

EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN EL  
DERECHO LABORAL, ¿HACIA DÓNDE VAMOS?

POR: NATALIA VERÓNICA TORRES CASTRO

Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo para optar  
al grado de Magíster en Derecho de la Empresa

PROFESOR GUÍA:  
Sra. LAURA SILVA URIBE

Marzo 2019  
CONCEPCIÓN

*A todos los que de una u otra forma me apoyaron y ayudaron a terminar este desafío, en especial a mi madre Verónica y a mi hija Josefina, que inspiraron esta tesina.*

## **TABLA DE CONTENIDO**

<b>INTRODUCCIÓN:</b> .....	1
1. CAPITULO I: EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN EL DERECHO LABORAL CHILENO.....	2
2. CAPÍTULO II: PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN EL SISTEMA ACTUAL. MECANISMOS DE PROTECCIÓN O DERECHOS RECONOCIDOS POR EL DERECHO DEL TRABAJO .....	11
2.1 Descanso Maternal .....	12
2.1.1.- Descanso Maternal Prenatal. ....	12
2.1.2.- Permiso Prenatal suplementario.....	13
2.1.3 Permiso Prenatal prorrogado.....	13
2.1.4 Descanso Postnatal.....	14
2.1.5 Enfermedad de la madre a consecuencia del parto o postnatal prolongado .....	14
2.1.6 Parto Prematuro.....	15
2.1.7 Parto múltiple.....	15
2.1.8 Descanso postnatal Parental.....	16
2.1.9 Descanso maternal y feriado.....	16
2.2 Permisos relacionados con la maternidad.....	16
2.2.1 Permiso por nacimiento de un hijo.....	17
2.2.2 Permiso por adopción de un hijo.....	17
2.2.3 Permiso por enfermedad grave de hijo menor de un año.....	17
2.2.4 Permiso por Atención de un hijo menor de 18 años afectado por accidente o enfermedad grave.....	18
2.3 Prohibición de Realizar trabajos perjudiciales.....	18
2.4 Prohibición de condicionar la contratación o subsistencia de la relación laboral a la existencia o ausencia de embarazo.....	19

2.5 Subsidio Maternal.....	19
2.6 Fuero Maternal.....	23
2.6.1 Desafuero.....	24
2.7 Sala Cuna.....	26
2.8 Derecho de Alimentación.....	27
3.- CAPÍTULO III: Hacia dónde Vamos.....	27
Bibliografía	

## INTRODUCCIÓN

El crecimiento de la fuerza laboral femenina y la disminución de la tasa de natalidad han forzado el nacimiento de normativa proteccionista respecto a la maternidad y también a la infancia. En el año 1907 el número promedio de hijos por mujer era de 5,12<sup>1</sup>, lo que obligaba a las mujeres a asumir obligaciones familiares, sin posibilidades de ingreso al mercado laboral. Hoy la baja tasa de natalidad (1,7)<sup>2</sup>, ha posibilitado el ingreso de la mujer al mundo laboral, lo que ha hecho necesario que se introduzcan mecanismos que protejan la maternidad para permitir el libre acceso de la mujer al trabajo sin menoscabar la protección a la infancia.

La protección a las madres trabajadoras nace en Chile como una respuesta a las precarias condiciones en que la población chilena, menos afortunada se encontraba viviendo en los inicios del siglo XX, en que la primera guerra mundial, la cuestión social, y la extrema pobreza y falta de educación marcaron la vida de los trabajadores que se encontraban vulnerables frente a las condiciones extremas de trabajo sin que existiera siquiera atisbo a la protección de la maternidad.

La introducción de reformas a la normativa laboral y previsional tuvieron como objetivo, establecer una serie de mecanismos para la protección a la mujer embarazada, madre y también a la infancia, permitiendo que la mujer pueda ejercer una doble labor en la vida sin necesidad de salir del mercado laboral y que una vez empleada exista estabilidad para su desarrollo laboral.

No obstante haberse realizado cambios profundos estos parecen ser insuficientes para crear un sistema que proteja a todas las mujeres trabajadoras ya que no es un sistema universal de protección ni tiene reconocimiento constitucional explícito, sino que, debido a la creciente precarización del empleo, aparecen como mecanismos destinados a proteger

---

<sup>1</sup>Instituto Nacional de Estadísticas. Enfoque estadístico, “*Estadísticas del Bicentenario: La familia Chilena en el Tiempo*”. Estadísticas Vitales de 1854-2008. Noviembre de 2010, disponible en [http://estudios.sernam.cl/documentos/?eMTU1MDkzNA=%3D-La Familia Chilena en el Tiempo](http://estudios.sernam.cl/documentos/?eMTU1MDkzNA=%3D-La+Familia+Chilena+en+el+Tiempo) (15-11-2018)

<sup>2</sup> Disponible en <https://www.ine.cl/prensa/2018/08/31/n%C3%BAmero-de-nacimientos-en-chile-descendi%C3%B3-5-6-entre-2015-y-2016> (15-11-2018)

a una sola clase de trabajadoras, dependientes de cierta clase de empleadores, introduciendo una división y clasificación de las mujeres trabajadoras debilitando de esta manera la protección legal, debido a que la misma ley impone requisitos que aparecen como barreras para poder acceder a esos derechos. Hoy en día la maternidad implica para la mujer trabajadora el mayor obstáculo puesto que terminan siendo factores discriminatorios a la hora en que el empleador decide a quién emplear, a quien ascender, a quién otorgar responsabilidades etcétera.

