normas y principios generales del derecho.

3.3.1 Licencia paternal del artículo 195 del Código del Trabajo

Al no establecerse forma expresa de ejercicio, la forma de invocar esta licencia frente al empleador resulta incierta. No obstante, en la actualidad es una práctica extendida que se presente el certificado de nacimiento del menor a la brevedad al empleador, para justificar el ejercicio del permiso.

En el caso de que el empleador se rehúse al pago de la remuneración correspondiente a los 5 días de la licencia, esta se debe reclamar a través del procedimiento monitorio laboral, contenido en los artículos 496 y siguientes del Código del Trabajo, cuando dicho monto no sobrepase a los 15 Ingresos Remuneracionales Mínimos (IRM).

En el caso improbable de que se supere esta cuantía, está reclamación de remuneración se debe hacer a través de un procedimiento ordinario laboral.

3.3.2 Derecho del artículo 199 bis del Código del Trabajo

La ley expresamente dispone que este derecho se ejerce mediante cualquier comunicación escrita interna de la empresa, ya sea física o electrónicamente, acreditando la necesidad de los cuidados a través de una licencia médica emitida por el médico que tenga a su cargo la atención del niño o niña.

Dicha comunicación debe ser emitida dentro de las 24 horas siguientes al ejercicio del derecho.

Las imputaciones para la restitución de las jornadas laborales se realizan, en primera instancia, según lo pactado con el empleador. A falta de éste, se imputa, en primera instancia, a los días administrativos del trabajador, si es que se goza de estos.

Luego, se hará aquella imputación con cargo al feriado anual del trabajador, a los días administrativos del año siguiente (si es que se goza de estos), o a través de laborar horas extras. La ley no establece orden de prelación entre estas opciones, ni tampoco declara expresamente quién elegirá la forma de compensación, pero como esta carga es colocada en el trabajador, es de toda lógica que este sea quien seleccione la carga particular que soportara.

Solo en el caso de que ninguna de las formas anteriores sea posible, es que se permite descontar el tiempo equivalente al ejercido en el goce de este derecho, de las remuneraciones mensuales del trabajador, lo que podrá fraccionarse según sea el sistema de pago, o de forma íntegra si se cesaren las labores del trabajador por cualquier causa.

Si el empleador decide unilateralmente efectuar descuentos a la remuneración del trabajador, contraviniendo a lo dispuesto por ley, aquello debe ser ventilado ante los tribunales laborales, y por aspectos de la cuantía, el procedimiento que probablemente será aplicable es el monitorio laboral.

Una disputa que no tiene solución clara en quien se radica la facultad de elegir la forma de compensación a falta de acuerdo. Como se explicó previamente, consideramos que esta recae en el trabajador, al ser este derecho un beneficio que se le otorga a él, en adición a que la carga de su ejercicio también es asignada al trabajador.

Pero también es posible argumentar que esta elección le corresponde al empleador, en virtud de que es legalmente reconocido que este tiene la facultad de organizar, dirigir y administrar su empresa.

En el caso de una contienda que pretenda dilucidar lo anterior, recomendamos que se haga inicialmente un requerimiento a la Inspección del Trabajo, para intentar evitar un procedimiento judicial cuyo resultado no es seguro. Sin perjuicio de ello, si se pretende una contienda judicial, está probablemente se sujetará a un procedimiento ordinario laboral.

3.3.3 Ley 21.063

Un alcance previo a la tramitación regulada por la ley 21.063, es que en su artículo 20 inciso final, se establece la supletoriedad del Decreto Supremo N°3 del Ministerio de Salud, del año 1984, que aprueba el reglamento de autorización de licencias médicas por las comisiones de medicina preventiva e invalidez, respecto de todo aquello que no esté regulado por la ley SANNA.

Teniendo en cuenta lo anterior, es que hay que aclarar las diligencias previas para el goce de las prestaciones del seguro varían si se trata de un trabajador dependiente o uno independiente.

En el caso de un trabajador dependiente, se debe presentar la licencia médica y los demás antecedentes correspondientes al empleador, quien debe remitir estos documentos a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez.

En el caso de un trabajador independiente, este debe remitir la licencia y demás documentación pertinente de forma directa a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez.

En ambos casos, será competente para conocer de la calificación de la licencia médica la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez del lugar donde presta sus servicios el trabajador o la trabajadora, o la del domicilio del trabajador o trabajadora independiente, en su caso.

La Comisión consultará los requisitos de elegibilidad de los artículos 5 y 6 de la ley 21.063, así como el número de días autorizados con cargo al Seguro, de acuerdo a los procedimientos y mecanismos de verificación que establezca la SUSESO para estos efectos.

La Comisión cuenta con un plazo ordinario de 7 días para revisar, verificar y autorizar la procedencia del permiso, el cual puede ser prorrogado hasta 7 días más. En el caso de que la Comisión se exceda de este plazo de 14 días, la licencia médica se entenderá por aprobada, conforme al artículo 21 de la ley, inciso tercero.

Como última labor de la Comisión, el inciso final del artículo 21 dispone que: *“La autorización o rechazo de la licencia médica será comunicada por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez al trabajador o a la trabajadora y al empleador en forma electrónica. Las licencias médicas autorizadas deberán comunicarse también a la entidad pagadora y a la Superintendencia de Seguridad Social, en forma electrónica”*.

Autorizada la licencia y el permiso, el monto del subsidio se calculará según las reglas explicadas anteriormente respecto del subsidio, y se procederá a su pago por parte de la ACHS, la IST, la ISL o la

Mutual según corresponda, con la misma periodicidad que la remuneración del trabajador, pero en ningún caso este pago puede llegar a realizarse en un plazo superior a un mes.

3.3.4 Goce subsidiario del postnatal

Como se adelantó en la exposición acerca de la legislación nacional, la ley no establece expresamente una forma de ejercer este derecho. Sin embargo, dado que el padre en estos supuestos goza esencialmente del mismo permiso que la madre, la forma de ejercerlo no puede ser muy distinta a las diligencias necesarias efectuadas por la madre, sólo diferenciándose en los aspectos necesarios.

Al respecto, la madre invoca su derecho al descanso postnatal en el mismo momento que invoca el descanso prenatal, mediante la exhibición de un certificado médico o de matrona que acredite que se encuentra en el estado de embarazo fijado para obtener el descanso.

Si bien es posible interpretar que este documento también es necesario para el goce subsidiario del padre, dicha analogía no tiene suficiente sustento en nuestra opinión, dado que la licencia se requiere para efectos del prenatal en particular, y como este periodo es seguido inmediatamente por el postnatal, la ley sólo requiere el ejercicio del primero, dado que en estos descansos se otorgan en virtud de la misma circunstancia: El nacimiento del hijo o hija.

Así, consideramos que para que el padre ejerza este derecho, debe contar con otro tipo de documentos: El certificado de nacimiento del menor en que conste su nombre, y el certificado de defunción de la madre.

Lo anterior es en razón de que aquellos instrumentos acrediten las circunstancias en que se otorga el goce subsidiario del postnatal: La paternidad y la muerte de la madre. Adicionalmente, el certificado de nacimiento también acredita la maternidad de la difunta.

No obstante, de ser posible, y con el fin de evitar posibles complicaciones, también es recomendable contar con el certificado médico previamente mencionado.

3.3.5 Goce subsidiario del postnatal parental

Las circunstancias que rodean el posible ejercicio de este derecho son, en gran parte, muy similares al ejercicio del goce subsidiario del postnatal, con ciertos alcances.

En este sentido, primero hay que aclarar que en el caso de que se haya entrado en el goce subsidiario del postnatal, sólo por ello se debe entender que llegado el periodo correspondiente, el padre también tiene derecho al goce subsidiario del postnatal parental, pues en dicho caso la circunstancia que sirve de base para ambos derechos es la defunción de la madre, cuestión que se acreditó en su momento para el goce subsidiario del postnatal, por lo que no se debería requerir ninguna gestión adicional.

Este supuesto tiene las ventajas de que el padre goza incuestionablemente del fuero del artículo 201 del Código del Trabajo - según se explicó en el apartado correspondiente -, y que además no hay complicaciones para el caso de que desee ejercer este permiso en modalidad de jornada parcial, ya que los plazos para esto son aplicables sin mayor inconveniente.

Pero en el caso de que la defunción de la madre ocurra una vez finalizado el periodo del descanso postnatal, o el goce de este derecho se incurra a raíz de que es el padre quien tiene el cuidado personal del menor en virtud de una sentencia judicial, se deberá proceder a una exhibición de los documentos que acrediten estas circunstancias.

En particular, será necesario el certificado de defunción de la madre o la sentencia judicial que otorga el cuidado personal, o copia de esta, dependiendo del caso en particular. Adicionalmente, será necesario el certificado de nacimiento en que conste el nombre de quien invoca este derecho como padre. La lógica de estos documentos es la misma que se sigue respecto del postnatal: Acreditan los hechos bases para el ejercicio de este derecho.

De igual forma, sigue siendo recomendable, de ser posible, contar con el certificado médico que la madre presente con ocasión del prenatal.

En cuanto al ejercicio del permiso a jornada parcial, como adelantamos en el análisis de la legislación nacional, nuevamente hay que distinguir. Si el acaecimiento de los supuestos en cuestión es un periodo tal que permiten que se respeten los plazos establecidos para las comunicaciones que facultan este ejercicio, no debería existir inconveniente para que el padre haga uso de esta facultad.

Caso contrario, no hay claridad de si esta modalidad puede invocarse, y a pesar que a nuestro juicio debería permitirse que en la exhibición de documentos necesaria también se pueda informar de la intención de hacer uso de esta modalidad, esta es una interpretación que puede no ser aceptada.

En todo caso, hay que tener presente que ante cualquier tipo de conducta obstructiva del ejercicio de este derecho, es aplicable la sanción del artículo 197 bis inciso final, del Código del Trabajo: *“El empleador*

que impida el uso del permiso postnatal parental o realice cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible el uso del permiso establecido en los incisos precedentes, será sancionado con multa a beneficio fiscal de 14 a 150 unidades tributarias mensuales. Cualquier infracción a lo dispuesto en este inciso podrá ser denunciada a la Inspección del Trabajo, entidad que también podrá proceder de oficio a este respecto.”

3.3.6 Traspaso de cuota del postnatal parental

Cuando la madre transfiera cuota del postnatal parental, ello debe ser comunicado al empleador del padre a través de una carta certificada enviada con a lo menos 10 días de anticipación a la fecha desde que hará uso del permiso, con copia a la Dirección del Trabajo y al empleador de la madre.

Recomendamos que esta notificación sea enviada exactamente con 10 días de anticipación, pues el fuero del que goza el padre en este traspaso empieza su vigencia en esta misma fecha, por lo que si se despachará antes el aviso, se correría el riesgo de un despido por el uso de la cuota traspasable.

De igual forma, también es aplicable ante cualquier tipo de actuación obstructiva el inciso final del artículo 197 bis.

3.3.7 Licencia del artículo 199 del Código del Trabajo

La ley únicamente esclarece que para el ejercicio de esta licencia, es necesaria una licencia médica otorgada o ratificada por los servicios que tengan a su cargo la atención médica del menor, y que acredite que este requiere de atención en el hogar en virtud de una enfermedad grave.

Como el artículo 199 del Código del Trabajo expresamente declara que se “*tendrá derecho al permiso y subsidio que establece el artículo anterior*”, y el artículo 198 del Código del Trabajo se refiere a los descansos maternales, es de toda lógica que la invocación de este derecho siga la misma tramitación que la estos descansos, es decir, mediante la presentación de la licencia media al jefe del establecimiento, empresa, servicio o empleador.

Como la titularidad del padre depende de que se haya traspasado este derecho por la madre, esta haya muerto, o la tuición perteneciera al padre por sentencia judicial, también será necesario acompañar a la licencia médica el documento correspondiente que acredite la circunstancia por la cual se invoca el derecho, lo cual sería el certificado de defunción o copia de la sentencia judicial en el segundo y tercer supuestos.

Para el primer supuesto, sería necesaria alguna comunicación por parte de la madre, la cual recomendamos que sea una carta certificada firmada por ésta, para evitar cuestionamientos de autenticidad.

3.3.8 Medidas judiciales comunes

En adición a todo lo expresado en este apartado, es menester señalar que existen ciertas acciones y procedimientos que son de aplicación más o menos común a todos estos casos, dependiendo de sus circunstancias.

La medida más general que se puede realizar, es efectuar una denuncia ante la Inspección del Trabajo, que, dentro su procedimiento administrativo, puede corroborar o no la existencia de infracciones a las leyes laborales y de seguridad social por parte del empleador.

