

**Tribuna**

Jueves 12 de Mayo de 2011

## **El dilema de servir a dos señores y el posnatal**

**Cecily Halpern M.**

**Ignacio Covarrubias C.**

Profesores Facultad de Derecho

Universidad del Desarrollo

Con ocasión de la actual discusión sobre el proyecto de ley que modifica la normativa laboral referente a la maternidad, pensamos que las líneas matrices del mismo plantean interrogantes desde distintas perspectivas. Sin perjuicio de destacar sus aspectos positivos es indudable que la intención dominante ha sido ampliar la extensión del posnatal, en procura del beneficio que conlleva una mayor cercanía con el recién nacido con su madre, fortaleciendo su salud física y psíquica, según lo avalan todos los estudios modernos. Sin embargo, dado que esta prolongación genera una externalidad negativa en el acceso de la madre al trabajo, la iniciativa contempla normas que buscan armonizar dichos bienes públicos -familia y empleo-, permitiendo que algunas madres, aquellas que supuestamente desempeñan labores menos vulnerables, puedan renunciar a la extensión del posnatal.

Si bien las políticas públicas pueden legítimamente alcanzarse junto a otras políticas conexas, todas relevantes, su concreción debe respetar siempre los derechos fundamentales involucrados, por representar éstos prerrogativas esenciales de las que nadie puede ser privado, por lo que su realización deberá sobreponerse a las decisiones políticas y las exigencias técnicas.

Así, para obtener "una mayor conciliación entre trabajo y familia" -como lo reconoce la iniciativa- el proyecto gubernamental permite que las mujeres cuya remuneración sea inferior a 30 UF puedan optar a jornadas laborales parciales, flexibilizando para dicho segmento un posnatal que para el resto conserva su carácter irrenunciable. Esta prohibición parece justificada si ella tiene por finalidad evitar presiones o abusos que tornen ilusorio el beneficio. No obstante, la fórmula escogida pone en entredicho el cumplimiento del objetivo más relevante declarado en el proyecto -la salud de los niños lactantes- para un número no menor de recién nacidos, a costa de satisfacer otra finalidad, cuyo éxito tampoco se encuentra garantizado. Nada asegura que las madres menos vulnerables queden inmunes frente a las presiones del empleador, interesado en limitar la extensión del posnatal.

De la manera indicada, el proyecto lesionaría el "principio de igualdad", que podría ser afectado en la medida que no se evidencie que la limitación impuesta no constituye una discriminación arbitraria. En efecto, el mismo proyecto reconoce como indiscutido que "quien mejor cuida a sus hijos son los padres". ¿Por qué entonces dicho beneficio se relativiza en el caso de lactantes de madres más pudientes?

Otro tanto ocurre con la libertad de trabajo. El proyecto contiene escollos no fáciles de sortear. El primero se refiere a la prohibición del ejercicio de la libertad de trabajo por un tiempo prolongado (seis meses) en el caso de los empleos sujetos a contrato de trabajo, lo que difícilmente puede asimilarse a una suspensión temporal del mismo y que tiene hondas repercusiones en la empleabilidad. Asimismo, creemos que no se ha elegido la alternativa menos lesiva para el derecho intervenido, lo cual arriesga no satisfacer algunos de los criterios que ha venido utilizando el Tribunal Constitucional para valorar la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales. La posibilidad de hacer renunciante sólo parte del descanso prenatal o transferirlo al posnatal permite disminuir el tiempo de ausencia de la madre trabajadora, mitigando así el temor a la no empleabilidad, sin arriesgar el objetivo primordial del proyecto.

Con todo, creemos que este proyecto no debe ni puede discutirse sin tener a la vista la modificación legal del régimen de las salas cuna, por ser parte necesaria de la adecuada solución del problema que se trata de

resolver. Debe analizarse seriamente el financiamiento del sistema, con el fin de que no se grave exclusivamente al empleador de la madre y participe tanto el Estado como el empleador del padre. Esta fórmula permitiría compatibilizar mejor la protección de los niños lactantes con la necesaria flexibilidad laboral, atenuándose el factor de riesgo de menor empleabilidad, sin exponer la viabilidad constitucional de la iniciativa legal. En consecuencia, creemos indispensable corregir los problemas enunciados.