

## **La mujer en el trabajo y la familia: roles en conflicto**

**Cecily Halpern Montecino**

Vicedecana

Directora de Carrera

Facultad de Derecho

Universidad del Desarrollo

**Resumen:** El actual debate parlamentario recaído en la propuesta de reformas al sistema nacional de protección a la maternidad, presentado recientemente por el Ejecutivo, constituye una oportunidad para el logro de los objetivos sociales de compatibilizar los roles actuales de la mujer trabajadora. Lo anterior nos obliga a reflexionar con rigurosidad y nos exige claridad respecto de la información que se detente. El propósito de esta monografía es presentar un esquema de la situación actual y situar en el contexto internacional el sistema regulatorio chileno.

\*\*\*

Una de las principales fuentes del conflicto del rol familiar y laboral que soporta actualmente la mujer es su creciente incorporación a las fuentes remuneradas de empleo. Lo anterior hace necesario abordar el fenómeno con una visión amplia y además renovada, tanto desde la regulación como desde el ámbito cultural y social. La magnitud en que se ha alterado la vida femenina, por su ya imparable incorporación al mundo del trabajo, exige respuestas adecuadas, principalmente, desde el ordenamiento jurídico laboral.

En este trabajo se revisa la normativa vigente referente a la protección de la maternidad en Chile. Se analiza la compatibilidad que dichos preceptos otorgan a la mujer para ejercer simultáneamente sus funciones de madre y de trabajadora, sin desatender ni una ni otra. A la vez, se cuestiona si la legislación agrega restricciones o limitaciones adicionales en lo referente al acceso al empleo. Incluye una visión comparada del tema general y se contrasta la realidad chilena respecto de una selección de países, en ciertos beneficios relacionados con la maternidad. Culmina con la formulación de alcances al proyecto de reforma legal presentado por el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera, en el mes de marzo de este año, al Parlamento de nuestro país.

## I. Un nuevo escenario laboral para la mujer.

En un mayoritario segmento del mundo familiar persiste hoy la visión del tradicional rol femenino. Los asombrosos cambios ya cimentados en el ambiente laboral, consecuencia de la progresiva incorporación de la mujer al mismo, no han cambiado ni la propia visión de su rol familiar ni la que los demás tienen de ella, lo cual resulta verdaderamente paradójico, en circunstancias que su incorporación al mundo del trabajo es evidente. A nivel global, las labores femeninas representan hoy cerca de un 50% de la fuerza de trabajo. Sin embargo, en lo social, cultural y familiar, la expectativa que se mantiene es que la mujer continúe desempeñando su papel clásico. Desde esta óptica, es ella la principal –si no la única– obligada al cuidado familiar, al de los dependientes con incapacidad y del hogar en general. Lo anterior le exige a realizar –simultáneamente– trabajo remunerado y no remunerado, generándole fuertes tensiones entre ambas responsabilidades.

Los efectos de la angustiosa situación descrita se acentúan, las más de las veces, con una oferta de empleos de menor calidad, o con la necesidad de trabajar en la economía informal, o incluso a aceptar que sus ingresos en trabajos remunerados sean equivalentes a un 70 por ciento de los que reciben los hombres, lo que oscurece aun más el panorama de la mujer trabajadora. Resulta diáfana, entonces, la necesidad de otorgar un cauce adecuado al conflicto de roles femeninos, de modo que la mujer pueda compatibilizar su rol familiar con su autonomía y libertad personal, mediante el ejercicio de una actividad laboral remunerada.

No obstante, para que lo anterior suceda, es menester un profundo cambio cultural, que redistribuya las funciones en el seno de la familia. Asimismo, se requiere la aceptación, a nivel empresarial, de la evidencia que la mujer está preparada para asumir roles permanentes y de responsabilidad en su interior.

## II. Un necesario cambio conceptual: las políticas de conciliación.

Con el propósito de lograr la compatibilización antes enunciada se requiere de nuevas propuestas y estrategias, considerando especialmente que ellas también producen el efecto de combatir la pobreza al interior de las familias. Por lo tanto, las evidencias nos urgen a implementar **políticas de conciliación** apropiadas, con soluciones que permitan la participación femenina, sin desequilibrar su protagonismo laboral y su necesario e ineludible rol en la vida familiar.

A estas estrategias se las ha conceptualizado como *“actuaciones públicas encaminadas a que hombres y mujeres puedan compatibilizar la gestión compartida del*

*hogar y el cuidado de las personas dependientes con su participación en el plano laboral*". No son otra cosa que políticas gubernamentales de **corresponsabilidad parental**, orientadas a que ambos padres puedan concordar los roles familiares y laborales, mediante el necesario cambio cultural, primeramente en el plano de las ideas y actitudes, y luego, en el plano normativo. En el contexto global, aparece la **legislación** como el instrumento necesario –por excelencia– del logro del establecimiento de estas políticas. Sin embargo, lo anterior demanda, antes que nada, la conquista de un consenso mayoritario al interior de cada país y la reeducación de los miembros de la familia, a fin de otorgarle legitimidad a la normativa. Nuestra opinión es que ello debe iniciarse tempranamente, en la educación escolar. A continuación revisaremos los avances logrados en algunos países en el sentido propuesto.

En primer lugar destacaremos ciertas **iniciativas o propuestas privadas** de conciliación, tanto a nivel internacional como local, que comparten este énfasis, pero que –debemos reconocer– son, aun, de excepcional aplicación. Estas iniciativas corresponden al ámbito de la **autonomía contractual** de los sujetos y tienen como fundamento la comprobación de que el rendimiento y la productividad laboral son robustamente impactadas por la satisfacción laboral de los integrantes de la empresa. Ejemplo de ello son los **acuerdos colectivos**, de carácter obligatorio para ciertos grupos, o también **pactos individuales**, entre el empleador y un trabajador, orientados a que ambos padres asuman roles protagónicos al interior de la familia. El camino mayormente utilizado es el diseño de **jornadas** pactadas de menor duración, los **descansos** estructurados en torno a las necesidades familiares y **permisos** orientados estratégicamente hacia el objetivo de que la empresa contribuya a la más igualitaria distribución de las responsabilidades familiares.