En esta tesina realizaremos un análisis de las normas de protección que el Derecho Laboral entrega a la maternidad desde su nacimiento, la evolución de las mismas, y los cambios que ha sufrido con el paso del tiempo, los mecanismos de protección que existen en nuestra legislación actual y una breve observación sobre nuevos proyectos y mecanismos de protección que se han estudiado y que en un futuro pueden formar parte de nuestra legislación.

## **CAPITULO I**

### **EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN EL DERECHO LABORAL CHILENO**

En los inicios del siglo XX la condición de los obreros en Chile todavía era miserable, y no existían mayores protecciones al trabajo obrero. Frente a esto nacen movimientos sociales que exigen un cambio y mayores derechos laborales, organizaciones feministas como el Movimiento pro Emancipación de la Mujeres de Chile, con sus boletines que exigían reconocimiento de los derechos de las mujeres, consecuentemente originan también la protección a la maternidad.

En 1917, antes de la dictación del Código del Trabajo, nace la primera reforma que permite proteger el derecho de las madres a cuidar de sus hijos. La Ley 3.186 de ese año, establece como obligación en toda fábrica, taller o establecimiento industrial en que se ocupen 50 o más mujeres mayores de 18 años, de mantener una sala especialmente

acondicionada para recibir en las horas de trabajo a los hijos de las obreras durante el primer año de edad<sup>3</sup>. Así nace el primer servicio de sala cuna para las mujeres obreras. Si bien se discutió en la Cámara que el número fuere menor, finalmente se estableció el límite de 50 trabajadores entre otras razones porque las mujeres no serían aceptadas en fábricas.<sup>4</sup>

La misma ley dispuso que las madres podrían disponer de una hora al día sin importar las porciones de tiempo que ocupe, para amamantar a sus hijos, no pudiendo ser descontado el valor de este tiempo del salario de la madre, estableciéndolo además como un derecho irrenunciable.

Estos dos derechos se consideraron unidos y no como derechos independientes, por lo que sólo las madres que tienen derecho a Sala cuna tiene derecho a alimentar a sus hijos.

Señaló además multas por incumplimientos.

Estas primeras reformas permiten concluir que el legislador quería favorecer y aumentar el trabajo femenino, lo que hasta el día de hoy no ocurre, ya que se le impone al empleador una carga económica al mantener las sala cunas sin ninguna clase de incentivo estatal, por lo que disminuye la demanda de mano de obra femenina, teniendo que soportar finalmente esa carga la misma mujer a la que planteó proteger, porque no encuentra trabajo al verse disminuida la oferta de trabajo para mujeres o al ver que los sueldos son menores a los del hombre.

Hasta el año 1925 no se había establecido descanso pre y postnatal.

El decreto Ley N° 442, de protección a la maternidad obrera, del año 1925, del Ministerio de Higiene, Asistencia y Previsión Social, derogó la ley anterior y reconoció los derechos que establecía la Ley 3.186, facilitando su aplicación al disminuir a 20 el número de trabajadoras necesarias para la obligación del empleador de mantener una sala

---

<sup>3</sup> LEY 3.186, año 1917 (13-01-1917), art. 1 y ss.

<sup>4</sup> CASAS B. Lidia y VALENZUELA R. Ester, *Protección a la maternidad: una historia de tensiones entre los derechos de infancia y los derechos de las trabajadoras*, Rev. derecho (Valdivia), jul. 2012, vol.25, no.1, p.77-101, disponible en [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502012000100004&script=sci\\_arttext](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502012000100004&script=sci_arttext) (21-12-2018)

cuna, sin hacer distinción de edad o estado civil de la madre, y mantuvo el derecho a alimentar a los hijos y su dependencia con el derecho a Sala Cuna, extendiendo el derecho a los establecimientos comerciales, sean personas jurídicas o naturales e incluso instituciones de derecho público o aquella que tuvieren fines de beneficencia.<sup>5</sup>

Se estableció un periodo de descanso maternal de 60 días, dividido en descanso prenatal por cuarenta días y postnatal por 20 días después del alumbramiento para las madres obreras, así las beneficiarias de este derecho no eran todas las madres sino, las madres obreras. El mayor impulsor de este descanso maternal fue el Senador Malaquías Concha quien, inspirado por la legislación internacional intentó convencer a la Cámara la necesidad de este descanso maternal puesto que no era lo mismo que la mujer estuviera de alta luego del parto y otra muy distinta a es que estuviera en condiciones para salir a trabajar.<sup>6</sup> En contra estaban quienes consideraban que era una restricción a la libertad de trabajo proponiendo sólo ocho semanas de descanso. Finalmente, se aprobó el descanso de doce semanas, pero la razón fue la protección a la infancia, para disminuir la alta mortalidad infantil.

