

MINUTA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN CHILE



A. Antecedentes generales:

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

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

Que, sin duda la creación del Estatuto Docente y aquellas normas en materia de protección a los profesores, marcó igualmente un hito relevante en esta materia, y aunque si bien es cierto el Estatuto Docente, no desarrolla en su contenido la protección a la maternidad, ha dejado claro el carácter subsidiario y la aplicabilidad del Código del Trabajo.

Ahora bien, todavía hay mucho por lograr para garantizar un maternidad más humanizadora hacía la mujer y su rol paralelo ejerciendo la docencia en las Escuelas, porque si bien el Estado de Chile a lo largo del tiempo ha legislado en favor de las madres y a través de la ratificación de convenios de la OIT, han adecuado la normativa interna a los principios y normativa internacional, su cumplimiento a cabalidad en casos particulares ha sido difícil.

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

B. Normativa nacional de protección a la maternidad – Aplicación general:

1.- Constitución política de la República. “ La consagración hecha en sus incisos 1o, 2o y 4o respectivamente: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad... El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece...”.

Y del catálogo de derechos fundamentales asegurados por la Constitución, contenido en el artículo 19 N° 1, 2, 4, 9, 16, 18 y 26.

2.- Ley 11462 de 1953 del Ministerio del Trabajo. “Modifica disposiciones del Código del Trabajo, relacionadas con la protección a la maternidad.”

3.- DFL 44 de 1978 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. “Fija normas comunes para subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado.”

4.- Ley 19.620 de 1999 del Ministerio de Justicia. “Dicta normas sobre adopción de menores.”

5.- Ley 20.166 de 2007 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. “Extiende el derecho de las madres trabajadoras a amamantar a sus hijos aun cuando no exista sala cuna.”

6.- Ley 20.399 de 2009 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría del Trabajo. “Otorga derecho a sala cuna al trabajador.”

7.- Ley 20.367 de 2009 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría del Trabajo. “Modifica el artículo 195 del Código del Trabajo y hace extensivo permiso a la madre en caso de adopción de un menor.”

8.- Ley 20.545 de 2011 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría del Trabajo. “Modifica el Código del Trabajo y otros cuerpos legales para instaurar un sistema que otorga a las mujeres trabajadoras un descanso postnatal por más de tres meses, beneficio que también recibe el padre.”

9.- Código del Trabajo, libro II, título II “De la protección a la maternidad y la paternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.”

C. Normativa nacional de protección a la maternidad – Aplicación Docentes pertenecientes a DAM, DAEM, SLEP y Corporaciones:

Estatuto docente: “El Estatuto Docente no contiene ninguna norma referida al fuero maternal ni a la maternidad en general, siendo regulada esta materia en el Código del Trabajo, sin embargo debemos destacar a la norma establecida en el artículo 71 inciso primero, referida a la aplicación supletoria del Código del Trabajo:

Ley 20.891 de 2016 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. “Perfecciona el permiso postnatal parental y el ejercicio del derecho a sala cuna para las funcionarias y funcionarios públicos que indica.”

D. Normativa y/o instrumentos internacionales de protección a la maternidad:

Convenio 103 de la OIT sobre la protección de la maternidad (1952): Ratificado por Chile con fecha 14 de octubre de 1994, Promulgado mediante DS 1907 de 03 de noviembre de 1998, publicado en D.O. de 03 de marzo de 1999.

Convenio 183 de la OIT, es la norma internacional del trabajo sobre protección de la maternidad más actual, sin embargo el Estado de Chile aún no lo ha ratificado.²

Convenio 156 de la OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares. Ratificado por Chile en 1994.

CEDAW. Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer. Ratificado por Chile en 1979.

E. Entidades obligadas a cumplir la protección a la maternidad:

Todas las empresas e instituciones públicas y privadas, y en todas las sucursales o faenas que posea el establecimiento, empresa o servicio.

² Reafirma la mayoría de los derechos consagrados en el Convenio 103, como el derecho a la protección de la salud, la licencia de maternidad de al menos 14 semanas, licencia en caso de enfermedad o de complicaciones, prestaciones pecuniarias durante la duración de la licencia de maternidad, prestaciones médicas, derecho de la madre a retornar a su mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración una vez terminada la licencia de maternidad, derecho a dar alimentos al hijo, entre otros tópicos.