Por otra parte, algunas instituciones legales han respondido con una nueva mirada, principalmente en sociedades más desarrolladas. El **Estado** ha intervenido en variados ámbitos y vías de acción. En efecto, en ocasiones, en estos países se regulan aspectos legales vinculados directamente al trabajo, estableciendo **beneficios y derechos obligatorios e irrenunciables** para la mujer trabajadora; en otras, se dispone la prestación de **servicios socio-comunitarios de colaboración** al trabajo doméstico de la mujer. En un tercer tipo de acciones, se encuentran aquellas que actúan sobre la **sensibilización social**. Esto último implica resaltar el papel de ambos padres en la familia y abordar la promoción de la necesidad de compartir quehaceres que, culturalmente, se han atribuido preferentemente a la mujer, bajo una novedosa visión de corresponsabilidad social.

### III. La acción internacional: estándares mínimos a nivel mundial.

A nivel universal, los principios orientadores de la legislación laboral relacionados con responsabilidades familiares provienen fundamentalmente de **instrumentos emanados de órganos internacionales**, como las Naciones Unidas, la OEA, la OCDE u otros. De singular importancia son la Declaración sobre Derechos Humanos y la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Esta última contiene una norma que indica que el Estado debe prestar asistencia a los padres para el desempeño de sus funciones de crianza y cuidado.

Además, especial mención cabe a la **OIT**, ya que, en esta materia, este organismo ha contribuido en forma significativa, mediante la elaboración de diversos Convenios, Recomendaciones y Declaraciones. Concretamente, esta entidad ha aprobado nueve convenios internacionales, entre los años 1919 hasta el 2000, relacionados con el tema; asimismo, ha publicado la "Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo", 1998; la declaración relativa al "Trabajo Decente", y la "Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y la Política Social", entre otros instrumentos atinentes al punto que nos preocupa.

La "Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo" (1998), que trata sobre derechos humanos fundamentales, constituye la plataforma sobre la cual se elabora, más tarde, el concepto de "trabajo decente". Específicamente, esta declaración abarca cinco temas: la libertad de asociación y la libertad sindical, el reconocimiento efectivo del derecho de la negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo obligatorio o forzoso, la eliminación de todas las formas de trabajo infantil, además de la eliminación de las discriminaciones en materia de empleo y ocupación. En su publicación "Trabajo Decente", la OIT enumera las aspiraciones de la vida laboral, las cuales se pueden resumir en los siguientes postulados: ingreso digno, seguridad en el lugar de trabajo, protección social para las familias, perspectivas de desarrollo personal e integración a la sociedad, libertad de opiniones, organización y participación en las decisiones que afectan la vida de las personas, e igualdad de oportunidad y trato para todas las mujeres y hombres.

La protección de la maternidad también ha sido y continúa siendo una cuestión relevante para la OIT. Una de las acciones concretas ha sido la aprobación del Convenio N° 183 (15 de junio 2000), el cual revisó el anterior (N° 103), publicado en 1952. Posteriormente también aprobó la recomendación N° 191, aun más ambiciosa que el nuevo convenio. La razón por la que se emprendió una reforma de las normas fue la constatación del nuevo mundo del trabajo femenino y principalmente porque el anterior Convenio sobre la protección de la maternidad, de 1952, no había sido ratificado por un gran número de

países. En el nuevo Convenio 183 sobre la protección de la maternidad, del año 2000, se refuerza la protección en varios sentidos, con respecto a los anteriores instrumentos de la OIT y se amplía también el alcance de la misma. Nuestro país no ha ratificado este convenio, pero sí el anterior (N° 103).

Este instrumento se aplica a todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente –inclusive en el sector informal–, mientras que el Convenio anterior (N° 103) abarcaba una categoría más reducida de trabajadoras. También autoriza a excluir total o parcialmente a “categorías limitadas de trabajadoras o empresas”, previa consulta con las organizaciones de empleadores y trabajadores, cuando la aplicación del Convenio a esas categorías o empresas “plantee problemas especiales de singular importancia”.

Este nuevo instrumento también contiene una disposición destinada a proteger la salud de la madre y del hijo; en el anterior Convenio no había ninguna disposición similar. La duración de la licencia de maternidad, de acuerdo con este documento, se extiende de 12 a **14 semanas**, con inclusión de un período de **seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto**, a menos que se acuerde otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores. Se amplía el período en el cual se prohíbe el despido de la trabajadora: embarazo, licencia maternidad (o por enfermedad en consecuencia del embarazo o parto) y asegura el reintegro al trabajo. Se garantiza a la mujer el derecho de retornar al mismo puesto de trabajo con la misma remuneración al término de la licencia maternidad.

Asimismo, con el fin de proteger la situación de las mujeres en el mercado de trabajo señala que las prestaciones relativas a la licencia deberán financiarse mediante un **seguro social obligatorio o con cargo a fondos públicos**, o según lo determinen la legislación y la práctica nacionales. La idea matriz es que un empleador no deberá estar personalmente obligado a costear directamente las prestaciones pecuniarias debidas a las mujeres que emplee, sin el acuerdo expreso de ese empleador, excepto cuando esté previsto en la legislación o en la práctica nacional.

El **Convenio 183** establece la obligación de que los Estados Miembros que lo ratifiquen **adopten medidas destinadas a garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, incluyendo el acceso a éste** (entre ellas la prohibición de exigencia de test de embarazo para admisión, excepto cuando se trate de trabajos que, en virtud de la legislación nacional, estén total o parcialmente prohibidos para las mujeres embarazadas o lactantes o que puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo).