El pronunciamiento de la Inspección del Trabajo es de particular eficacia, ya que aun cuando no se cuente con una orden expresa de algún tribunal, la sola aplicación de la multa administrativa correspondiente puede lograr que el empleador cese en sus actitudes infraccionales.

Por otra parte, es de crucial relevancia que, si la Inspección verifica la existencia de la infracción que se reclama, en virtud de la calidad de ministros de fe de los inspectores, aquella constatación sirve de prueba en el caso de que sea necesario iniciar un procedimiento judicial en que el tribunal ordene las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho.

Adicionalmente, si a juicio de la Inspección, el empleador ha incurrido en actos que vulneran los derechos fundamentales del trabajador, esta puede requerir a los tribunales labores que se dé inicio a un procedimiento de tutela laboral.

Tratándose de procedimientos judiciales propiamente tal que sean promovidos por el trabajador, existen diversas opciones.

En el caso de que se vulnere la protección que otorga el fuero, y se despida a un trabajador sin la pertinente autorización previa emitida por los tribunales laborales, llamada desaforamiento, se debe proceder a solicitar la reincorporación del trabajador dentro de un procedimiento monitorio, ya que en estos casos se trata del fuero del artículo 201 del Código del Trabajo, el cual ha sido traspasado al padre, y por tanto es materia de juicio monitorio laboral según el artículo 496 del mismo cuerpo legal. Normalmente es requisito de este procedimiento que se haga un requerimiento previo a la Inspección del

Trabajo, pero se exime de esta diligencia a las contiendas que traten sobre este fuero en particular, por lo que es pertinente el analizar la conveniencia de no efectuar el requerimiento.

En el caso de que se haya desvinculado a un trabajador sin fuero, por el uso de alguno de los derechos tratados a lo largo de este trabajo, aquello constituye un despido indebido, y la respuesta jurídica ante esta actuación es la demanda de indemnizaciones que el empleador debe pagar al trabajador, cuyo monto dependerá de la causal invocada en la carta de despido. A esta acción probablemente le corresponderá una tramitación de acuerdo al procedimiento ordinario laboral.

Adicionalmente, es posible enmarcar el caso anterior como un acto de vulneración de derechos fundamentales del trabajador, específicamente por actos discriminatorios, lo cual se diligencia a través de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Es importante aclarar que la aplicación de esta vía judicial no es completamente segura, pues aun cuando el artículo 2 inciso cuarto del Código del Trabajo considera como actos discriminatorios a los basados en diversos aspectos como maternidad y filiación, no se declara expresamente sobre la paternidad, y buscar su inclusión es sumergirse en una discusión acerca de si este inciso tiene o no pretensiones de taxatividad.

Otra posible contienda judicial es el caso de que un organismo que tiene encargado el pago de algún subsidio, se rehúse a entregar los montos correspondientes. Este tipo de conflicto, iniciado por una demanda en contra de la entidad pagadora del subsidio, deberá ser tramitado de acuerdo a un procedimiento ordinario laboral, pues en virtud del artículo 420 letra c) del Código del Trabajo, este tipo de juicios son materia de los tribunales laborales.

Por último, también es posible intentar una acción de protección por los actos discriminatorios en que incurra el empleador o una entidad administrativa en contra del trabajador, pero aquello corre el riesgo de ser rechazado si la Corte de Apelaciones que corresponda, considera que esta no es la sede judicial para la reclamación de estos actos, cuestión que es posible dado la existencia de las vías judiciales previamente mencionadas.

Como recomendación general, aconsejamos determinar, en primera instancia, cuáles son las posibles vías judiciales a aplicar en el caso concreto, sean generales o particulares al derecho vulnerado. Hecho esto, se debe balancear las ventajas y desventajas de cada una de estas vías, tomando en cuenta la opinión e intereses del patrocinado, para así elegir la que mejor compatibilice estos aspectos.

SECCIÓN TERCERA: LEGE FERENDA Y DERECHO COMPARADO “CLÍNICA LEGISLATIVA”

1. Derecho Comparado

Este apartado consistirá en un análisis del tratamiento legislativo que le dan otros países a materias relativas a la protección de la paternidad, en particular sobre la regulación que versa acerca de los permisos de ausencia otorgados a los padres con ocasión del nacimiento de un hijo, o licencias paternales, que se denominan comúnmente en el derecho comparado como “*paternity leave*”.

Cabe hacer una distinción preliminar entre aquellos ordenamientos jurídicos que además de contemplar el derecho la licencia paternal, conceden además un subsidio, denominado primordialmente como “*paid leave*”, el cual no se presenta de manera uniforme en estos países: Algunos lo contemplan considerando la totalidad del permiso de ausencia, mientras que otros no contemplan subsidio alguno, e incluso hay países que regulan una modalidad mixta, pagando el subsidio solo por una fracción del permiso de ausencia.

Estas disparidades entre diversos tipos de licencias parentales se deben a que, en la actualidad, no se han establecidos estándares internacionales para el otorgamiento y regulación de estos derechos, sin perjuicio de que existe cierto nivel de conciencia de la importancia de esta regulación. En particular, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha publicado diversos trabajos pertinentes, intentando generar un mayor nivel de conciencia internacional.

1.1 Derecho a licencia paternal a nivel internacional

La OIT revela que el panorama internacional tiende a más bien a relegar a un segundo plano la regulación y otorgación del derecho a licencia paternal: “*La mayoría de hombres todavía vive en países donde todavía no existe tal derecho. Especialmente, hay 70 países (de 185) sin proveer legalmente licencias paternales, donde 1.26 billones de potenciales padres viven (63.3 por ciento)*” (traducción por los autores de este trabajo)¹¹⁶.

¹¹⁶ Addati, L., Cattaneo, U., & Pozzan, E. 2022. Care at work: Investing in care leave and services for a more gender equal world of work. International Labour Organization. [en línea] Ginebra, <https://www.ilo.org/global/topics/care-economy/WCMS_838653/lang--en/index.htm> [Consulta: 21 de Mayo de 2023] Página 99. (Traducción de autor).

Para corroborar dicha afirmación, esta entidad, en el mismo trabajo citado, elaboró una tabla con los siguientes datos, que nosotros nos hemos tomado la libertad de disponer en español, con la intención de analizar el panorama internacional:

Región / Agrupación por ingreso	Sin licencia de paternidad reglamentario	Con licencia de paternidad reglamentaria	1-4 días	5-9 días	10-15 días	16-29 días	30 días o más	Duración promedio de licencia paternal en todos los países	Duración promedio de licencia paternal en países con licencia paternal
Mundo	70	115	39	27	36	3	10	3.3	9.0
África	22	32	24	3	5	-	-	2.6	4.2
América	15	19	6	7	5	-	1	3.6	5.8
Estados árabes	8	3	3	-	-	-	-	0.9	2.9
Asia y el Pacífico	15	18	3	7	8	-	-	1.3	7.0
Europa y Asia central	10	43	3	10	18	3	9	15.3	22.2

Ingreso bajo	12	16	11	2	3	-	-	2.6	3.7
Ingreso bajo a medio	22	25	14	7	4	-	-	1.5	6.7
Ingreso medio a alto	20	30	9	11	9	-	1	2.4	6.0
Ingreso alto	16	44	5	7	20	3	9	11.1	22.5

Como primera observación, es preocupante que de los 185 países que conforman la OIT, más de un tercio de ellos no contemplan forma alguna de licencia parental, lo cual contribuye a que el promedio de días de esta licencia a nivel mundial sea de unos meros 3.3 días.

Es más, aun cuando sólo se consideran a los países que disponen de dicho derecho para la elaboración de un promedio, este asciende solamente a 9 días, lo cual sigue siendo notoriamente bajo. Esta precariedad se ve acentuada por la disparidad existente entre los países que otorgan un permiso de 3 días, como es el caso de Bolivia o Panamá, en contraposición con países que ofrecen licencias de hasta 112 días, como es el caso de España, o hasta 197 días en el caso de Eslovenia.

Otro aspecto digno de mención es que geográficamente, Europa y Asia central concentran la mayor cantidad de países con derecho a licencia paternal, y más de la mitad de estos conceden una licencia de a lo menos 10 días, siendo la región más avanzada en esta materia.

En contraste, África reúne la mayor cantidad de países sin derecho a licencia paternal, y aquellos que la establecen, no disponen de un plazo más allá de 4 días, por lo que, en conjunto con Estados árabes, son las regiones más desprotegidas.

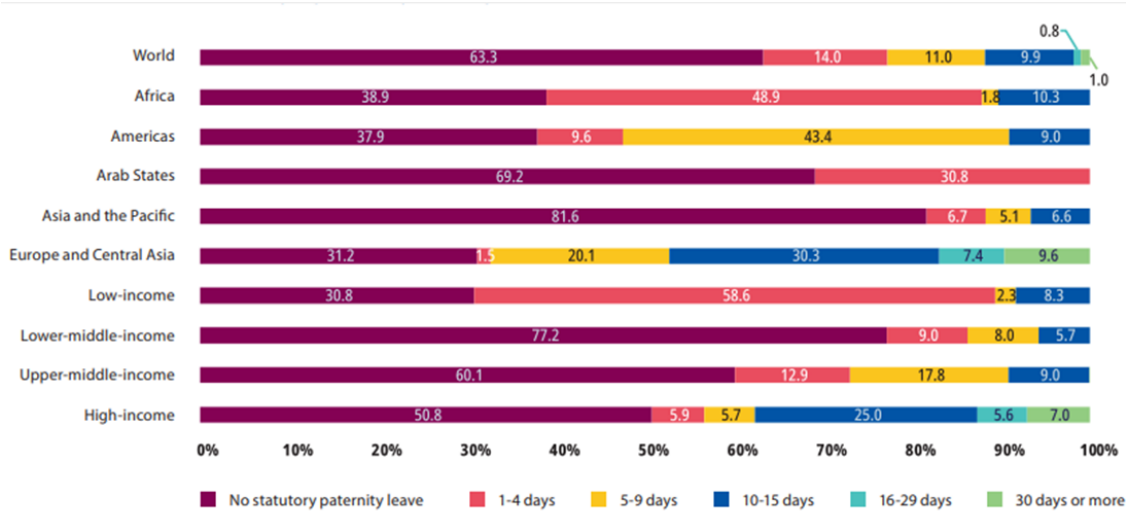
Por su parte, las regiones de América y de Asia y el Pacífico tienen una división cercana al 50% entre los países de sus regiones que garantizan licencia parental y aquellos que no, inclinándose ligeramente

el balance en favor de los países que otorgan esta licencia. Respecto de estos, en América hay una distribución más o menos homogénea de licencias que se extienden entre 1 y 15 días, mientras que en Asia y el Pacífico hay una mayor concentración de licencias con un plazo entre 5 y 15 días.

En lo que respecta a las agrupaciones por ingreso, es destacable la concentración que logran los estados de ingreso alto, tanto en la otorgación de licencias paternales, como también en el relativamente alto número de días de estas, alcanzando un notable promedio de 22.5 días con las naciones que contemplan licencia paternal.

En contraposición, las agrupaciones de ingreso bajo e ingreso bajo-medio ostentan una división cercana al 50% entre países que sí otorgan este derecho y aquellos que no, logrando el primer grupo un promedio de solamente 3.7 en los países con este derecho. Curiosamente, a pesar más de la mitad de que los países de ingreso bajo-medio disponen de una licencia de 4 días, de igual forma detentan un promedio de 6.7 días, superior al de 6 días que se presenta en los países de ingreso medio-alto.

Relacionado con estos datos, y en un esfuerzo de lograr un análisis aún más acabado, la OIT elaboró un gráfico en el cual se comparan a los distintos países en niveles porcentuales de población de padres potenciales:



Las agrupaciones a la izquierda del gráfico corresponden exactamente a las mismas agrupaciones a la izquierda de la tabla previa, mientras que los colores, de izquierda a derecha, representan las siguientes categorías: Sin licencia paternal (morado); Licencia de 1 a 4 días (rojo); Licencia de 5 a 9 días (amarillo); Licencia de 10 a 15 días (azul); Licencia de 16 a 29 días (calipso); Licencia de 30 días o más (verde).

Como se observa, un 63.3% de potenciales padres a nivel mundial no gozan de ningún tipo de licencia paternal, y solo un 1.8% goza de licencias superiores a los 15 días.