F. Derecho descanso maternal de la madre trabajadora:

- Prenatal: seis semanas antes del parto.
- Postnatal: doce semanas después del parto.
- Postnatal parental: doce o dieciocho semanas (dependiendo de si la madre se queda en casa o si regresa a trabajar por media jornada) después del postnatal recién mencionado.

Casos en los cuales se pueden ampliar los permisos de pre o post natal:

- Descanso prenatal suplementario: en caso de enfermedad durante el embarazo.
- Descanso prenatal prorrogado (parto tardío): en caso de que el parto se produjera después del descanso prenatal (6 semanas). Este descanso se extenderá hasta el nacimiento del niño/a y a partir de esa fecha se contará el descanso postnatal.
- Descanso postnatal suplementario: en caso de enfermedad como consecuencia del parto.
- Si el niño o niña nace antes de la semana 33 de gestación, o si nace pesando menos de 1.500 gramos, el descanso postnatal será de 18 semanas.
- En caso de partos múltiples, el descanso se extiende siete días por cada niño a partir del segundo.
- Si ocurren estas dos circunstancias simultáneamente, el descanso será el de mayor duración.
- Todos estos casos deberán ser acreditados por certificados del médico tratante.

G. Permiso postnatal parental:

El postnatal parental es un permiso de doce semanas (84 días) al que tiene derecho la trabajadora, a continuación del postnatal, con pago de subsidio que reemplaza su remuneración. Este permiso se puede usar por media jornada, donde aumenta a 18 semanas (126 días), recibiendo la mitad del subsidio señalado y, a lo menos, el 50% de las remuneraciones pactadas en el contrato.

Si ambos padres son trabajadores, el padre puede hacer uso de este permiso si la madre así lo decide, pero sólo a contar de la séptima semana.

Las trabajadoras que no tienen horario laboral que cumplir, tienen derecho al permiso postnatal parental en los mismos términos y conforme a lo acordado con su empleador.

Si la trabajadora decide hacer uso del permiso postnatal parental laborando la mitad de la jornada convenida por 18 semanas, deberá notificar su decisión por correo certificado al empleador con copia a la Inspección del Trabajo, 30 días antes del término de su descanso postnatal.

El trabajador/a que tenga a su cuidado un menor de edad por haberse otorgado judicialmente la tuición o cuidado personal como medida de protección el menor o en virtud de su adopción también tendrá derecho al permiso postnatal parental.

H. Derechos del padre:

- Permiso pagado de cinco días en caso de nacimiento de un hijo, el que podrá utilizar a su elección desde el momento del parto en días corridos, o distribuirlos dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento.
- Permiso pagado de cinco días en caso de que se le conceda la adopción de un hijo, contado desde la sentencia definitiva que le otorgó el derecho.
- Permiso postnatal parental, si es que la madre decide traspasar semanas, pudiendo traspasar un máximo de seis semanas a jornada completa; pero si la madre decide tomarse 18 semanas a media jornada, puede traspasar un máximo de 12 semanas en media jornada. En ambos casos, las semanas utilizadas deben ser las semanas finales del período de descanso y habrá derecho a un subsidio en base a sus remuneraciones con un tope de 66 UF.
- Derecho a sala cuna mantenida o financiada por la empresa en que trabaja, si es que ya es exigible al empleador (es decir, si en la empresa ya hay 20 ó más trabajadoras mujeres) y si, por sentencia judicial, se le ha confiado el cuidado personal de un menor de dos años.
- En caso de muerte de la madre durante el parto o el período posterior a éste, corresponderá al padre cumplir el permiso postnatal o el resto de él para el cuidado del hijo, el fuero maternal y el subsidio correspondiente.

I. Protección a la maternidad en caso de adopción:

Todos los derechos de permisos y subsidios maternales también se aplican a los casos de adopción, tuición o cuidado personal de menores, siempre que se presente la resolución judicial correspondiente.