En síntesis, este convenio del año 2000 tiene como objetivos promover la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo; asegurar la salud y la seguridad de la madre y el niño; reconocer la diversidad del desarrollo económico y social de los Estados, la diversidad de empresas y de la evolución de la protección de la maternidad en la legislación. No obstante, a nivel de América Latina y el Caribe, al año 2011, el número de países que ha aprobado este convenio ascendía sólo a 2 de un total de 33 países del área. El índice de ratificaciones a nivel global no es mucho mejor: a la fecha del presente trabajo solo lo habían ratificado 20 países. Un mejor panorama encontramos frente al convenio 156 de 1981, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, en el que las ratificaciones de los países ascienden a 10 en la misma región. Chile lo hizo en el año 1994; sin embargo, debemos reiterar que nuestro país (a esta fecha) no ha ratificado el convenio 183, referente a la protección de la maternidad, en circunstancias que, en nuestra opinión, la legislación nacional está en perfecta consonancia con sus orientaciones y mandatos.

Por otra parte, un organismo que aporta orientaciones a la legislación laboral, sobre todo a partir del año en que Chile ya es integrante oficial de dicha organización, es la **OCDE**. El Informe del año 2009 de este organismo aconsejó a nuestro país invertir más en servicios de empleo, en capacitación, en expansión de las políticas activas de empleo y en reforzar la aplicación del sistema de certificación de competencias. También planteó el aumento de la eficacia de los subsidios laborales con diseños sencillos, pero dirigidos estrictamente a grupos definidos de trabajadores. Con el fin de promover la oferta de mano de obra femenina, este informe esbozó el diseño de un esquema de subsidios al ingreso laboral que debiera estar vinculado **al apoyo del cuidado de los hijos**. El presente año 2011, este organismo ha renovado estas consideraciones respecto de nuestro país en el documento denominado "Mejores Políticas para el Desarrollo: Perspectivas OCDE sobre Chile". Este documento analiza específicamente el tema de la participación de la mujer y señala que nuestro país tiene mucho que ganar mejorando la participación de la mujer en el mercado laboral. Denuncia que la tasa de actividad femenina sigue muy por debajo de la media de la OCDE; en el 2011 sólo el 47% de mujeres tenían un empleo, frente al 62% en la zona OCDE. Al respecto el documento indica que para atacar realmente las raíces de la baja participación femenina en la población activa el Gobierno deberá invertir más en servicios de guardería, así como asegurar altos niveles de calidad en la educación inicial de los niños. En los países de la OCDE, el promedio de la duración de la licencia maternal es de 18 semanas, incluyendo obligadamente un período exclusivo para el padre.

#### **IV. La legislación laboral relativa a trabajadores con responsabilidades familiares. Tendencias en el derecho comparado y en el nacional.**

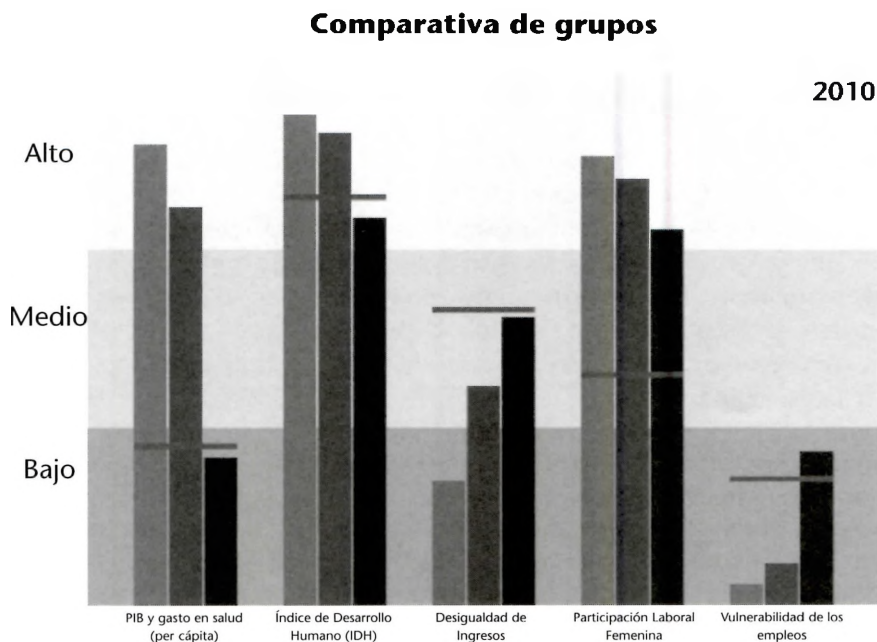
En el derecho internacional del trabajo, no obstante que se observa gran diversidad de normativas, la tendencia de la legislación laboral relativa a trabajadores con responsabilidades familiares apunta hacia variados caminos, como ya se adelantó en esta trabajo: primeramente, hacia compartir la responsabilidad familiar y el cuidado de los hijos entre el gobierno y la sociedad, principalmente, por la incorporación del padre, a fin de evitar el mercado laboral estructurado por género.

En general, se transita hacia la reducción de jornadas; a reconocer que la tutela del rol maternal incumbe tanto al Derecho de la Seguridad Social como al Derecho del Trabajo, y a explorar que el financiamiento de las prestaciones debe ser mediante un sistema de **seguro social obligatorio o con cargo a fondos públicos**. No necesariamente, en forma única, al empleador, para no rigidizar el acceso al empleo. Ejemplo de ello son los programas de orientación y formación profesional, la creación de empleos destinados a los cuidados familiares; la adaptación de los horarios y la ampliación geográfica de los servicios que colaboran con el trabajo doméstico, el otorgamiento de servicios de salud en las escuelas, y fundamentalmente la prevención y sanción de actos discriminatorios derivados de las responsabilidades familiares, en los procesos de contratación, despido, promoción o fijación de salario, entre otros.