En cuanto a las divisiones geográficas, Europa y Asia central nuevamente se demuestra como la región más avanzada en esta materia, dado que solo un 31.2% de padres potenciales de la región no gozan de licencia paternal, y en cambio existe una impresionante concentración de un 50.4% de potenciales padres con derecho a licencias de a lo menos 5 días, e incluso se asciende a un respetable 17% con derecho a por lo menos 16 días, siendo la única región que cuenta con población en este tramo.

Al extremo contrario encontramos a la región de Asia y el Pacífico con un desalentador 81.6% de potenciales padres sin derecho a licencia, y con una distribución homogénea del resto de la población entre los tramos de 1 a 15 días.

Parecida es la situación de los Estados Árabes, que ostentan un 69.2% de población sin licencia paternal, y el resto sólo es titular a un máximo de 4 días.

Por otro lado, tanto las regiones de América y de África se posicionan de forma equiparable, con un 37.9% y 38.9%, respectivamente, de población sin derecho a licencia. Para América, el intervalo de licencias entre 5 a 9 días es el más numeroso, con un 43.4%, en contraste con África, que concentra a la mayoría de su población en el de 1 a 4 días con un 48.9%.

Curiosamente, si nos fijamos en las agrupaciones por ingreso, los países con ingreso bajo tienen la menor cantidad de población sin derecho a licencia paternal con un 30.8%, con la contrapartida de que el 58.6% de esta población se encuentra en el tramo de licencias de 1 a 4 días, y un 0% goza de licencias superiores a 15 días.

Los países de ingreso alto tienen la intrigante situación de tener a un 50.8% de su población sin derecho a licencia paternal, pero concentran a un destacable 25% en el intervalo de 10 a 15 días, con 12.6% gozando más de 15 días, situándose como la única agrupación en la que se otorga este tipo de duración.

Por último, los estados de ingreso bajo-medio y medio-alto adolecen de poblaciones sin derecho a licencia ascendientes a 77.2% y 60.1% respectivamente, encontrándose el resto de la población distribuida de manera más o menos homogénea en los tramos de 1 a 15 días.

A esta altura, ya es posible concluir preliminarmente que el área del derecho de protección a la paternidad se encuentra en un estado subdesarrollado a nivel internacional, lo que probablemente se debe a la poca relevancia que se le atribuye, ya que la mera distinción entre países que contempla un derecho a licencia paternal y países que no, encontramos situaciones sumamente desiguales.

Esta disparidad se ve acentuada si se considera que la titularidad a licencia paternal de los padres adoptivos y los padres de mismo sexo es aún más limitada.

Los primeros tienen derecho a licencia paternal en solo 42 países de la OIT, los cuales reúnen a un 13.9% de la población mundial de potenciales padres.

Región / Agrupación por ingreso	Sin licencia paternal	Licencia paternal no es aplicable a padres adoptivos	Licencia paternal es aplicable a padres adoptivos
Mundo	70	72	42
África	22	29	3
América	15	11	8
Estados árabes	8	3	-

Asia y el Pacifico	15	14	3
Europa y Asia central	10	15	28
Ingreso bajo	12	15	1
Ingreso bajo a medio	22	22	3
Ingreso medio a alto	20	18	11
Ingreso alto	16	17	27

Esta tabla demuestra que, después de Europa y Asia Central, la segunda región que otorga la mayor cobertura a padres adoptivos es América, con 8 de sus 19 países. En conjunto, ambas regiones reúnen un total de 36 estados con esta titularidad.

Similar es la situación de las naciones de ingreso alto, que en conjunto con la agrupación de de ingreso medio a alto, tienen un indiscutible liderazgo en este tipo de cobertura, con un total de 38 países.

Es pertinente señalar que en este ámbito se generan ciertas irregularidades, como por ejemplo que la OIT se vio imposibilitada de verificar la situación de los padres adoptivos en la República de Irán, por lo que pareciera indicar una laguna legal al respecto.

Otra particularidad es que existen 3 estados en donde la duración de la licencia paternal para padres adoptivos, es mayor que la duración de la licencia paternal ordinaria: Ecuador ofrece 15 días a los padres adoptivos, en contraposición a los 5 de los padres biológicos; Ucrania favorece notablemente a los padres adoptivos con una licencia de 56 días pagada, versus su licencia ordinaria de 14 días sin pago alguno, en lo que pareciera ser una política social deliberada, y; Por último, Kenya le otorga a sus padres adoptivos el derecho a una licencia de un mes completo, en vez de la licencia ordinaria de 14 días.

En contraste, también existen naciones que, en desmedro de los padres adoptivos, contemplan licencias más breves que las ordinarias: Surinam recorta esta licencia en 3 días, otorgando solo 5 días a los padres adoptivos, y; Turquía solo ofrece 3 días de licencia, en comparación a los 5 días de la licencia ordinaria.

Respecto a la cobertura entregada a los padres del mismo sexo, esta es por lejos la más precaria a nivel mundial, con solo 20 países extendiendo la titularidad a esta categoría de padres.

Región / Agrupación por ingreso	Sin licencia paternal	Licencia paternal no es aplicable a padres del mismo sexo	Licencia paternal es aplicable a padres del mismo sexo
Mundo	70	94	20
África	22	31	1
América	15	17	1

Estados árabes	8	3	-
Asia y el Pacífico	15	16	2
Europa y Asia central	10	27	16
Ingreso bajo	12	16	-
Ingreso bajo a medio	22	25	-
Ingreso medio a alto	20	27	3
Ingreso alto	16	26	17

Estos números no incluyen al estado de Uruguay, dado que la OIT no encontró información en cuanto a la otorgación de este derecho a los padres de mismo sexo.

La escasa titularidad de los padres del mismo sexo, que se concentra en la región de Europa y Asia central y la agrupación de países de ingreso alto, no resulta sorprendente, pues la concesión de ciertos derechos a personas pertenecientes a los grupos LGBTQI+ es una materia incipiente en la actualidad, existiendo todavía naciones que no reconocen las formas de identificación de estos grupos, y hasta algunas penalizando las relaciones de personas del mismo sexo.

1.2 Derecho a subsidio en conjunto con la licencia paternal a nivel internacional

Según las investigaciones de la OIT, de los 115 países que otorgan derecho a licencia paternal, 102 también contemplan un derecho de subsidio que acompaña a la licencia, y en la gran mayoría de estas naciones es equivalente al 100% de las remuneraciones previas de los trabajadores.

La siguiente tabla, elaborada por la OIT, y que nosotros nos hemos tomado la libertad de traducir al español, expresa estos datos.

Región / Agrupación por ingreso	Sin licencia de paternidad	Sin pago	Pagado, pero monto no es cuantificable como porcentaje de remuneración previa	Menos de dos tercios de remuneración previa	Entre dos tercios y 99% de remuneración previa	100% de remuneración previa
Mundo	70	13	4	2	15	81
África	22	2	-	1	-	29
América	15	2	-	-	-	17

Estados árabes	8	-	-	-	-	3
Asia y el Pacífico	15	1	1	1	2	13
Europa y Asia central	10	8	3	-	13	19
Ingreso bajo	12	2	-	-	-	14
Ingreso bajo a medio	22	3	-	1	1	20
Ingreso medio a alto	20	4	-	1	1	24
Ingreso alto	16	4	4	-	13	23

La tendencia mundial que se sustrae de estas cifras, es que efectivamente el subsidio suele ser equivalente al 100% de las remuneraciones previas. Las dos concentraciones siguientes en orden de relevancia son: Subsidio entre dos tercios y el 99% de la remuneración previa y falta de pago, respectivamente.

El tramo de subsidios correspondiente a la imposibilidad de cuantificar en un porcentaje de la remuneración previa, existe en virtud de las políticas de ciertos países de pagar un monto universal a todos los beneficiarios, independiente de su remuneración previa, o porque ciertas legislaciones establecen topes a los montos que entregan.

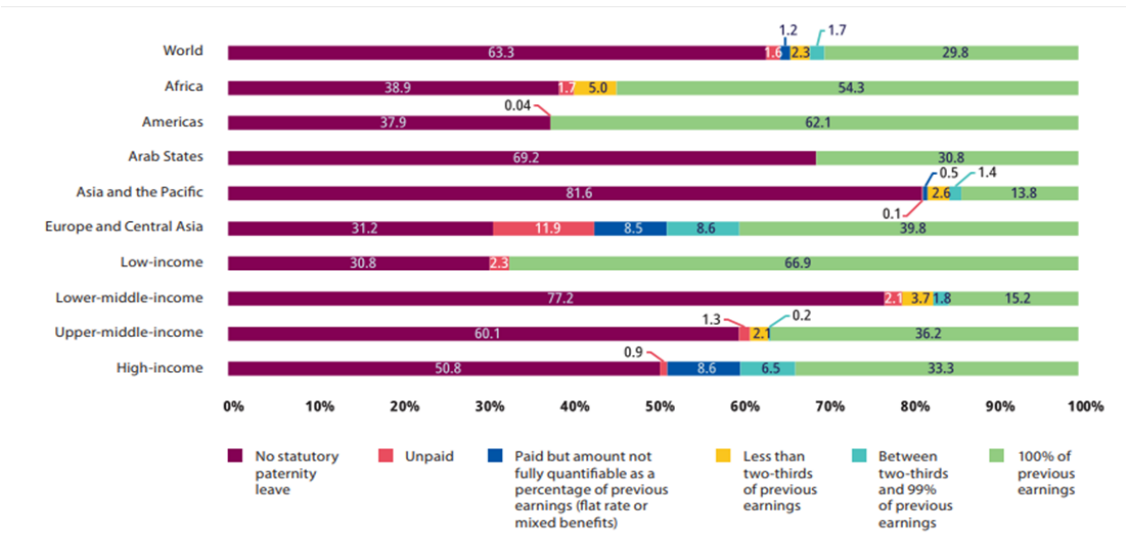
En cuanto a las regiones de la tabla, llamativa es la situación de Europa y Asia central, al ser la zona con el mayor número de países que no otorgan subsidio que corresponda al 100% de la remuneración. Sorpresivo es que, siendo el grupo geográfico con la mayor cantidad de países que disponen de derecho a licencia paternal, sea a su vez un sector en que más de la mitad de sus naciones otorgan un subsidio reducido, concentrando a 13 de sus estados en el intervalo de subsidios entre dos tercios y el 99% de la remuneración previa. Adicionalmente, presenta la mayor cantidad de países regionales que no dan derecho a subsidio alguno.

El resto de los territorios ostentan muy pocos estados que no concedan un subsidio del 100%, siendo una excepción el sector Asia y el Pacífico, con 5 en total que optan por un subsidio de menor entidad.

Respecto a las agrupaciones por ingreso, resulta irónico que sea el grupo de ingreso alto el que reúne la mayor cantidad de naciones que no pagan el 100% de la remuneración previa, con el número de 21 países sin un subsidio completo, 13 de los cuales deciden en pagar entre dos tercios y el 99% de la remuneración.

Esta tendencia se repite al ver la situación de los países de ingreso medio-alto, ya que reúnen 6 territorios que pagan por debajo del 100%, 4 de ellos que no pagan subsidio alguno, cantidad idéntica a la del grupo de alto ingreso.

La OIT, al transformar estas cifras a porcentajes poblacionales de padres potenciales, se obtuvo el siguiente gráfico.



Las agrupaciones de la izquierda son idénticas a las de la tabla analizada previamente, mientras que los tramos son los siguientes: Sin licencia paternal (morado); Sin pago (rojo); Pagado, pero monto no es cuantificable como porcentaje de remuneración previa (azul); Menos de dos tercios de remuneración previa (amarillo); Entre dos tercios y 99% de remuneración previa (calipso); 100% de remuneración previa (verde).

Se sustrae de este grafique que, por lo menos en materia de subsidio, el panorama internacional es próspero, ya que casi toda la población con derecho a licencia paternal goza de un subsidio del 100% de su remuneración previa, con un mero 6.8% que no se encuentra en esta situación.

Regionalmente, es Europa y Asia central quienes reúnen al mayor porcentaje poblacional con subsidios menores al 100%, dado que un 29% de sus habitantes no perciben un subsidio incompleto.

Trascendentalmente, esta tendencia se repite respecto de los países de ingreso alto, ya que un 16% de sus potenciales padres no se encuentran amparados por un reemplazo remuneracional del 100%.

Estas tendencias revelan que, si bien son estos grupos los que otorgan las licencias paternas más extensas, son a la vez las legislaciones que más restringen los subsidios, lo cual pareciera indicar que la extensión de estas licencias puede tener un efecto limitante en el monto de estas prestaciones económicas.