J. Otros casos de protección a la maternidad:

- La madre trabajadora tiene derecho a permiso y subsidio, en caso de enfermedad grave de hijos menores de un año.
- Si ambos padres son trabajadores, cualquiera de ellos a elección de la madre, tiene derecho al permiso y subsidio.
- El trabajador/a que tenga a su cargo el cuidado de un menor de edad, por habersele otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección, o en virtud de lo previsto en los artículos 19 o 24 de la Ley de Adopción, tendrá derecho al permiso postnatal parental.
- Si el menor tiene menos de seis meses, habrá derecho a postnatal de 12 semanas más el permiso postnatal parental.

K. Enfermedad de hija/o:

- La madre trabajadora tiene derecho a un permiso de diez jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas a elección del trabajador en jornadas completas, parciales o combinadas, cuando tenga un hijo menor de 18 años con accidente grave o con una enfermedad terminal en su fase final o enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte (acreditadas mediante certificado otorgado por el médico que tenga a su cargo la atención del menor).
- Si ambos padres son trabajadores cualquiera de ellos a elección de la madre, tiene derecho al permiso.
- Las horas deben ser restituidas por el trabajador mediante imputación a su próximo feriado anual (vacaciones) o laborando horas extraordinarias, o en la forma que convengan trabajador y empleador.

L. Fuero maternal:

El derecho que tiene toda mujer trabajadora a no ser despedida por su empleador, sino con autorización del juez competente, quien sólo podrá concederla en los casos de las siguientes causales:

- a) Vencimiento del plazo convenido.
- b) Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato o;
- c) Hechos imputables a la conducta del trabajador.

En caso de que el padre haga uso del permiso postnatal parental también gozará de fuero laboral.

Ese fuero dura un período equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del mismo. El fuero del padre no podrá exceder de tres meses.

La duración del fuero, es por todo el periodo de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso maternal (periodo de postnatal)

M. Vigencia de la Relación Laboral con fuero maternal:

Que en el periodo de pre o postnatal, legalmente el empleador no puede despedir a la trabajadora durante los respectivos descansos de maternidad que le correspondan, salvo si su empleador cuenta con autorización judicial.

Cuando nos referimos a autorización judicial, implica que el empleador interponga demanda laboral por desafuero maternal ante los Juzgados Laborales, con la finalidad de que los jueces acojan dicha demanda.

N. Despido laboral durante periodo de fuero maternal:

Cuando ocurran estos hechos, en el caso de profesoras dependientes del DAEM, DEM y Servicio Locales de Educación, deben interponer denuncia ante la Inspección del Trabajo por la ilegalidad y lo injustificado del despido.

En caso tal, que citados a comparendo de conciliación no se logren acuerdos, la profesora tiene un plazo de 60 días hábiles desde el despido, para acudir ante los Tribunales Laborales.

Cabe mencionar que este plazo se suspende, mientras dure la tramitación administrativa en la Inspección del Trabajo, no obstante, el plazo para acudir ante los Tribunales Laborales, no puede ser superior a 90 días hábiles contados desde el despido.

O. Remuneraciones durante el periodo de pre o post natal:

La trabajadora recibe un subsidio maternal que equivale a la totalidad de su remuneración y las asignaciones que estuviese percibiendo, con tope de 73,2 UF. Sólo se descontarán las imposiciones de previsión y descuentos legales que correspondan.

Si regresa a trabajar por media jornada durante su período postnatal parental, tendrá derecho a la mitad del subsidio de lo que le habría correspondido si hubiera tomado el descanso a jornada completa, y a lo menos el 50% de las remuneraciones fijadas en el contrato de trabajo.

Para trabajadoras dependientes, se calcula sobre el promedio de las remuneraciones, subsidios o ambos que haya percibido los últimos tres meses anteriores a la licencia pre natal. Para trabajadores independientes, la base de cálculo considera el promedio de las rentas, subsidios o ambos, que haya percibido los seis meses inmediatamente anteriores a la licencia por prenatal.

P. Derecho sala cuna:

Tiene derecho a sala cuna cuando la empresa donde presta servicios tiene 20 o más trabajadoras.