Con el objeto de visualizar en mejor forma la situación internacional, podemos señalar que en los países de Europa Central y Sudoriental, sin considerar a la UE, el 7% tiene un descanso postnatal entre 14 y 17 semanas y el 93% tiene más de 18 semanas. En los países de la UE, un 8% tienen un postnatal de entre 12 y 13 semanas y el 46% lo tiene entre 14 a 17 semanas y la misma cifra lo tiene de una duración de más de 18 semanas. En América Latina, un 6% tiene un postnatal de menos de 12 semanas, un 72% lo tiene entre 12 y 13 semanas, un 13% lo tiene entre 14 y 17 semanas y sólo un 9% lo tiene de una duración de más de 18 semanas. Chile está dentro de este último porcentaje, y si se llegase a aprobar el aumento contenido en la actual propuesta legal, el postnatal será de 24 semanas, lo que situará a nuestro país en el rango de los países de la Europa Sudoriental, que ostentan los niveles más altos de duración de los descansos maternales. A nivel mundial, sólo un 20% de los países tiene un descanso postnatal superior a 18 semanas. Asimismo, el 59% de los países o no remunerar el descanso o si lo hacen es menos de 2/3 de de la remuneración en actividad o remunerar menos de 14 semanas. Un 34% de los países remunera el 100% de las ganancias durante al menos 14 semanas.

El análisis que se presenta a continuación atiende a una diversa gama de indicadores que permiten agrupar y comparar a ciertos países y contrastarlos con

Chile. El estudio se ha hecho tomando países que tienen similares índices en cinco variables y se han agrupado según su mayor similitud: PIB y gasto en salud, índice de desarrollo humano, desigualdad de ingresos, participación laboral femenina y vulnerabilidad de los empleos. Se ha destacado con una línea roja la situación chilena en las variables seleccionadas.



Fuente: elaboración propia a partir de un informe.

	1er Grupo	Dinamarca, Suecia y Holanda.
	2do grupo	Australia, Estados Unidos, Bélgica, Canadá, Francia, Reino Unido y España.
	3er grupo	México, Uruguay, Brasil, Argentina y Perú.
		Chile

Del gráfico anterior se puede concluir que nuestro país se sitúa de diversa manera según la variable que se analice. Respecto del PIB, Chile está en un nivel bajo, casi igual que el grupo integrado por México, Uruguay, Brasil, Argentina y Perú. En lo referente al Índice de Desarrollo Humano, que considera una serie de variables, nuestro país está muy por sobre dicho grupo; en la variable desigualdad de ingreso, Chile se sitúa por sobre este grupo más afín; en el ítem Participación laboral femenina, su situación es más baja que los países



latinoamericanos. La vulnerabilidad de los empleos en Chile es inferior a la de los países del área más cercana.

A continuación, presentamos un cuadro que refleja otras variables directamente relacionadas con el tema maternal, también agrupados según los mismos países.

		Edad Promedio de la Madre al 1er Nacimiento	Tasa de Fertilidad Promedio	Descanso Maternal (Promedio)	Descanso Parental	Derecho a Amamantar	Fuero Laboral	Derecho a Sala de Cuna	Remuneración	Financiamiento
1° Grupo	Dinamarca, Suecia y Holanda	34	1,7 hijos	10 semanas	12 meses	Si	Si	Si	80-100% con tope	Seguro de Salud, Seguridad Social o Fondo de Desempleo
2° Grupo	Australia, Estados Unidos, Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Reino Unido y España	29	1,8 hijos	16 semanas	2 semanas No en EEUU	Si, No, en Alemania ni Reino Unido	Si, No, en España	Si, No, en Alemania ni Reino Unido	55-100% con tope. No en Australia ni EEUU	Seguridad Social
3° Grupo	México, Uruguay, Brasil, Argentina y Perú	28	2 hijos	12 semanas	5 días	Si	Si	Si, No, en Perú	100% sin tope	Seguridad Social
	Chile	28	1,9 hijos	18 semanas	5 días	Si	Si	Si	100% con tope	Seguridad Social

Del gráfico anterior podemos concluir que nuestro país presenta una duración actual superior del descanso maternal, si se la compara con todos los grupos de análisis; sin embargo, debemos considerar que al primer y segundo grupo debe agregársele un periodo exclusivo de descanso ya sea parental o masculino, lo que en definitiva aumenta la duración de los descansos. En materia del financiamiento de los subsidios maternales, se observa que sólo en el primer grupo interviene sistema mixto, integrado por un seguro de salud, un fondo de desempleo y la seguridad social. En los tres restantes, el subsidio es financiado por la Seguridad Social.

En relación con el descanso del padre, ya sea en exclusividad o compartido, podemos señalar que nuestro país se inserta en el contexto de la normativa del grupo latinoamericano.

A continuación desarrollaremos, en particular, las instituciones que nuestro derecho ya consagra y que, en alguna medida, pretenden compatibilizar los roles femeninos que le impone la sociedad actual.

### 1. Modalidades de contratos compatibles:

El **trabajo a domicilio, que** es aquel prestado en el propio domicilio de la persona que lo realiza, pero, por cuenta ajena, por lo que integra una modalidad del trabajo subordinado. Es compatible con roles familiares. Contiene normas especiales, como por ejemplo la excepción en la limitación del máximo de duración de la jornada de trabajo.

El **teletrabajo** constituye el trabajo que se desarrolla a distancia, a través del uso de la tecnología de información y comunicación (TICS). Su regulación es

escasa en nuestro ordenamiento jurídico laboral; sólo en el artículo 22, en su inciso final, nuestro Código del Trabajo se refiere al mismo y señala, al igual que en el caso anterior, que está exceptuado de la limitación de jornada de trabajo. La realidad actual demuestra que este trabajo se ejerce desde la casa, *callcenters* u oficinas virtuales. Principalmente, se utiliza en los sectores financiero, comercial y telecomunicaciones. El actual gobierno del Presidente S. Piñera ha propagado que se encuentra trabajando en un proyecto de reforma laboral relativa a esta modalidad de trabajo, probablemente instituyendo un nuevo tipo de contrato especial, que regule prioritariamente esta modalidad de prestación laboral. A la fecha no se ha enviado este proyecto al Parlamento, por lo que no podemos pronunciarnos acerca del mismo.