La situación del grupo de bajo ingreso, que goza de un 66.9% poblacional cubierto con subsidios del 100%, le da aún más veracidad a esta observación, pues esta agrupación detenta una concentración muy alta de licencias de 1 a 4 días, que por su brevedad tienen costos bajos de cobertura.

Como último análisis de esta tabla, en términos de titularidad poblacional, la región de América lidera con creces este aspecto, con un 62.1% de potenciales padres con derecho a reemplazo remuneracional del 100%, mientras que África se encuentra en segundo lugar con un notable 54.3%.

Otro factor de relevancia para el subsidio, es el origen de los fondos con que se pagó, dado que existe la opción de que este provenga de los de seguridad social de cada administración estatal, o que en cambio sea el empleador quien soporta estos costos. Al respecto, la OIT entrega los siguientes datos.

Región / Agrupación por ingreso	Sin licencia paternal	Seguridad social	Responsabilidad del empleador	Mixto	Sin pago
Mundo	70	32	61	9	13
África	22	4	25	1	2
América	15	3	13	1	2
Estados árabes	8	-	3	-	-
Asia y el Pacífico	15	5	12	-	1
Europa y Asia central	10	20	8	7	8
Ingreso bajo	12	1	13	-	2
Ingreso bajo a medio	22	5	17	-	3

Ingreso medio a alto	20	5	21	-	4
Ingreso alto	16	21	10	9	4

Esta tabla demuestra una tendencia fuertemente marcada de que el subsidio de la licencia paternal sea de cargo del empleador, optando más la mitad de los países que establecen derecho a subsidio por esta alternativa, cifra que asciende a 70 si se consideran a las legislaciones con un sistema mixto, dado que también cargan al empleador con parte de estos gastos.

Esta situación es objeto de preocupación para la OIT, pues en sus propias palabras: *“La dependencia en los empleadores como la fuente principal de financiación de licencias paternales no coincide con los principios de solidaridad en lo que respecta al financiamiento de esquemas de beneficios en efectivo y la distribución de riesgos, siendo ambos esenciales para asegurar la combinación de recursos necesaria para una distribución más justa y colectiva de los costos y responsabilidades del alumbramiento de niños.”*¹¹⁷

En cuanto a las categorías de la tabla, Europa y Asia central es la única región en que se revierte esta tendencia, con la mayoría de sus estados encargando al sistema de seguridad social el pago del subsidio. A su vez, casi todas las naciones que optan por un sistema mixto se concentran aquí.

La situación es casi idéntica en la agrupación de ingreso alto, que también se inclina por un sistema de seguridad social, e igualmente es la única de su categoría que contempla sistemas mixtos.

Para finalizar este análisis sobre el subsidio, resulta de suma importancia el observar que ocurre con los trabajadores independientes.

Esta clase de trabajadores sufre de un panorama diametralmente opuesto, ya que solo 30 países de la OIT ofrecen un subsidio a los trabajadores independientes, 4 de los cuales lo hacen en base a afiliación

¹¹⁷ Addati, L., Cattaneo, U., & Pozzan, E. 2022. Care at work: Investing in care leave and services for a more gender equal world of work. International Labour Organization. [en línea] Ginebra, <https://www.ilo.org/global/topics/care-economy/WCMS_838653/lang--en/index.htm> [Consulta: 21 de Mayo de 2023] Página 107. (Traducción de autor)

voluntaria, por lo que dicha cobertura depende de la voluntad y la capacidad del trabajador para afiliarse al sistema.

Región / Agrupación por ingreso	Sin licencia paternal	Sin cobertura para trabajadores independientes	Cobertura voluntaria para trabajadores independientes	Cobertura obligatoria para trabajadores independientes
Mundo	70	85	4	26
África	22	30	1	1
América	15	16	1	2
Estados árabes	8	3	-	-
Asia y el Pacífico	15	14	1	3

Europa y Asia central	10	22	1	20
Ingreso bajo	12	15	1	-
Ingreso bajo a medio	22	23	1	1
Ingreso medio a alto	20	27	1	2
Ingreso alto	16	20	1	23

Estos números se tornan cruciales cuando son expresados por la OIT en porcentajes poblacionales: “A través del mundo, en 2020, 931 millones de hombres - o el **47.5 por ciento de todos los hombres trabajadores** - son trabajadores independientes. Sin embargo, solo 3.8 por ciento de ellos (o 35 millones) viven en los 30 países que contemplan licencias paternales con beneficios en efectivo para trabajadores independientes.”¹¹⁸ (Traducción realizada por los autores de este trabajo).

Como conclusión de los datos consultados, si bien los grupos de Europa y Asia central y de países de ingreso alto presentan ciertos reparos en cuanto al monto del subsidio que otorgan, han establecido una estructura de seguridad social para el pago de este, lo que les permite superar los problemas inherentes

¹¹⁸ Addati, L., Cattaneo, U., & Pozzan, E. 2022. Care at work: Investing in care leave and services for a more gender equal world of work. International Labour Organization. [en línea] Ginebra, <https://www.ilo.org/global/topics/care-economy/WCMS_838653/lang--en/index.htm> [Consulta: 21 de Mayo de 2023] Página 109. (Traducción de autor).

a la dependencia en el empleador para solventar esta prestación, e incluso algunas de estas naciones han podido extender esta estructura en beneficio de los trabajadores independientes, demostrando el mayor nivel de desarrollo en esta materia a nivel mundial.

1.3 Protección contra el despido a nivel internacional

“Si no es complementado por protecciones laborales adecuadas y medidas antidiscriminación, el derecho a licencia paternal puede verse insatisfecho por la mayoría de sus titulares.”¹¹⁹

Entre más relevancia y beneficios se asocien a la licencia paternal, mayor importancia adquirirá la protección laboral que se otorgue en virtud de este derecho.

Si examinamos a los países de la OIT, sólo un número reducido dispone de protecciones adecuadas y claras en contra del despido del trabajador.

Región / Agrupación por ingreso	Sin licencia paternal	Sin protección explícita	Protección sin duración especificada	Protección durante la licencia	Protección durante la licencia más un periodo adicional
Mundo	70	60	8	26	21
África	22	22	2	7	1

¹¹⁹ Ibid, página 119.

América	15	13	1	2	3
Estados árabes	8	3	-	-	-
Asia y el Pacífico	15	11	1	4	2
Europa y Asia central	10	11	4	13	15
Ingreso bajo	12	11	2	3	-
Ingreso bajo a medio	22	19	-	5	1
Ingreso medio a alto	20	14	3	7	6

Ingreso alto	16	16	3	11	14
---------------------	----	----	---	----	----

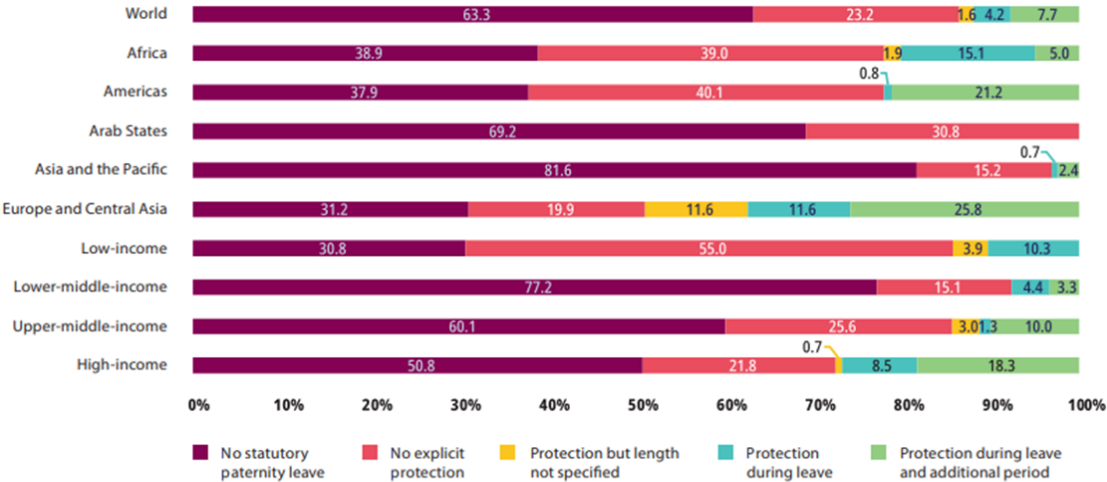
Como se observa, de las legislaciones que conceden titularidad a la licencia paternal, se encuentran divididas casi en un 50% respecto de si otorgan protección en contra del despido o no, siendo un poco mayor el número que no garantiza dicha protección.

Por otro lado, llama la atención que la categoría de ordenamientos jurídicos que no especifican la duración de la protección ascienda a 8, situación que solo puede derivar en un incremento de conflictos y juicios en la materia. Sorpresivo es que la mitad de estos países se encuentren en la región de Europa y Asia central, y que a su vez 6 de ellos pertenezcan a las agrupaciones de ingreso medio-alto e ingreso alto.

La categoría consistente en un plazo de protección por la duración de la licencia merece el comentario de que, si bien es indiscutiblemente mejor a no contar con protección alguna, de igual forma deja expuesto al trabajador a un despido inmediato una vez terminada la duración de la licencia, por lo que constituye una circunstancia indeseable que sea la segunda mayor categoría de la tabla, conformándose principalmente por las regiones de Europa y Asia central y África, y por las agrupaciones de ingreso medio-alto y alto.

La protección más robusta es indudablemente aquella otorgada por el periodo de la licencia más un periodo adicional, cuya titularidad sólo es brindada en un total de 21 naciones, 15 de ellas pertenecientes a Europa y Asia central, y estando el resto distribuidas en las regiones de América, África y Asia y el Pacífico. A su vez, estos 21 territorios son integrantes casi en su totalidad de las agrupaciones de ingreso medio-alto y alto.

La OIT también coleccionó estos datos en porcentajes poblacionales de potenciales padres, y obtuvo el siguiente gráfico.



A la izquierda del gráfico se encuentran las mismas regiones y agrupaciones dispuestas en la tabla anterior, y en el mismo orden. En la parte de abajo del gráfico, se expresan las categorías del gráfico, que de izquierda a derecha son: Sin licencia paterna (morado); Sin protección explícita (rojo); Protección sin duración especificada (amarillo); Protección durante la licencia (calipso), y; Protección durante la licencia más un periodo adicional (verde).

A nivel mundial, se dilucida que sólo un 13.5% de potenciales padres con derecho a licencia se encuentran bajo algún tipo de protección laboral, y un mero 7.7% cuenta con un fuero de duración equivalente al plazo de la licencia más un periodo adicional.

Las regiones de África y América se posicionan de manera muy parecida, ambas con un 22% de población bajo protección, diferenciándose en que América ostenta un 21.2% poblacional dentro del tramo de protección más alto, mientras que en África este intervalo alcanza solamente un 5%.

Europa y Asia central por su parte tiene un considerable 49% de potenciales padres bajo algún tipo de protección, correspondiendo un 25.8% al mejor tramo, pero con la contrapartida de que un 11.6% no tiene certeza del periodo de fuero que le corresponde.

En las agrupaciones por ingreso, el porcentaje de población con algún periodo de protección es sumamente bajo en las naciones que no pertenecen al grupo de ingreso alto, únicamente ascendiendo a: 14.2% (ingreso bajo), 7.7% (ingreso bajo-medio), y 14.3% (ingreso medio-alto).

La agrupación de ingreso alto es la única que logra un porcentaje medianamente decente, con un 27.5% del total de su población protegida, gozando la mayoría (un 18.3%) de la duración más extensa.

Otros factores a considerar en cuanto a estas protecciones son la carga de la prueba en el caso de que se despida al trabajador, así como el deber de reincorporación del empleador.

La carga de la prueba en esta materia se refiere a que, en el caso de que el empleador termine desvinculando al trabajador de sus labores, este tiene que probar que aquel despido fue realizado en base a motivos distintos a que el trabajador tomó la licencia paternal a la que tiene derecho.

Solo 36 países de la OIT radican la carga de la prueba en esta materia en el empleador, perteneciendo la gran mayoría de ellos a la región de Europa y Asia central, y a su vez a la agrupación de ingreso alto.

Región / Agrupación por ingreso	Sin licencia paternal	Sin carga de la prueba en el empleador	Carga de la prueba radicada en el empleador
Mundo	70	79	36
África	22	25	7
América	15	17	2

Estados árabes	8	3	-
Asia y el Pacífico	15	15	3
Europa y Asia central	10	19	24
Ingreso bajo	12	13	3
Ingreso bajo a medio	22	22	3
Ingreso medio a alto	20	24	6
Ingreso alto	16	20	24

En porcentajes poblacionales, sólo un 9% de potenciales padres a nivel mundial viven en países en que la carga de la prueba se encuentre radicada en el empleador.