El empleador puede cumplir con este requisito de diferentes maneras:

- Manteniendo en forma individual una sala cuna.
- Manteniendo en forma conjunta con otros empleadores una sala cuna.
- Pagando directamente a una sala cuna, los gastos que signifiquen el costo del beneficio donde la mujer lleve a su hijo o hija.

Beneficiarios de la sala cuna y jardín infantil: El acceso a salas cunas y jardines infantiles, esta una prestación que está garantizada para las personas que pertenecen al 60% de la población más vulnerable

Compatibilidad de la licencia médica o feriado legal como la sala cuna: La madre trabajadora que tiene un hijo(a) menor de dos años, tiene derecho a gozar del beneficio de sala cuna previsto en el artículo 203 del Código del Trabajo, aun cuando se encuentre haciendo uso de licencia médica o en cualquier otro evento que le impida cuidar adecuadamente a su hijo menor de dos años.

Uso de sala cuna no designada por el empleador: Si la trabajadora no lleva a su hijo/a a la sala cuna designada por el empleador no existirá para éste obligación alguna de pagar el costo de aquella donde la madre trabajadora lleve a su hijo/a

Enfermedad grave de hijo menor de un año: Cuando la salud de un niño menor de un año requiera la atención en el hogar con motivo de enfermedad grave, hecho que debe ser acreditado con certificado médico, la madre trabajadora tiene derecho a un permiso y subsidio por el período que el respectivo servicio determine.

Elección libre de sala cuna o solicitud pago de ella: Los derechos respecto a la maternidad son irrenunciables, es decir, la trabajadora y su empleador no pueden acordar algo diferente a lo que en esta materia señala la Ley. Por ello, si la profesora desea hacer uso de tu derecho deberá llevar a tu hijo o hija a la sala cuna que su sostenedor haya contratado, debiendo ese establecimiento contar con autorización de la JUNJI.

La Ley, no permite que la profesora reciba el dinero del costo de la sala cuna, sin embargo, procede jurídicamente el pago de un bono compensatorio en los siguientes casos:

- a)** Si por prescripción médica el niño o niña tiene el impedimento de asistir a una sala cuna.
- b)** Si el lugar de trabajo está apartado de los centros urbanos donde no hay sala cuna.
- c)** Que la jornada de la trabajadora no sea compatible con el funcionamiento de una sala cuna.

Q. Derecho de alimentos de los hijos:

Las madres trabajadoras tienen derecho a alimentar a sus hijos, aun cuando no exista sala cuna en su lugar de trabajo. La normativa beneficia a todas las mujeres trabajadoras que tengan hijos menores de dos años, las que podrán contar con mínimo una hora dentro de la jornada laboral para alimentarlos, ya sea dándoles pecho o sustitutos alimenticios. Cabe mencionar, que aunque el hijo/a sea cuidado y alimentado en la casa de la madre, está igual tiene mínimo una hora para alimentarlo, no importa donde se encuentre o quien esté a cargo del menor.

Que, el tiempo de transporte que ocupa la madre para ir a lugar donde está su hijo/a no se incluye en el periodo de alimentación, debido a que esta hora mínimo estipulada por Ley, es exclusivamente para alimentación; por tanto, en caso que la madre deba desplazarse, el horario se ampliará lo necesario para su viaje de ida y vuelta. Así pues, los empleadores que tengan la obligación de contar con una sala cuna, deberán otorgar también el tiempo de movilización que la madre necesite para dar alimentos y costear los pasajes.

- Titularidad del derecho de dar alimento al hijo/a: Este derecho lo puede ejercer tanto el padre o la madre, de manera que, cuando ambos son trabajadores, podrán acordar que sea el padre quien ejerza el derecho. Esta decisión debe ser comunicada por escrito a ambos empleadores (el del padre y el de la madre) con al menos treinta días de anticipación al momento en que se hará efectivo el permiso.

La carta debe estar firmada por el padre y la madre, que deben enviar copia a la Inspección del Trabajo.

Asimismo, si en algún momento el padre y la madre deciden cambiar su decisión también deben comunicarlo de la misma manera a empleadores y a la Inspección del Trabajo.