**El trabajo transitorio (versus trabajo permanente):** A este respecto, es necesario considerar las disposiciones introducidas al Código del Trabajo por la Ley de Subcontratación y Servicios Transitorios, las que se refundieron en el artículo 183 del Código del Trabajo. Según estas normas, el contrato de trabajo de servicios transitorios es una convención en virtud de la cual un trabajador y una empresa de servicios transitorios se obligan recíprocamente, aquél a ejecutar labores específicas para una usuaria de dicha empresa, y ésta a pagar la remuneración determinada por el tiempo servido. Con relación a las trabajadoras contratadas bajo el régimen de servicios transitorios, es el artículo 183-AE del Código del Trabajo el que dispone que ellas gozan del fuero maternal. Sin embargo, este beneficio **cesa, de pleno derecho, al término de los servicios en la usuaria.** En consecuencia, llegado el plazo de finalización de la "puesta a disposición", no se requerirá de la autorización judicial para dar por concluido el contrato. Sin embargo, si por alguna de las causales que establece la ley se asignare la calidad de empleador a la empresa usuaria, el fuero maternal se **extenderá por todo el período que corresponda**, conforme a las reglas generales del Código del Trabajo.

El **contrato por trabajo por obra o faena** es aquel que se celebra para la ejecución de una obra o trabajo específico, el que por su naturaleza intrínseca tiene el carácter de temporal, que tiene un claro inicio y un fin, circunstancia que deberá ser determinada en cada caso particular. En este contrato, el trabajador se obliga a ejecutar una obra material o intelectual concreta y determinada. Su vigencia se encuentra circunscrita o limitada a la duración de aquella. La temporalidad de este contrato hace que sea una prestación laborativa compatible con responsabilidades familiares, aunque a menudo de corto plazo.

## 2. Modalidades de jornadas de trabajo compatibles:

**Jornada tiempo parcial o reducida** (versus *full time*): es aquella que no supera las 30 horas semanales. Se reguló en el año 2001, para el fomento de su utilización. En términos generales, esta jornada se puede dar en trabajos

permanentes o temporales. Puede ser continuo o discontinuo, en el marco de tiempo de una semana. Usualmente, se pactan jornadas reducidas diarias o semanales. De la misma forma, no hay limitaciones legales en cuando al mínimo de horas. No obstante, el importe hora debe respetar el valor del ingreso mínimo legal proporcionalmente al número de horas laborales pactadas.

**Regulación legal del trabajo a tiempo parcial o reducida:** La normativa se encuentra principalmente en artículos 40 bis y siguientes del Código del Trabajo. En síntesis, se prescribe lo siguiente:

se permite el pacto de horas extraordinarias sólo en caso de existir una necesidad o situación temporal que afecte a la empresa;

la jornada diaria debe ser continua y no puede exceder de 10 horas, debiendo interrumpirse por un lapso no inferior a media hora ni superior a una hora para la colación;

el límite máximo de 4,75 ingresos mínimos para los efectos de la gratificación que se establece en el artículo 50 del Código puede reducirse conforme a la relación que exista entre el número de horas convenidas en el contrato de tiempo parcial y el de la jornada ordinaria;

las partes pueden pactar alternativas de distribución de jornadas; el empleador, con una antelación mínima de una semana, está facultado para determinar entre una de las alternativas, la que regirá en la semana o período superior siguiente;

genera "antigüedad", pero se establece un procedimiento especial para el cálculo de la indemnización por años de servicios;

los trabajadores gozan de los demás derechos que contempla el Código del Trabajo para los trabajadores de tiempo completo (amamantamiento, horas extras, descanso intermedio, feriados, negociación colectiva, sindicato, etc.). El principio que se recoge es que la jornada reducida no debe provocar discriminaciones.

Respecto de las modalidades de jornadas de trabajo compatibles, y específicamente de la jornada parcial, algunos comentarios servirán para complementar lo ya señalado. Como modalidad del trabajo principal, es un fenómeno posterior a la Segunda Guerra Mundial y su mayor uso se da en países altamente industrializados. Se trata de una modalidad casi inevitable para quienes están en situación de pluriempleo, esto es, del ejercicio activo de más de un trabajo. Algunos sectores no comparten su fomento, pues hay movimientos que indican que los trabajos a tiempo parcial son empleos inferiores, de poca responsabilidad

y que no ofrecen expectativas de promoción. El resultado de esto sería que la mujer se integra poco al mundo del trabajo y por ello este género constituiría un elemento marginal de la mano de obra. Es decir, en términos generales, desvaloriza el trabajo de la mujer.

Por los motivos anteriores, esta corriente promueve la idea, más bien, que sea el trabajo doméstico el beneficiado, mediante salas cunas y guarderías, viviendas, participación del padre, etc., de modo de otorgar más tiempo a la mujer para ejercer un trabajo remunerado. No obstante, existe otro sector que lo fomenta decididamente, pues sostiene que favorece a las mujeres con responsabilidades familiares, a los jóvenes estudiantes y a los trabajadores de mayor edad.

**Trabajo de fines de semana:** este tipo de prestaciones laborales se rige por las normas generales si existe una secuencia permanente en la prestación de servicios. Lo anterior implica que se configura un contrato de trabajo, aun cuando las horas laboradas sean inferiores a una jornada ordinaria de trabajo. Posibilita el trabajo femenino desde esta perspectiva.