Como aspecto final del fuero, es pertinente indicar que 30 de las 115 naciones pertenecientes a la OIT que dan derecho a licencia paternal, también imponen al empleador el deber de reincorporar al trabajador en su misma posición anterior o una equivalente. Nuevamente la mayoría pertenecen a la región de Europa y Asia central, y a la agrupación de ingreso alto.

Región / Agrupación por ingreso	Sin licencia paternal	Sin garantía de reincorporación	Reincorporación en misma posición o equivalente	Reincorporación en misma posición
Mundo	70	84	17	13
África	22	29	-	3
América	15	16	1	2
Estados árabes	8	3	-	-
Asia y el Pacífico	15	15	2	1

Europa y Asia central	10	21	14	7
Ingreso bajo	12	14	-	2
Ingreso bajo a medio	22	23	1	1
Ingreso medio a alto	20	24	2	4
Ingreso alto	16	23	14	6

Estos números se traducen en que un 7.1% de potenciales padres gozan de alguna clase de garantía de reincorporación.

Para finalizar este análisis sobre fuero, se concluye de los datos expuesto que, si bien existe un grado de conciencia de la relevancia de las protecciones laborales, son pocos los ordenamientos jurídicos que deciden incorporarlas, y menos todavía los que priorizan que dichas protecciones sean lo suficientemente sustanciales para contrarrestar los incentivos negativos asociados con el uso de licencias paternales, circunstancia incide de forma importante en el uso de este derecho.

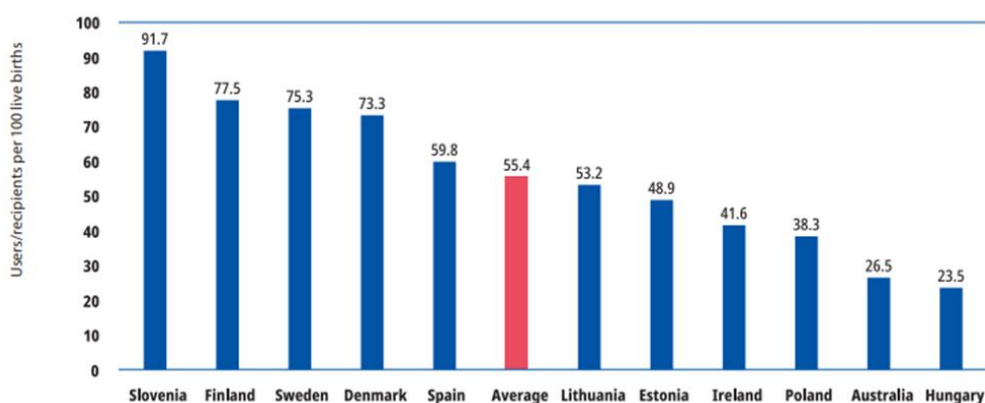
1.4 Tasas internacionales de utilización de licencias paternales

Las tasas de uso de las licencias paternales es quizás la información de mayor relevancia en esta materia, pues por mucho que se establezca una institucionalidad que respalde a estos derechos, las tasas de

utilización van a ser los datos más certeros acerca de su éxito en la práctica, así como también las cifras que evidencian de mejor forma las complicaciones prácticas del uso de este derecho.

Desafortunadamente, la cantidad de estados que recopilan estos datos es muy escasa, la frecuencia con que se recopilan también es alarmantemente baja, lo que demuestra que incluso en las naciones en que mejor se ha desarrollado la protección a la paternidad, la importancia asignada a esta subrama del derecho no se condice con la utilidad práctica que representa.

Solo la OECD dispone de estadísticas relacionadas con las tasas de uso de licencias parentales, las cuales se encuentran desactualizadas al provenir de datos recopilados del año 2016. No obstante, es la mejor información de la cual se dispone en la actualidad.



En el lado izquierdo del gráfico se contabilizan los números de usuarios de las licencias parentales por cada 100 nacimientos, o en otras palabras, el porcentaje de usuarios de las licencias parentales. En la parte de abajo del gráfico, se contemplan los siguientes estados y un promedio, ordenados de izquierda a derecha según el porcentaje de uso: Eslovenia, Finlandia, Suecia, Dinamarca, España, promedio, Lituania, Estonia, Irlanda, Polonia, Australia y Hungría.

El mayor porcentaje es logrado claramente por Eslovenia, con una remarcable tasa del 91.7% de uso. El segundo lugar lo ostenta Finlandia, con una tasa del 77.5%,

Los porcentajes más bajos pertenecen a Australia y Hungría con un 26.5% y un 23.5% respectivamente.

El promedio del gráfico, elaborado con los datos de estos países de la OECD, corresponde a un 55.4%.

Todos los estados que conforman este gráfico están agrupados bajo la región de Europa y Asia central de la OIT, con la única excepción de Australia, que está asignado a la región de Asia y el Pacífico. Esta circunstancia tiene severas implicaciones a nivel internacional, ya que quedó demostrado sin lugar a dudas que la región de Europa y Asia central es por lejos la región con políticas de protección a la paternidad más robustas, y que un promedio que contabiliza a un grupo de estos estados apenas alcance a un 55.4%, apuntaría a que el porcentaje de uso en otras naciones es mucho menor al esperado.

Sin embargo, hay que considerar que este es un promedio computado con estadísticas pertenecientes sólo a 11 naciones, y fue elaborado en el año 2016, por lo que estas cifras no son del todo confiables en la actualidad.

En cualquier caso, este gráfico indica que el porcentaje de uso de la licencia paternal a nivel internacional es significativamente menor a lo deseable, lo cual puede deberse diversos factores, como serían legislaciones que no proveen subsidio en el uso de estas licencias, o una gran dependencia en el empleador para proveer financiamiento el de esta prestación.

Evidentemente estas realidades afectan de forma negativa la utilidad de la licencia paternal, dado que en el primer caso se priva de la fuente principal de ingresos al padre de un hijo recién nacido, quien incurrirá por este solo hecho en una diversidad de costos adicionales. En el segundo, el trabajador se ve expuesto a represalias y conductas discriminatorias por parte del empleador, ya que un número importante de naciones no disponen de protecciones contra del despido, y en los países que sí las establecen, rara vez son lo suficientemente robustas.

Todo lo anterior es sin siquiera mencionar los roles de género y estigmas asociados con ser el “proveedor del hogar”, lo cual también afecta negativamente a la tasa de uso de este derecho.

1.5 Observaciones sobre el derecho comparado de la protección a la paternidad

Como conclusión de esta sección sobre derecho comparado, podemos afirmar que a pesar de los esfuerzos de la OIT y de las diversas organizaciones en protección a la paternidad, nos encontramos ante un panorama subdesarrollado en esta materia, no sólo en cuanto a la titularidad de los derechos - con más de un tercio de las naciones de la OIT denegando esta titularidad - sino que además se observa que la mayoría de las licencias tienen una duración breve, en general no son otorgadas a padres adoptivos y

del mismo sexo, adolecen de problemas de financiamiento de los subsidios y rara vez se extienden protecciones laborales a los trabajadores.

A nivel mundial, es clara la necesidad de desarrollar esta área del derecho de forma mucho más extensa, lo que debe venir acompañado de esfuerzos que logren expandir la conciencia de su importancia.

Al respecto, el informe de la OIT expresa las siguientes palabras: *“Cuando este derecho es legislado, frecuentemente es muy corto, no muy bien pagado y voluntario, y por tanto no logra alcanzar el objetivo de transformar la distribución de labores de cuidado no remuneradas entre mujeres y hombres. (...) Mayor disponibilidad de un derecho universal a una licencia paternal más larga, bien pagada y obligatoria, financiada a través de la seguridad social con adecuadas protecciones laborales y medidas antidiscriminación incitará un aumento en las tasas de utilización de la licencia paternal, y de este modo se reconocerá las obligaciones y derechos de los hombres en el cuidado, promoviendo una distribución igualitaria de las responsabilidades familiares entre mujeres y hombres, y ofreciendo a los niños el mejor inicio de la vida.”*¹²⁰

Consecuentemente, es necesario aclarar que la gran disparidad entre la situación presentada por las naciones de Europa y Asia central, en conjunto con la agrupación de ingreso alto, en relación al resto del mundo, no puede ser utilizada para afirmar que la factibilidad de estos derechos es dependiente de encontrarse en una situación privilegiada.

Si bien queda claro que estos estados gozan de diversas ventajas, incluyendo un mayor desarrollo de la protección a la paternidad, no por ello se debe concluir que esta circunstancia es un lujo que solo estos estados pueden detentar. Particularmente ciertas son las palabras de doña María Ballester, enunciadas con ocasión de las postergaciones legislativas sufridas en España, en la implementación de una licencia paternal de 4 semanas: *“La suspensión del incremento de su duración a cuatro semanas evidencia que la corresponsabilidad (y en general las políticas de igualdad) son consideradas una especie de lujo del que es necesario prescindir en época de crisis en lugar de una inversión para el sostenimiento del sistema de Seguridad Social.”*¹²¹

¹²⁰ Addati, L., Cattaneo, U., & Pozzan, E. 2022. Care at work: Investing in care leave and services for a more gender equal world of work. International Labour Organization. [en línea] Ginebra, <https://www.ilo.org/global/topics/care-economy/WCMS_838653/lang--en/index.htm> [Consulta: 21 de Mayo de 2023] Página 125. (Traducción de autor)

¹²¹ Ballester M. La era de la corresponsabilidad: Los nuevos retos de la política antidiscriminatoria. Lan Harremanak Revista de Relaciones Laborales, 25, Universidad del País Vasco. 2012. Página 75.

De arribar a dicha conclusión sobre la protección a la paternidad, se está también afirmando que la igualdad de género, la repartición de labores no remuneradas de cuidado y la protección a la niñez son todas prioridades de segunda clase, que pueden ser postergadas sin mayor dificultad o consecuencia, ya sea por motivos económicos, sociales, u otros.

Adicionalmente, aunque ya se hayan mencionado numerosos motivos que evidencian la importancia de la regulación de esta área del derecho, cabe mencionar otro factor de relevancia: Promover la igualdad de labores de género y la corresponsabilidad incide positivamente en las tasas de natalidad y de recambio generacional, tal y como expone doña Carolina Schmidt Zaldívar en el segundo informe de las Comisiones de Trabajo y Previsión Social, y de Salud, unidas, elaborado en ocasión a las sesiones del congreso sobre la ley 20.545:

“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.”¹²²

Por tanto, y como comentario final, es que sostenemos que el alto desarrollo que han logrado los países de Europa y Asia central, y las naciones de ingreso alto de la OIT, no son estatutos legales a los cuales solo puedan aspirar naciones privilegiadas, sino que son modelos deseables y adaptables a diversas realidades, que se deben pretender emular en virtud de la importancia de los beneficios que ello conlleva.

2. Lege ferenda

“Desde otra perspectiva, la educación clínica ha subrayado también la variedad de actividades que desarrollan los abogados, que no se limita únicamente al asesoramiento lucrativo de clientes y al litigio (...) las denominadas “clínicas legislativas” en las que el objeto de trabajo de los alumnos es colaborar

¹²² Historia de la Ley N° 20.545: Modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental. Chile. 2011. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1030936&buscar=20545>> [consulta: 21 de Mayo del 2023]

con la tarea legislativa - generalmente en los ámbitos provincial o municipal - mediante la elaboración de propuestas normativas y de documentación de respaldo, destinadas a enriquecer el debate legislativo sobre temas de interés público (...) Así, su tarea consiste en detectar y proponer soluciones para lagunas, contradicciones, inadecuaciones o anacronismos del sistema legal, realizar investigaciones de derecho comparado, desarrollar la técnica legislativa y formular y redactar normas propuestas, con el objetivo de influir en el proceso legislativo.”¹²³

2.1 Aspectos generales

El análisis previo del panorama internacional revela que aún existe una regulación precaria en esta materia, con un promedio de tan sólo 9 días de licencia paternal por parte de los países que lo establecen. En este aspecto, Chile se encuentra en una posición aún más rezagada, ya que sólo cuenta con una licencia paternal de 5 días, que si bien, contempla el derecho a la remuneración total, ésta es de cargo del empleador y no considera ningún tipo de protección laboral, como es el caso del fuero.