El padre trabajador ejercerá el permiso para alimentar al hijo si tiene la tuición del niño/a por sentencia judicial, por fallecimiento de la madre o cuando la madre esté imposibilitada de ejercer el derecho.

- **Titularidad del derecho de dar alimento por parte de terceros:** Si a un trabajador o trabajadora se le otorga judicialmente la tuición o el cuidado personal de un niño/a como medida de protección también podrá ejercer el permiso aun cuando no sea el padre o la madre. En ese

- **Horario permiso alimentación de hijo/a:** Se deberá acordar con el empleador y podrá ser de la siguiente manera:

- 1.- En cualquier momento dentro de la jornada de trabajo.
- 2.- Dividiéndolo, a solicitud de la interesada, en dos etapas.
- 3.- Postergando o adelantando en media hora, o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo.

R. Acciones administrativas y judiciales en caso de vulneración a la maternidad:

- **Contraloría General de la República:** En caso de vulneración e incumplimiento grave a los derechos a la maternidad de profesoras pertenecientes a DAEM, DAM y Servicios Locales de Educación Pública, se puede interponer ante la Contraloría denuncia por estos hechos.

- **Inspección del Trabajo:** En caso de incumplimiento por parte del empleador (Colegios Particulares Subvencionados y Corporación Municipales) de los derechos a la maternidad anteriormente desarrollados, corresponde que la profesora interponga denuncia ante la Inspección del Trabajo.

- **Juzgado de Letras del Trabajo:** En caso que una vez interpuesta la denuncia ante la Inspección del Trabajo y no se logre ningún acuerdo en el comparendo de conciliación o empleador no asista, corresponde interponer una demanda laboral o Tutela laboral por vulneración de derechos, según sea el caso y la naturaleza de las pretensiones de la acción judicial. Hay que recordar que para acudir a Tribunales Laborales por despido injustificado/vulneración derechos fundamentales, se tienen 60 días hábiles desde el despido y en caso de acudir a la Inspección del Trabajo este término se suspende y se reanuda una vez finalizado el trámite ante esta entidad. Sin embargo, la trabajadora no puede acudir a los Tribunales pasados los 90 días hábiles.

S. Conclusiones finales:

En Chile, las normas de protección a la maternidad se aplican a todas las trabajadoras, independientemente de quién sea su empleador, otorgando protección tanto a las dependientes del sector privado, como del sector público en general. Así, el Código del Trabajo prescribe en el 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 trabajadores de 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”, y que “Estas disposiciones beneficiarán a todos los trabajadores que dependan de cualquier empleador, comprendidos aquellos que trabajan en su domicilio y, en general, a todos los que estén acogidos a algún sistema previsional”.*

Ahora bien, La Ley N° 19.070, que regula el Estatuto de los Profesionales de la Educación, si bien regula el fuero maternal, hace extensivas las normas de protección a la maternidad a casi la totalidad de las trabajadoras, siendo aplicable a las profesoras las normas del Código del Trabajo, sean estas profesoras titulares o profesoras a contrata.

Este último caso, ha generado muchos conflictos e interpretaciones, dado que las profesoras regidas por el Código del Trabajo, modalidad contrata, han tenido una deficiente protección a la maternidad y a sus derechos fundamentales, bajo la lógica que se puede dar por terminado su relación laboral por la causal “Vencimiento del plazo convenido”, y aunque considero que este materia el criterio de los Tribunales Laborales es pro trabajador, no deja de ser un situación cuyo criterio de resolución no es uniforme.

En todo caso, ante una situación como esta que es muy común que ocurra en la función docente, la institución del fuero maternal, que ha sido reconocida como derecho fundamental y en consecuencia, objeto de tutela constitucional y laboral, ante un conflicto de derechos, se debiese reconocer los bienes jurídicos protegidos mediante el fuero maternal como derechos esenciales, sin distinción derivada del sistema de contratación ni de ninguna especie, igualitario para todas las mujeres, con la única condición que se encuentren acogidas a un sistema previsional.

Por tanto, deben prevalecer los derechos fundamentales subyacentes al fuero maternal sobre otras características de orden patrimonial dentro de la relación laboral trabajadora – empleador.