### **3. Formas particulares de tutela o protección del trabajador con responsabilidades familiares.**

Como cuestión previa, debemos señalar que el marco legal vigente establece un amplio ámbito de aplicación de las normas de protección a la maternidad en nuestro país. (art. 194 C.T.). En efecto, el universo de sujetos sometidos a la aplicación de estas reglas excede de aquel establecido para las demás del Derecho Laboral. Es de carácter universal, en el sentido que es aplicable a todas las mujeres que trabajan, con la única condición que se **encuentren afiliadas a algún régimen previsional.**

A continuación desarrollaremos algunas ideas vinculadas a las formas específicas de tutela o protección del trabajador con responsabilidades familiares en la ley chilena actual. Este análisis abarca tanto la legislación laboral propiamente tal como aquella de seguridad social. Comenzaremos con un enunciado de los tipos o categorías de derechos o beneficios, para desarrollarlos más acabadamente más adelante. Ellos son: licencias (descansos) o permisos pre y postnatal; prestaciones pecuniarias durante dichos permisos; estabilidad en el empleo y no discriminación; mecanismos para el cuidado del hijo pequeño y otros derechos conexos. Abordaremos, asimismo, los principales aspectos regulados por la Seguridad Social, especialmente a partir de la reforma previsional del año 2007.

Entre los **descansos y permisos**, destacan los referentes al descanso de maternidad (permisos de prenatal y postnatal, además de la flexibilidad y/o aumento del postnatal). Por regla general, el titular del derecho es la madre.

Sin embargo, también lo puede ser el padre, en caso de muerte de la madre durante el parto o el descanso postnatal, quien cuenta con derecho a subsidio y fuero. Otro titular con derecho es el tutor judicial o la persona a cargo del cuidado personal de un menor de 6 meses. En este caso, cuenta con permiso y subsidio por un plazo de 12 semanas. En materia de descansos, existen también aquellos por enfermedad del niño y los permisos especiales, que se dan por nacimiento y muerte. En caso de solicitar el permiso por enfermedad del niño, debe tenerse presente que éste se otorga por dos causantes: el menor de un año o el menor de 18 años. En el primer caso, es decir, aquel que corresponde al niño menor de un año, la causa debe ser una "enfermedad grave" de éste y la duración del permiso estará definida por el período que determine el Servicio de Salud. Respecto de los titulares del derecho a permiso, éstos son la madre trabajadora, y si ambos padres son trabajadores, también el padre, a elección de la madre. También puede serlo el trabajador tutor judicial o al cuidado personal, y al fallecimiento de los titulares, su cónyuge (con derecho a subsidio: Dto. N° 210 de 1985). En el caso de los niños menores de 18 años, las causales son "accidentes o enfermedad terminal o grave, con probable riesgo de muerte". La duración del permiso establece el número de horas equivalente a 10 jornadas ordinarias de trabajo al año; distribución a elección del titular con imputación a feriados u otras formas de restitución. Los titulares son los mismos que en caso de los niños menores de un año.

Respecto del **permiso por nacimiento** del hijo para el padre (art. 125 inc 2° C.T), la duración es de 5 días, los cuales se pueden distribuir a elección del titular (padre o padre adoptivo, desde la sentencia que la conceda) desde el momento del parto (días corridos o dentro del primer mes).

El **permiso laboral por muerte** (art. 66 Código del Trabajo Ley N° 20.137 de 2006) puede otorgarse por dos motivos: por la muerte de un hijo o del cónyuge y por la muerte de un hijo en período de gestación o muerte del padre o la madre. Este permiso por muerte de un hijo o del cónyuge corresponde a 7 días corridos, adicionales al feriado anual, independientemente del tiempo de servicio. En caso de solicitar fuero laboral, éste es por un mes, a contar del respectivo fallecimiento. En contratos de trabajo a plazo fijo o por obra o servicio determinado, el fuero rige sólo durante la vigencia del respectivo contrato, si éste fuera menor a un mes, sin que se requiera solicitar su desafuero al término de cada uno de ellos. El permiso por muerte de un hijo en período de gestación o muerte del padre o de la madre es por 3 días hábiles. En ambos casos, los días de permiso no podrán ser compensados en dinero.

Respecto de los **subsídios a los ingresos femeninos**, destaca el correspondiente al pre y postnatal. La OIT establece que serán 2/3 de las ganancias anteriores y financiados con fondos públicos. En el caso de Chile (DFL 44), los descansos y permisos de origen familiar tienen derecho a subsidio actualmente



con el tope legal de la remuneración imponible, es decir, 66 UF, o a remuneración, si ello se ha convenido; del mismo modo, el permiso por enfermedad grave del menor de 18 años se entiende trabajado, pero debe restituirse. Se establecen multas en caso de infracciones, más el pago directo de los subsidios por parte del empleador. Es menester recordar que la Ley N° 18.418 traspasó el financiamiento de los subsidios de reposo maternal al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidios de Cesantía.

Del análisis legal de la protección del empleo y la no discriminación de la mujer, podemos concluir que la ley vigente en nuestro país da derecho a la conservación del puesto (el mismo o equivalente); protege de la discriminación por causa del embarazo (igualdad de trato), prohíbe la realización del test pre-ocupacional; otorga fuero maternal a la trabajadora de servicios transitorios durante la vigencia de su relación contractual (art. 183 AE), y contempla otros fueros por causas familiares (1 mes posterior al fallecimiento cónyuge o hijo, y al padre cuando la madre muere en el parto). Observamos que son titulares del fuero las madres o padres adoptivos y se aplica también a trabajadoras de casa particular y a personas que manifiesten su intención de adoptar un niño. Entre las causales, debemos hacer notar que no procede nunca la causal de las necesidades de la empresa ni el desahucio como motivo fundante del despido.

Otra situación reglamentada es la que se aplica frente a un despido por ignorancia del estado de embarazo. Si el empleador solicita judicialmente el desafuero y éste se produce mientras la mujer se encuentra gozando del descanso post natal, continuará percibiendo el respectivo subsidio hasta la conclusión del respectivo periodo. Si hubiere lugar a subsidio de cesantía, se entenderá para tales efectos que el contrato ha expirado en el momento en que la mujer deja de percibir el subsidio maternal.