Como se explicó previamente, la ley 20.545 del postnatal parental fue un intento de mejorar la situación del padre respecto a su licencia paternal, pero en razón de sus diversas limitaciones - *siendo la principal que no otorgó un derecho individualizado propiamente tal al padre* - fracasó por no reconocer que el rol que ejerce el padre es principal y no de carácter secundario o subsidiario.

A pesar de que esta ley identificó correctamente el problema de base y que llevó a cabo un esfuerzo activo para mejorar el estado de la situación, las modificaciones que introdujo no fueron suficientemente importantes como para lograr una reforma trascendental. *“Si bien es cierto que las responsabilidades familiares paternas en el ámbito de la parentalidad se reconocen cada vez más en la mayoría de los países, la transición hacia el nuevo modelo de sustentador (y cuidador) universal requiere una reorganización fundamental de los Estados de bienestar. Sólo en la medida en que se capacite y promueva la participación de los hombres en el cuidado no remunerado en un nivel similar al de las mujeres, sobre todo a partir de la crianza de los hijos pequeños, se podrá mejorar la igualdad de género y la calidad de los vínculos entre padres e hijos.”¹²⁴*

¹²³ Courtis C. La educación clínica como práctica transformadora. 2007. [en línea] <<https://redclinicasjuridicas.ar/wp-content/uploads/2021/11/19-La-ensanza-clinica-como-practica-transformadora.pdf>> [consulta: 22 de Mayo del 2023]. Páginas 20 – 21.

¹²⁴ Flaquer, L. y Escobedo, A. 2014. Licencias parentales y política social de la paternidad en España. [en línea] Cuadernos de relaciones laborales, España. <https://doi.org/10.5209/rev_crla.2014.v32.n1.44714> [Consulta: 21 de Mayo de 2023] Página 71.

El establecimiento de una licencia paternal adecuada es uno de los pasos más importantes si se desea promover de manera efectiva el rol del padre en esta materia, y para establecer este tipo de licencia, es necesario tomar en consideración las experiencias tanto nacionales como internacionales, pues de no tomar medidas idóneas, estos derechos quedan expuestos a ser simplemente ignorados:

*“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.”*¹²⁵

Un factor que incide significativamente en las tasas de uso de las licencias paternas es el grado de precariedad que exista en la situación laboral de cada padre, particularmente, qué tan expuesto se encuentra el trabajador ante una eventual “penalización” por el uso de la licencia, cuestión que a su vez está muy relacionada con las expectativas que se tienen de un padre trabajador:

*“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.”*¹²⁶

Resulta paradójico que los mismos estigmas y expectativas de género que se pretenden modificar con el establecimiento de estas políticas, sean a su vez los mismos que entraban el ejercicio libre de estos derechos, dificultando así el cambio de perspectiva social deseado acerca del rol paternal.

¹²⁵ Organización Internacional del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo. Proteger el futuro: Maternidad, paternidad y trabajo. Campaña la igualdad de género en el corazón del trabajo decente. 2008. Página 5.

¹²⁶ Organización Internacional del Trabajo, & Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Trabajo decente y cuidado compartido: Hacia una propuesta de parentalidad. Organización Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. 2013. Páginas 88-89.

Una licencia paternal que pretenda combatir lo anterior y alcanzar altos grados de éxito como política social, debe lograr altas tasas de uso, lo que a su vez requiere una implementación de medidas efectivas y de calidad.

La publicación de la Organización Internacional del Trabajo y del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) del año 2013, previamente citada, analiza según datos otorgados por diversos países, qué tan efectivos son ciertos aspectos de las licencias paternas en lograr mayores tasas de uso, siendo los siguientes los más relevantes a nuestro juicio:

“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. (...) 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. 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. 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.”¹²⁷

En base a las observaciones citadas, podemos sustraer ciertos aspectos cruciales que debe reunir una licencia paternal efectiva y útil: (1) Debe ser un derecho individualizado del padre cuyo goce sea de su completa exclusividad; (2) El subsidio asignado debe ser alto, o por lo menos lo suficientemente alto para que constituya un reemplazo satisfactorio de la remuneración; (3) La flexibilidad del permiso y la garantía de la reincorporación del trabajador son aspectos prioritarios.

Las conclusiones de la OIT y la PNUD fueron elaboradas en el año 2013, lo cual explica parcialmente el por qué no fueron consideradas en la elaboración de la ley 20.545, sobre el postnatal parental.

¹²⁷ [Organización Internacional del Trabajo, & Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2013). Trabajo decente y cuidado compartido: Hacia una propuesta de parentalidad. Organización Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Pág. 85-87.]

Dicho esto, es entonces pertinente analizar si éstas ideas han sido adoptadas por el legislador nacional en la actualidad, en particular respecto del proyecto de ley que se encuentra en tramitación dentro del congreso y que pretende ampliar la licencia paternal de nuestro país, titulado “*Modifica el artículo 195 Código del Trabajo, en materia de permiso para el padre trabajador en caso de nacimiento de un hijo*”, encontrándose bajo el boletín N° 14604-13 de la biblioteca del congreso, y fue ingresado en el año 2021, encontrándose todavía en el primer trámite constitucional ante el Senado. El cual expresa: “*Artículo único.- Sustitúyese el inciso segundo del artículo 195 del Código del Trabajo por el siguiente: En caso de nacimiento de un hijo, el padre tendrá derecho a un permiso de cuatro semanas continuas, el que se deberá utilizar desde el momento del parto. Este permiso también se otorgará al padre que se encuentre en proceso de adopción, y se contará a partir de la notificación de la resolución que otorgue el cuidado personal o acoja la adopción del menor, en conformidad a los artículos 19 y 24 de la ley N° 19.620. Este derecho es irrenunciable. El trabajador que haga uso de este permiso tendrá derecho al subsidio a que se refiere el artículo 198.*”

Artículo transitorio.- La presente ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Diario Oficial. Con todo, la duración del permiso establecido en el inciso segundo del artículo 195 del Código del Trabajo se sujetará a las siguientes reglas:

a) Será de dos semanas para los nacimientos y adopciones que tengan lugar desde la publicación de la ley y hasta el 31 de diciembre de 2023.

b) Será de tres semanas para los nacimientos y adopciones que tengan lugar desde 1 de enero de 2024 y hasta el 31 de diciembre de 2025.

c) Será de cuatro semanas, en los términos que se señalan en la norma permanente, para los nacimientos y adopciones que tengan lugar con posterioridad al último día del tramo anterior.”

Como aspectos cruciales del proyecto, destacamos los siguientes:

1.- Un plazo de 4 semanas no solo cuadruplica la duración actual de la licencia paternal, sino que además posicionaría a Chile como el decimocuarto país de la OIT que contempla una licencia superior a 15 días, que además es superior al promedio mundial de 9 días que considera a las naciones que conceden este derecho;

2.- El permiso es de titularidad exclusiva del padre;

3.- Aun cuando los padres adoptivos ya ostentan la licencia hoy en día, sigue siendo un aspecto digno de mención que se perdure esta circunstancia;

4.- La mención expresa de que sea un derecho irrenunciable hace innecesaria cualquier remisión a otros artículos, y enfatiza su importancia;

5.- La clase de subsidio es muy ventajosa, pues hace aplicable las normas sobre los subsidios de descansos maternos, lo cual tiene 2 consecuencias importantes: El financiamiento del subsidio es de cargo de la seguridad social del país (particularmente las cajas de compensación), y; Si bien se impone un tope, la forma como se calcula este y el pago base del subsidio tienen como pretensiones el reemplazo del 100% de la remuneración previa del trabajador.

6.- Se contempla una implementación progresiva de la licencia para otorgar un periodo de ajuste a seguridad social, a los empleadores y a los trabajadores.

No obstante, podemos observar que se han omitido aspectos de suma importancia para una licencia paternal exitosa:

1.- El error más relevante es la falta de alguna forma de protección laboral, dado que no se concede ningún tipo de fuero o de deber de reincorporación del empleador.

2.- Se elimina la forma alternativa de ejercicio de la licencia actual, consistente en poder distribuir el tiempo del permiso dentro de un periodo de tiempo definido, y la única opción que otorga el proyecto que se goce del derecho en el periodo inmediatamente posterior al parto.

3.- No se contempla ninguna forma de flexibilización para compensar la eliminación del ejercicio alternativo de la licencia.

Aún con estas limitaciones, el texto del proyecto sirve como buen punto de partida para una propuesta legislativa más concreta y desarrollada.

2.2 Medidas concretas a considerar

Primero, hay que determinar qué formas de flexibilización se deben contemplar para el ejercicio del permiso, dado que como estas pueden modificar su duración, deben definirse antes de decidir qué extensión tendrá el fuero.

En particular, que se disponga de una modalidad de ejercicio del permiso a jornada parcial resulta ventajoso por diversos aspectos: (1) Aumenta la duración de la licencia por su propia naturaleza; (2) Se sacrifica menos de la remuneración del padre en el caso de que se encuentre afecto al tope del subsidio y; (3) El trabajador se ve menos expuesto a la precariedad laboral, ya que no se desvincula totalmente de sus tareas.

Adicionalmente, y desde una perspectiva social, se genera una percepción de continuidad en el rol de proveedor económico, por lo que esta modalidad podría ocasionar una mejor recepción de una licencia paternal más extensa y mejor protegida.

Esta es una forma de flexibilización frecuentemente otorgada por la legislación chilena a otros derechos de naturaleza similar, por lo que su implementación y aceptación es relativamente sencilla.

Como esta modalidad aumenta la duración del postnatal parental en un 50% (de 12 a 18 semanas), es razonable ampliar la licencia paternal en esta misma proporción, esto es, de 4 a 6 semanas.

Para la regulación del subsidio bajo esta modalidad, es lógico que se extienda de igual forma la regulación aplicada por las normas del postnatal parental, que disponen que el monto del subsidio bajo este ejercicio corresponde al 50% de lo calculado según el DFL N°44, o en otras palabras, la suma pertinente es equivalente a la mitad de lo que correspondería de ejercerse la licencia a jornada completa.

Determinado lo anterior, otra forma de flexibilización que debe ser incluida a nuestro juicio, es la facultad de distribuir las semanas del permiso dentro de un periodo de tiempo determinado, porque aquello permitiría un alto grado de adaptación a la situación particular de cada trabajador. Otro beneficio es que constituye otra alternativa para que el padre se mantenga vinculado a sus labores.

Para fijar un periodo adecuado en que se pueda efectuar esta distribución de semanas, hay que tener en cuenta que la duración del permiso puede ascender a 6 semanas si se ejerce a jornada parcial. Considerando esto, pareciera ser adecuado que se contemple un tiempo de 12 semanas desde el parto para para que el padre decida, en base a sus circunstancias, como repartir su licencia.

Establecido este periodo, es imperioso precisar claramente la extensión del fuero que protegerá al trabajador de un despido en represalia, que en todo caso jamás podrá ser menor a las 12 semanas previamente enunciadas.

Dado que esta licencia es más o menos extensa, también adquiere gran importancia que se proteja al trabajador tanto antes como después de este periodo, ya que de lo contrario se arriesga que el empleador lo desvincule con anterioridad al permiso, o inmediatamente después de haber caducado. Un fuero previo de 2 meses, u 8 semanas en conjunto con una protección posterior igualmente de 8 semanas, satisfacen adecuadamente estos requerimientos, alcanzando una duración total de 28 semanas de fuero, 8 de ellas comprendiendo el periodo previo al parto.

Como protección laboral suplementaria, la obligación del empleador de reincorporar al trabajador a sus labores previas, una vez finalizado el permiso, cumple con la finalidad de eliminar la forma de discriminación más importante a la que puede verse expuesto el padre.

El siguiente aspecto de relevancia es definir cómo el trabajador notifica previamente al empleador del uso de este derecho, su modalidad de ejercicio, y en qué periodo se debe efectuar este aviso.

La regulación usual para este tipo de comunicaciones es que sean despachadas y recibidas con una antelación razonable, como es el caso del posnatal parental. No obstante, requerir que el padre envíe un aviso al empleador previo al parto presenta diversos inconvenientes.

Uno de ellos es que si no se establece ningún otro requisito que la presentación de la licencia médica que da cuenta del estado avanzado de embarazo de la madre, se abre la posibilidad de que se abuse de este derecho, y se ejercido por personas sin la correspondiente titularidad. Una forma de solventar esto sería mediante el establecimiento de sanciones por el mal uso de la licencia, pero con esto se impondrá un costo administrativo en razón de la fiscalización necesaria para ello.

Adicionalmente, dicha fiscalización tendría que ser llevada a cabo por una entidad como la Dirección del Trabajo, se requeriría la elaboración de un registro de quienes invocaron la licencia, y referenciar esta con las inscripciones de nacimiento hechas en el Registro Civil, lo cual es una labor intensiva y que puede ser considera como innecesariamente intrusiva.

Otra opción es que se requiera documentación que acredite la paternidad al momento de efectuar el aviso, lo cual viene aparejado de otras complicaciones, pues se volvería obligatorio para el goce de este derecho, el realizarse una prueba de paternidad prenatal. Esto no sólo coloca a la licencia paternal detrás de una inaceptable barrera de pago para su goce, sino que también haría indispensable a la cooperación de la mujer embarazada, ya que es necesaria una muestra de su sangre para este examen.

Aunque se asuma la factibilidad de financiar el examen a través de la seguridad social, y se presuma la existencia de una forma satisfactoria de determinar quién puede realizarlo y quien no, de todas formas, la licencia se volvería dependiente de la voluntad de la madre, cuestión inadmisiblesi se persigue establecer un derecho de titularidad exclusiva del padre.

Asimismo, es impracticable el otorgar la licencia en base a la presunción de paternidad que impone la calidad de cónyuge o conviviente civil de la mujer embarazada, debido a que se estaría estableciendo una discriminación ilegal y arbitraria en perjuicio de modelos alternativos de familia.

Basándonos en lo expuesto, concluimos que requerir un aviso previo al parto, como forma de ejercer este derecho por parte del padre originaria diversas complicaciones prácticas, por lo que el método para superar esto es a través de una solución más simple: La notificación necesaria para el goce de la licencia paternal se efectuará una vez producido el alumbramiento del hijo o hija.

Particularmente, esta comunicación puede emitirse el mismo día del parto, o dentro de los 5 días hábiles siguientes, para que el trabajador disponga de un plazo razonable para la inscripción del recién nacido, ya que sería un requisito de la notificación el que se acompañe el certificado de nacimiento del menor, en cual figure el nombre de quien pretende gozar de esta licencia.

Resulta ideal que este trámite se regule de la misma forma a como está contemplado con ocasión de otros derechos similares, y en este sentido el aviso debería ser por escrito, despacharse a través de una carta certificada, remitiéndose tanto al empleador como a la Dirección del Trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, dado que también se debe dar la posibilidad al padre de estar presente durante el momento del parto, es día en particular tendrá una regulación especial: El trabajador podrá ausentarse todo el día, o retirarse tempranamente de su jornada laboral, invocando que se trata del día del parto, pero deberá justificar esto posteriormente con el aviso previamente discutido.

No obstante, resulta prudente disponer que en el caso de que no se despache la notificación dentro del plazo estipulado, el empleador puede tomar las medidas que sean acorde a la ley, en el caso de que el trabajador se haya ausentado o retirado tempranamente de su jornada laboral.

Así, con la sola excepción del día del parto, no es posible entrar en el goce de la licencia paternal mientras no se haya realizado la comunicación.

Cabe mencionar que con esta propuesta pueden suscitarse ciertas particularidades relacionadas con la cuota transferible del postnatal parental el fuero que la acompaña. Lo ideal sería contemplar una legislación que se haga cargo de estos casos particulares, pero consideramos que aquello escapa a los objetivos de esta tesis, dado que ello constituye una pretensión de modificación de la regulación existente de la cuota transferible del postnatal parental, en virtud de promover su compatibilidad con nuestra propuesta de licencia paternal, cuestión que es un caso hipotético e incierto.

Adicionalmente, estos problemas potenciales son de baja entidad, pues aún en los países que ostentan las licencias paternas más robustas y protegidas, el ejercicio de las cuotas transferibles por parte de los padres es mínimo, por lo que a nuestro juicio, estas posibles complicaciones carecen de la suficiente relevancia para los fines de este trabajo, y de esta propuesta en particular.

2.3 Propuesta de licencia paternal para la legislación chilena

Como resumen de todos los aspectos expuestos y argumentos expresados, sintetizamos nuestra propuesta de licencia paternal para el derecho chileno de la siguiente forma:

La legislación chilena debería contemplar una licencia paternal con un permiso de ausencia de 4 semanas si se ejerce a jornada completa, y de 6 semanas si se ejerce a jornada parcial. Este permiso puede ejercerse continuamente desde el momento del parto del hijo o hija, o distribuirse como mejor le parezca al padre dentro de las 12 semanas siguientes al parto. Adicionalmente, esta licencia va a contemplar siempre el día del parto del menor.

En caso de las resoluciones que otorgan el cuidado personal del menor o que acogen la adopción, este plazo pasará a contarse desde la notificación respectiva.

Este permiso lo acompaña el subsidio del artículo 198 del Código del Trabajo, y en el caso de que se ejerza la licencia bajo jornada parcial, le corresponde al padre a lo menos el 50% de los estipendios estipulados en su contrato de trabajo, y el 50% del subsidio calculado de acuerdo al Decreto con Fuerza de Ley N°44.

También acompaña a esta licencia un fuero laboral cuya vigencia comienza 8 semanas antes del parto del hijo o hija, y se extiende hasta por 20 semanas posteriores al parto, teniendo una duración total de 28 semanas. Adicionalmente el empleador tiene el deber de reincorporar al trabajador a sus labores previas una vez haya finalizado la licencia.

Este derecho se ejerce mediante un aviso realizado por carta certificada al empleador, con copia a la dirección del trabajo, en el mismo día del parto o dentro de los 5 días hábiles siguientes, debiéndose acompañar el certificado de nacimiento del menor en el que figure el nombre de quien está invocando la licencia.

Sin perjuicio de lo anterior, el padre siempre podrá ausentarse de su jornada laboral en el día del parto, o retirarse tempranamente de esta, cuando invoque que se trata del día del parto del menor, pero deberá justificar esto posteriormente a través del aviso previamente señalado.

Mientras no se realice esta notificación, no se puede entrar en el goce de los derechos previamente expresados, con la sola excepción del día del parto.

En el caso de que no se despache la notificación dentro del plazo estipulado, el empleador podrá tomar las medidas que sean acordes a la ley, en el caso de que el trabajador se haya ausentado o retirado tempranamente, invocando que se trata del día del parto.

CONCLUSIÓN

La protección a la paternidad en materia laboral es la subrama del derecho que regula los beneficios otorgados al padre trabajador para la compatibilización tanto de su rol de proveedor, como de su rol de cuidador dentro de su familia.

Esta materia se encuentra relegada tanto en el plano nacional, como el internacional, lo cual se debe a diversos factores, siendo el principal de ellos la atribución de roles distintos a cada uno de los padres en la familia: La madre criadora y cuidadora; y el padre proveedor. A pesar de que se contemplan derechos y atribuciones en la formulación de este estatuto, éstos se encuentran regulados primordialmente en ocasión de la protección a la maternidad y no como derechos autónomos del padre.

Como consecuencia de esta disparidad, es que se producen diversos perjuicios para todos los involucrados: “... *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.”¹²⁸

El origen de esta problemática se suscita en razón de que por siglos la única concepción de familia protegida por el derecho fue la familia matrimonial, basada en los estereotipos de género mencionados, los cuales se vieron reflejados en la ley.

Inicialmente, esta distinción se justificaba a partir de criterios biológicos, pero en la actualidad aquella predeterminación de roles se encuentra obsoleta por diversos motivos. El más relevante de estos factores es que hoy en día son los integrantes de la familia los que quieren tener autonomía respecto del rol que eligen desempeñar, indistintamente de su sexo o género: “*Efectivamente, las madres son las que dan a*

¹²⁸ Lupica, C. Trabajo decente y corresponsabilidad de los cuidados en Argentina. Organización Internacional del Trabajo. 2010. Pág. 153-154.

luz, y en eso no existe punto de discusión, lo importante, entonces, es superar ese nudo gordiano, y trasladar la reflexión al trabajo que se realiza posterior al parto. **Las prácticas de cuidados y afectos es un trabajo sin sexo**, y además, (...) da cabida a los padres adoptivos y no biológicos.”¹²⁹

Otro factor de relevancia para el abandono de dicho paradigma legal, es que contemporáneamente se reconocen diferentes modelos de familia, realidad que tiene que ser eventualmente cautelada por esta área del derecho: “Esa diversidad incluye la coexistencia de familias extensas multigeneracionales, compuestas, nucleares con uno a ambos jefes, hogares con jefatura femenina, hogares unipersonales. Ha crecido el número de hogares en que ambos cónyuges trabajan y se ha producido un incremento en las relaciones prematrimoniales. Asimismo, ha aumentado el número de uniones consensuales, así como los casos de dos o más uniones sucesivas que se traducen en distintos arreglos legales y económicos para la crianza de los hijos.”¹³⁰

Como consecuencia de la falta de adaptación de estas realidades, se identifican diversos supuestos en los que la legislación establece una regulación que desfavorece la crianza paterna o compartida.

La duración de la licencia paternal estipulada en el artículo 195 del Código del trabajo es breve, no cuenta con subsidio de seguridad social y tampoco goza de protección laboral.

El derecho del artículo 199 bis del Código del Trabajo no es siquiera una licencia o permiso de ausencia, sino que en realidad es una forma de flexibilización de la jornada laboral, cuyo ejercicio coloca cargas en el trabajador.

La ley 21.063 restringe el acceso a sus beneficios mediante un amplio catálogo de requisitos, adolece de una cobertura excesivamente limitada, con tan sólo cuatro contingencias amparadas, y cuyo uso efectivo es sumamente bajo, al punto de que el fondo utiliza un mero 11% del monto recaudado para ese fin.

El goce subsidiario del postnatal y del postnatal parental están regulados de forma pobre y oscura, con remisiones incompletas a otras partes de la legislación y otras omisiones importantes, siendo particularmente grave que no se contemple expresamente fuero en el segundo.

¹²⁹ Espinosa, I. Padres presentes: trabas culturales y tensiones de género: percepciones de paternidades presentes en discursos de padres solos. Tesis para optar al grado de Magíster en Estudios de Género y Cultura, Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Chile. 2016. Página 47.

¹³⁰ Arteaga A., C., Sepúlveda, D., & Araneda, V. Diversificación de las estructuras familiares: caracterización de las convivencias en Chile. Revista de sociología, 0(27). 2012. Página 4-5.

La cuota transferible del postnatal parental requiere, de forma arbitraria, que ambos padres sean trabajadores, y es estricta en cuanto a su tramitación, sin que se le otorgue facultad al padre para elegir la modalidad en que ejerce el permiso.

El permiso del artículo 199 del Código del trabajo cubre un periodo muy breve de la vida del menor, y no existe fundamento suficiente para que éste no se otorgue de manera independiente al padre.

Las deficiencias expuestas reflejan el concepto de familia basado en la separación de roles en virtud del género, cuestión que se ha adoptado en el discurso público-estatal: *“El Estado como institución es uno de los agentes que disciplinan los modelos o discursos de la familia, y en Chile, ésta es vista como el núcleo fundamental de la sociedad, de este modo durante toda la década de los noventa se promulgaron iniciativas tendientes a proteger a los miembros más vulnerables de este núcleo: la mujer y los niños. Es así como se crea el SERNAM y las instituciones de protección de la infancia, además de la incorporación del Estado chileno a las tratativas y convenciones internacionales que buscan la igualdad de oportunidades para las mujeres y la protección de los Derechos del Niño. No obstante aquello, el discurso estatal respecto a la familia, se sostenía en la ubicación -más menos- rígida de los ámbitos, representaciones y prácticas de cada género, a saber: mujer – madre – ámbito reproductivo y hombre – padre- proveedor y ámbito productivo. De este modo, la afectividad y cuidado de los hijos seguía siendo un rol de la mujer, aún cuando ésta se haya incorporado al mundo laboral. Las iniciativas hacia la figura del padre tendían al cumplimiento de su rol de proveedor mas no a potenciar sus aspectos afectivos.”*¹³¹

Es por esto que se identifica una imperante necesidad de establecer mecanismos para la solución de los problemas que atingen a esta comunidad de padres. Como éstas cuestiones se suscitan a partir de una materia jurídica, es posible enmarcarlas dentro de la red de extensión de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que encomienda dicha tarea a las Clínicas jurídicas: *“esto vincula, como veremos mas adelante, al movimiento clínico con otros mecanismos e iniciativas destinados a ofrecer servicios de asesoramiento o representación jurídica a sectores sociales postergados.”*¹³²

¹³¹ Espinosa, I. Padres presentes: trabas culturales y tensiones de género: percepciones de paternidades presentes en discursos de padres solos. Tesis para optar al grado de Magister en Estudios de Género y Cultura, Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Chile. 2016. Páginas 7 – 8.