En relación con la obligación de sostener **salas cuna y los derechos conexos** a esta obligación, la legislación chilena dispone, respecto de los sujetos obligados, la norma siguiente, que distingue tres situaciones:

1. Empresas que, particularmente consideradas, ocupan 20 o más trabajadoras
2. Establecimientos de las empresas que, individualmente consideradas, ocupan 20 o más trabajadoras.
3. Centros comerciales administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica; asimismo, los establecimientos educacionales en vacaciones podrán tener uso como sala cuna.

La evidencia nacional vinculada al trabajo femenino y a los beneficios maternales, y específicamente las salas cuna, nos demuestra lo siguiente: la tasa de ausentismo por licencias propias es similar en ambos sexos. Las licencias de la trabajadora, por enfermedad del hijo, triplica el promedio del hombre. La utilización efectiva del derecho a sala cuna es escasa. Asimismo, se observa poco uso e insuficiente exigencia por parte de la mujer. Sólo un 4,6% lo usa. Por otro lado, se observa frecuente incumplimiento de las normas sobre tenencia de salas cunas. Las empresas contratan menos de 20 mujeres y muchas de ellas no cumplen con la obligación, teniéndola. La modalidad más utilizada son los convenios externos con salas cuna y también el otorgamiento de bonos para el cuidado de los menores.

### ***Derechos o garantías complementarias de la ley laboral y del Derecho de la Seguridad Social :***

Podemos identificar los que a continuación se explicitan, entre otras garantías que no desarrollaremos in extenso en este trabajo por escapar a su finalidad.

En primer término, la prohibición de desempeñar trabajos perjudiciales para la salud de la madre o del niño; la interrupción de la jornada por lactancia: una hora de permiso, aun si el menor no está en sala cuna, según forma acordada con el empleador. (Ley N° 20.166 de 2007 modificó el artículo 206 del C.T.). El cambio de funciones perjudiciales para la salud, por ejemplo, horario nocturno o aquellos que exijan esfuerzo físico, etc., y finalmente el derecho al cobro de pensiones alimenticias de los menores a su cargo y de las asignaciones familiares.

Por otra parte, los principales aspectos abordados por la **Seguridad Social** son la asistencia médica de la mujer durante el embarazo y el otorgamiento de prestaciones de carácter pecuniario. En este último punto, debemos hacer una especial mención a la reforma previsional de 2007 (Ley N° 20.255, de 17.03.08), que incorporó las pensiones solidarias, la afiliación de los independientes al sistema de pensiones y respecto del tema que nos preocupa, mayor equidad para la mujer, en virtud de diversas herramientas. Los aspectos abordados por esta reforma previsional son los siguientes:

1. Bono por hijo.
2. Pensión de sobrevivencia cónyuge hombre.
3. Separación del seguro de invalidez y sobrevivencia.
4. Aumento de la cobertura del SIS hasta los 65 años.
5. División de la cuenta individual en caso de nulidad o divorcio.

## 6. Ingreso mínimo trabajadoras de casa particular.

1. **Bono por hijo:** implica un aporte de carácter estatal, que aumenta el monto de las pensiones de las mujeres. Tanto las madres biológicas como las adoptivas tienen derecho a recibirlo. Además, éste se otorgará sin importar la condición económica y se otorga por cada hijo nacido vivo. Se entrega al cumplir 65 años a todas aquellas mujeres que se pensionen después del 1 de julio de 2009.
2. **Pensión de sobrevivencia cónyuge hombre:** La mujer originaba pensión a los hijos y al cónyuge inválido. Ahora se incluye al cónyuge hombre no inválido como beneficiario de pensión de viudez de la mujer. También tendrán derecho los padres de hijos de filiación no matrimonial que vivan a expensas de la mujer. Está vigente desde el 1° de octubre de 2008.
3. **Separación del seguro de invalidez y sobrevivencia:** La licitación del Seguro de Invalidez y Sobrevivencia (SIS) se separó por género dado que hombres y mujeres pagaban lo mismo. La prima del SIS de las mujeres es inferior a la de los afiliados hombres, porque tienen menor siniestralidad. Este menor costo (diferencia) será devuelto a la cuenta individual de la mujer. Ello implica un aumento del saldo de la cuenta y mejores pensiones. Primera licitación del SIS se realizó en abril de 2009.
4. **Aumento de la cobertura del seguro de invalidez y sobrevivencia hasta los 65 años:** Se amplía hasta los 65 años la edad máxima de cobertura del Seguro de Invalidez y Sobrevivencia. Respecto de mujeres no pensionadas, que continúan trabajando. Actualmente la mujer sólo tiene cobertura hasta los 60 años. Se iguala cobertura a la que tienen los hombres. Mayor protección. Vigencia desde el 1° de octubre de 2008.
5. **División de la cuenta individual en caso de nulidad o divorcio:** En caso que la nulidad o divorcio origine una compensación económica para alguno de los cónyuges (Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil, artículo 62) el juez podrá ordenar el traspaso de fondos de la cuenta de capitalización individual obligatoria del cónyuge que deba compensar hacia la cuenta individual del cónyuge compensado. Si el cónyuge compensado no tiene cuenta de capitalización individual, se deberá abrir una cuenta de capitalización individual voluntaria para tales efectos. El traspaso podrá ser hasta el 50% de los fondos acumulados durante el matrimonio. Esta disposición afecta a los juicios de nulidad o divorcio que se iniciaron después del 1 de octubre de 2008.
6. **Ingreso mínimo trabajadoras de casa particular:** Se iguala ingreso mínimo imponible de trabajadoras(es) de casa particular con el resto de

los trabajadores, en forma gradual. 1 de enero 2009: 83%; 1 de enero 2010: 92%. El 1 de enero 2011 alcanzó el 100% del ingreso mínimo para trabajadores mayores de 18 años de edad. El efecto de lo anterior es un aumento en los saldos acumulados, lo que finalmente incrementa la pensión de este tipo de trabajadoras.