¹³² Courtis C. La educación clínica como práctica transformadora. 2007. [en línea] <<https://redclinicasjuridicas.ar/wp-content/uploads/2021/11/19-La-ensanza-clinica-como-practica-transformadora.pdf>> [consulta: 22 de Mayo del 2023]. Página 18.

Ante una legislación escasa y una realidad que paulatinamente demanda mayores soluciones respecto a la protección a la paternidad, sólo queda al abogado desarrollar respuestas que vayan más allá de la *ratio scripta*, lo que implica necesariamente un proceso intelectual reflexivo y crítico, que constituye a su vez el objetivo educativo del método clínico. *“Con esta propuesta educativa del Derecho, Frank da forma a su propuesta de una mentalidad moderna en la que el Derecho no ocupe la figura del padre que da respuesta a todos los problemas proveyendo una vida segura y cierta, sino que pretende construir una “mentalidad jurídica” abierta, crítica e imaginativa, de manera que reconozca que “el hombre ni es para el Derecho sino el Derecho para el hombre. De manera que estemos ante unos juristas libres y críticos, con capacidad creativa e innovadora.”*¹³³

Para abordar esta problemática, se elaboraron distintas sugerencias para el desarrollo del patrocinio, consejo o encargo de los casos que versen sobre protección a la paternidad en materia laboral.

Se esbozó un catálogo de preguntas claves para la identificación de los supuestos propios de la protección a la paternidad en un contexto laboral. A su vez se desarrollan los aspectos jurídicos que motivan dichas indagaciones, con el objeto de calificar jurídicamente los hechos relatados por el cliente y para informarle oportunamente las consecuencias de éstos, previo al otorgamiento del consejo.

A partir de la calificación jurídica, el presente trabajo postula diversas alternativas para la solución del caso concreto, teniendo siempre presente los intereses del cliente o patrocinado.

El exhaustivo análisis legal y clínico efectuado en este trabajo lleva a concluir que la situación nacional de la protección a la paternidad es precaria y que resulta imperante que se desarrolle de mayor manera esta área del derecho. Para reflejar estas deficiencias, se expuso cómo otros sistemas jurídicos pertenecientes a la OIT conceden sus licencias paternales, el cual constituye, a nuestro juicio, el derecho más relevante en esta materia.

Se observó que existen legislaciones pertenecientes tanto a la región de Europa y Asia central, como a la agrupación de naciones de ingreso alto, que cuentan con admirables regulaciones de estos derechos: Duración extensa de la licencia, un subsidio de cargo de la seguridad social y que reemplaza el 100% de la remuneración, y protecciones laborales consistentes en fueros cuya extensión sobrepasa a la de la licencia.

¹³³ Blázquez D. Apuntes acerca de la educación jurídica Clínica. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, N°3, 2006. Página 49.

Si bien el resto de las naciones no alcanzan este nivel de desarrollo, no por eso es justificable el postergar la implementación de derechos que fomenten la equidad de género, la corresponsabilidad y la asunción de las responsabilidades familiares, pues de lo contrario ya no se están tratando a estos como objetivos y principios de la legislación, sino que se les está dando la calidad de lujos cuya implementación no es prioridad.

En este sentido, Chile queda expuesto como una de las naciones de la OIT que debe implementar derechos más robustos en esta materia, pues incluso dentro del subdesarrollado panorama internacional, los padres chilenos cuentan con una licencia paternal deficiente en relación a otros países.

Aún cuando existe un proyecto de ley en tramitación que pretende establecer una mejor licencia, éste es todavía insuficiente, pues no implementa ciertos aspectos cruciales para que se dé un uso efectivo a este derecho. En particular, no se contempla ninguna forma de protección laboral al trabajador.

Por tanto, se finalizó el presente trabajo mediante una propuesta legislativa que se hace cargo de las deficiencias del proyecto de ley actualmente en tramitación, estableciendo lo que, a nuestro juicio, es una licencia paternal efectiva, que le permitiría a los padres hacerse cargo de sus responsabilidades familiares al inicio de la vida de su hijo o hija.

Es de gran relevancia que se otorgue un espacio suficientemente protegido a los padres para que puedan asumir las labores de otro rol diferente al de proveedor, no sólo porque les permite compatibilizar de mejor forma los roles de proveedor y de criador, sino que también porque este cambio de paradigma hace posible relevar parte de la sobrecarga a la cual se han visto históricamente afectadas las mujeres, y que además permite tutelar de mejor forma el interés superior del niño.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

1. Flaquer, L. y Escobedo, A. 2014. Licencias parentales y política social de la paternidad en España. [en línea] Cuadernos de relaciones laborales, España. <https://doi.org/10.5209/rev_crla.2014.v32.n1.44714> [Consulta: 21 de Mayo de 2023]
2. Organización Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013 [en línea] Santiago. https://www.oitinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/113B09_86_span.pdf [consulta: 21 de Mayo del 2023]
3. Luco, A., Robinovich, J., & Espinoza, M. I. 2001. Involucramiento del varón en la salud sexual y reproductiva: un estudio cualitativo. En Nacer en el Siglo XXI, De Vuelta a lo Humano. Gobierno de Chile, Ministerio de Salud y Universidad de Chile.
4. Addati, L., Cattaneo, U., & Pozzan, E. 2022. Care at work: Investing in care leave and services for a more gender equal world of work. International Labour Organization. [en línea] Ginebra, <https://www.ilo.org/global/topics/care-economy/WCMS_838653/lang--en/index.htm> [Consulta: 21 de Mayo de 2023]
5. Espinosa, I. Padres presentes: trabas culturales y tensiones de género: percepciones de paternidades presentes en discursos de padres solos. Tesis para optar al grado de Magíster en Estudios de Género y Cultura, Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Chile. 2016.
6. Strauch, O. C. Derecho de Seguros. 3º Edición. Legal Publishing Santiago, 2005.
7. Green, M. R. 1974. Riesgo y seguro. Madrid, MAPFRE.
8. Ley N°21.063. CHILE. Crea un seguro para el acompañamiento de niños y niñas que padezcan las enfermedades que indica, y modifica el código del trabajo para estos efectos. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, 30 de diciembre de 2017.
9. Ley N°20.422. CHILE. Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. Ministerio de Planificación, Santiago, Chile, 10 de febrero de 2010.
10. Decreto Ley N°3.500. CHILE. Establece nuevo sistema de pensiones. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago, Chile, 13 de noviembre de 1980.
11. Ley N°19.966. CHILE. Establece un régimen de garantías en salud. Ministerio de Salud, Santiago, Chile, 3 de septiembre de 2004.
12. Dictamen N°3827/103. CHILE. Dirección del Trabajo, Santiago, Chile, 2 de septiembre de 2005.
13. Dictamen N°864/10. CHILE. Dirección del Trabajo, Santiago, Chile, 16 de febrero de 2011.
14. Decreto con Fuerza de Ley N° 1. CHILE. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. Ministerio del Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría del Trabajo, Santiago, Chile, 16 de enero de 2003.

15. Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Superintendencia de Seguridad Social. 2022. Informe de evaluación de la implementación del Seguro para el Acompañamiento de Niños y Niñas. Santiago.
16. Superintendencia de Seguridad Social, Gobierno de Chile. Estadísticas de la Seguridad Social 2021. [en línea] Santiago. <<https://www.suseso.cl/608/w3-article-681856.html>> [consulta: 15 de noviembre de 2022].
17. Ley N° 16.744. CHILE. Establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Ministerio del Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría de Previsión Social, Santiago, Chile, 1 de febrero de 1968
18. Chávez, E. A. C. 2021. Derecho del Trabajo. Derecho individual del trabajo, colectivo y jurisdicción laboral. 10º Edición, Santiago, Tofulex Ediciones Judiciales.
19. Historia de la Ley N°20.545: Modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental. Chile. 2011. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1030936&buscar=20545>> [consulta: 21 de Mayo del 2023]
20. Corte de Apelaciones Santiago, Rol 36657-2013, 3 de octubre de 2013.
21. Corte Suprema, Rol 5265-2013, 18 de noviembre de 2013.
22. Corte Suprema Rol 13716-2013, 20 de febrero de 2014.
23. Ordenanza N° 4052/083, CHILE. Dirección del Trabajo, Santiago, 17 de octubre de 2011.
24. Dictamen N° 60.736. 2. CHILE. Contraloría Regional de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo. 2 de octubre de 2012.
25. Gormaz Otero, M. J. 2015. Facultad de traspaso al padre en el nuevo permiso postnatal parental, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
26. Zusman S. Destrezas Legales. El “arte” de entrevistar y aconsejar. 2007. THĒMIS Revista de Derecho; Número 54, Finanzas Corporativas.
27. Courtis C. La educación clínica como práctica transformadora. 2007. [en línea] <<https://redclinicasjuridicas.ar/wp-content/uploads/2021/11/19-La-ensananza-clinica-como-practica-transformadora.pdf>> [consulta: 22 de Mayo del 2023].
28. Blázquez D. Apuntes acerca de la educación jurídica Clínica. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, N°3, 2006.
29. Casarino, M. Manual de derecho procesal (Tomo II). Santiago, Editorial Jurídica de Chile, edición 2005.
30. Gutiérrez, F. “Asistencia judicial de los pobres” Revista de derecho U. de Concepción 54, 1945.

31. Arenas S. Responsabilidad del postulante de la corporación de asistencia judicial ante los patrocinados y ante la institución. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2012.
32. Ortiz L. Sobre el quehacer del abogado. Chile. Revista del abogado N° 23, 2001.
33. Facultad de Derecho, Universidad de Chile: Departamento de enseñanza Clínica del Derecho. [en línea] <<https://derecho.uchile.cl/departamento-de-ensenanza-clinica-del-derecho/quienes-somos/presentacion>> [consulta: 22 de Mayo del 2023]
34. Facultad de Derecho, Universidad de Chile: Extensión. [en línea] <<https://derecho.uchile.cl/extension/areas-de-trabajo/clinica-juridica>> [consulta: 22 de Mayo del 2023]
35. Poder Judicial, Cápsula educativa, qué es un abogado patrocinante. [video en línea] Santiago, 2018. <<https://www.poderjudicialtv.cl/programas/capsulas-educativas/noticiero-judicial-capsula-educativa-que-es-un-abogado-patrocinante/>> [Consulta: 22 de Mayo]
36. Universidad Austral de Chile, Diario UACH, Estudiantes de derecho recibieron certificación ius postulandi. [en línea] <<https://diario.uach.cl/estudiantes-de-derecho-recibieron-certificacion-ius-postulandi-2/#:~:text=El%20Ius%20Postulandi%20es%20la,el%20ejercicio%20de%20la%20profesi%C3%B3n>> 2022, Valdivia. [consulta: 22 de Mayo del 2023].
37. Maturana C. “Los actos jurídicos procesales, la comparecencia en juicio, de la formación del proceso, los plazos, las actuaciones judiciales, las notificaciones y las resoluciones judiciales” Santiago, 2018.
38. L.Díaz, U. Torruco, M.Martínez, M. Varela. La entrevista, recurso flexible y dinámico. *Departamento de Investigación en Educación Médica, Facultad de Medicina, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F, México (2013).*
39. L. Lorca, González M. Separata sobre técnica de la entrevista. [en línea] Departamento Enseñanza Clínica del Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2019. <https://www.studocu.com/cl/document/universidad-arturo-prat/teoria-general-del-derecho-procesal/separata-tecnica-de-la-entrevista-material-apoyo-y-lectura/36672948> [Consulta: 22 de Mayo del 2023].
40. Ballester M. La era de la corresponsabilidad: Los nuevos retos de la política antidiscriminatoria. Lan Harremanak Revista de Relaciones Laborales, 25, Universidad del País Vasco. 2012.
41. Organización Internacional del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo. Proteger el futuro: Maternidad, paternidad y trabajo. Campaña la igualdad de género en el corazón del trabajo decente. 2008
42. Organización Internacional del Trabajo, & Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Trabajo decente y cuidado compartido: Hacia una propuesta de parentalidad. Organización Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. 2013. Páginas 88-89.

43. Lupica, C. Trabajo decente y corresponsabilidad de los cuidados en Argentina. Organización Internacional del Trabajo. 2010.
44. Arteaga A., C., Sepúlveda, D., & Araneda, V. Diversificación de las estructuras familiares: caracterización de las convivencias en Chile. Revista de sociología, 0(27). 2012. Página 4-5.