## V. Conclusiones y comentarios finales

Tanto a nivel global como nacional, existe una tendencia legal evidente de incorporar al hombre en la responsabilidad por la familia y de introducir el concepto de "parental" en lugar de maternal en los cuidados familiares. No obstante, barreras culturales, de comportamiento social o desconocimiento de la ley inhiben la implementación real y efectiva de esta directriz.

Asimismo, contribuye al problema la escasa jurisprudencia judicial sobre el tema, salvo en materias de fuero, causas que hoy son tramitadas rápidamente, gracias a la reforma al proceso laboral chileno. Sin embargo, existe abundante jurisprudencia administrativa.

Finalmente, considerando el proyecto de ley actualmente en debate parlamentario, que entre otros temas incluye la extensión del descanso postnatal a un total de 6 meses, nuestra opinión es que los acentos deben colocarse en los siguientes puntos específicos, con el propósito de **evitar el efecto perverso de las normas de protección del trabajo de la mujer**, considerando que el mundo competitivo en el cual está inmersa la empresa de hoy requiere flexibilidad y adaptabilidad:

No afectar la empleabilidad femenina por el efecto de insertar un mayor costo de contratación de la mujer, sobre todo de los sectores más vulnerables; debe acrecentarse la corresponsabilidad de ambos padres en el cuidado de los hijos.

Insistir en la relevancia de la capacitación y la reconversión profesional. Asociar el incremento de las remuneraciones a la mejora en la productividad de las personas en general.

Continuar con la certificación de buenas prácticas laborales, ya que aumenta el capital laboral de los trabajadores y trabajadoras y por tanto colabora en el mejoramiento de las condiciones de contratación, especialmente de la mujer con escasa especialización laboral.

Regular el descanso postnatal bajo la modalidad de **compartido**, pero con un período exclusivo del padre. De esta forma, ambos progenitores

pueden disfrutar de la crianza y el derecho no queda radicado solo en la madre, disminuyendo a la vez la discriminación que se pudiere generar por este concepto. Postulamos que la opción de la madre de transferir al padre es de limitado efecto, por lo que el proyecto es débil en esta parte.

En relación con el fuero maternal, postulamos disminuir su duración a 6 u 8 meses después de expirado el descanso postnatal, si es que su duración se aumenta a 6 meses, como se ha propuesto por estos días en nuestro país. O bien, extenderlo a ambos padres, frente al nacimiento de un hijo. Asimismo, nuestra opinión es que urge adecuar la regulación del fuero maternal en los contratos por obra o faena y en aquellos a plazo fijo, con el propósito de fomentar el empleo de la mujer en estas modalidades de contratación.

Establecer un seguro de familia. Constituye un hecho innegable que la gran mayoría de las mujeres adquieren responsabilidades familiares en algún momento de su vida laboral. Frente a tal evento, proponemos analizar la factibilidad de establecer un seguro, semejante al seguro de desempleo, que cubra los gastos de maternidad y remuneración posterior al parto, obligatorio para hombres y mujeres, con un financiamiento compartido, pero sustancial de parte del Estado.

Finalmente, creemos que es posible modificar la fórmula de cómputo relativa a la obligatoriedad de contar con salas cunas por parte de los empleadores, reemplazando la base de cálculo actual. Proponemos no calcular sobre el número de trabajadoras mujeres, sino que sobre el total de trabajadores empleados. Además, respecto de la empresas de menor tamaño, proponemos el financiamiento estatal de las salas cunas.

En síntesis, postulamos un trabajo amigable para la familia, que potencie el valor y el aporte social de la mujer, permitiéndole ejercer los roles que la vida de hoy le demanda, con dignidad y satisfacción, sin desconocer la radical relevancia del sistema de la seguridad social, que combine mecanismos de cobertura eficientes, en un marco de solidaridad.

Finalmente, es indudable sostener que avanzar en la conciliación parental con corresponsabilidad social es una ecuación compleja, que combina el desarrollo personal, el diseño de instrumentos de política pública y las estrategias culturales que la hagan realidad.



## **Bibliografía:**

### **OIT:**

*La maternidad en el trabajo. Examen de la legislación nacional.* Segunda edición, 2010.

*Trabajo decente y equidad de género en América Latina.* 2006.

Informe *Trabajo y Familia: hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social.* Primera edición. 2009.

*Informe sobre trabajo en el mundo.* Primera edición. 2008.

*La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean.* Primera edición. 2007.

### **OCDE:**

Informe OECD en lo relativo al mercado del trabajo chileno.

Mejores Políticas para el desarrollo: perspectivas sobre Chile. 2011.

### **Libros**

*Mujer y Derecho. Una aproximación a la situación legal de la mujer en tres países latinoamericanos: Argentina, Chile, Perú.* Maria Paz Garafulic. Proyecto Fundación Ford. 2001.

**Memoria de Prueba** para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Johana Chaura L y Karen Fuentes V.; Profesora guía Cecily Halpern M. 2011.

### **Informes;**

Biblioteca del Congreso Nacional; trabajo presentado por el equipo de asesoramiento parlamentario. Marzo. 2011.

Páginas web:

[www.ilo.org/travail/database](http://www.ilo.org/travail/database).

Dirección del Trabajo. Temas Laborales N° 27. *El derecho a ganar lo mismo.* Ley 20.348.

*Igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres.* Diciembre 2010.

Fundación Jaime Guzmán. Ideas & Propuestas N° 76, 11 de mayo de 2011. *Hombres y postnatal: experiencias comparadas.*

*Mensaje del Proyecto de Ley.* Marzo 2011.