Se instituyó también, el primer atisbo de fuero maternal manifestado en la inamovilidad de la trabajadora a su puesto de trabajo, ya que obligaba al empleador a reservar, durante este tiempo de descanso, el puesto a la trabajadora, y durante este periodo debía pagar el cincuenta por ciento de su salario, de cargo íntegramente el empleador. Además, no podía despedir sin justa causa a la obrera embarazada, y no podía justificar el despido en el menor rendimiento de la obrera para el trabajo debido al embarazo. Por último, estableció un mecanismo de denuncia por incumplimiento ante la Dirección General del trabajo y la posterior acusación ante el Juzgado letrado del Crimen.<sup>7</sup> La gran falla de este Decreto fue que establecía una sola forma de comprobación del embarazo y esto era certificado de cualquier médico o matrona o del Médico de la Dirección General

---

<sup>5</sup> COMUNIDAD MUJER, *Mujer y trabajo: Protección a la maternidad en Chile, una mirada histórica*, disponible en <http://www.comunidadmujer.cl/biblioteca-publicaciones/wp-content/uploads/2017/10/BOLETIN-OCTUBRE-2017-VF.pdf>

<sup>6</sup> CASAS B. Lidia y VALENZUELA R. Ester, Ob. Cit, p.81.

<sup>7</sup> Decreto Ley N° 442, (06-04-1925) art. 1 y ss.



del Trabajo, y la mayoría de las mujeres no acudían a un médico para dar a luz a sus hijos, sino que simplemente los tenían en sus casas, con la ayuda de familiares.

Además, se obliga dar conocimiento a las trabajadoras mediante la entrega del contenido de esta normativa lo que en realidad no prosperó por el alto analfabetismo, por lo que terminó derogándose esta disposición.

En 1931 se produce la codificación de los derechos laborales y el 06 de febrero fue aprobado por el Congreso Nacional el Código del Trabajo, consagrando en el Libro II, en su título III “la protección de las madres obreras<sup>8</sup>”. En su artículo 307, el código determina su ámbito de aplicación y señala que “Quedan sujetos a las disposiciones de este título todos los establecimientos o empresas industriales o comerciales, sean de propiedad fiscal municipal o particular, o pertenezcan a una corporación de derecho público o privado. La disposición anterior comprende las sucursales o dependencias de los establecimientos enunciados.” De esta forma el Código hace extensivo el alcance de las normas que protegen a las madres obreras, no sólo a lo que restrictivamente podemos entender como madres obreras, esto es la que se encuentran en una obra o faena, sino que lo hace extensivo a todas las madres trabajadoras.

En cuanto a descanso maternal este fue extendido y se estableció que tanto el descanso anterior y posterior al parto comprendería 6 semanas, 84 días en total, prohibiendo el trabajo de las obras embarazadas en los establecimiento industriales y comerciales en ese periodo, estableciéndolo como un derecho irrenunciable. Se mantuvo la inamovilidad de la trabajadora en su puesto de trabajo durante este periodo, no obstante, cualquier estipulación en contrario y para poder despedir, el empleador sólo podría invocar una causa justificada, señalando que se entendería por causa justificada cualquiera de las causales de terminación del contrato de trabajo enumeradas en su artículo 9 con excepción de las señaladas en los número 1, expiración del plazo, 2, conclusión del trabajo o servicios que dieran origen al contrato; o 4 Por voluntad de una de las partes, cuando no

---

<sup>8</sup> El Código del Trabajo de 1931, distinguía entre empleados y obreros, señalando que es empleado “toda persona en cuyo trabajo predomine el esfuerzo intelectual sobre el físico” y obrero “toda persona que, sin estar comprendida en los números anteriores, trabaje por cuenta ajena en un oficio u obra de mano o preste un servicio material determinado.”

ha concurrido el obrero al trabajo, sin causa justificada, durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual periodo de tiempo.

Para hacer uso de este descanso la mujer debía presentar un certificado médico que acreditara el estado de embarazo y este debía ser emitido gratuitamente.

Durante el periodo de descanso maternal el empleador debía pagar un subsidio de un 50% del sueldo de la trabajadora. Este pago sería proveído por empleador junto con lo que tuviera la trabajadora derecho por el Seguro obrero obligatorio, pero si la trabajadora no tenía derecho al subsidio del Seguro, el empleador se haría cargo íntegramente de su pago.

Se reconoció también que, en caso que los partos se produjeran con posterioridad a las seis semanas otorgadas como descanso prenatal o que la mujer sufriera alguna enfermedad derivada del parto y que le impidiera trabajar después del descanso post natal, el empleador se vería obligado a ampliar el plazo de descanso, si se acreditara tal situación con certificado médico o de matrona, gozando también durante el tiempo en que dure la ampliación del descanso de subsidio.

Respecto a las salas cunas se mantuvo el límite de veinte o más obreros de cualquier edad o estado civil para cumplir con la obligación de contar con la sala cuna, por un año de duración.

Los gastos de mantener la sala cuna era de costo exclusivo del empleador y además debía contar con una persona competente a cargo de la atención y cuidado de los niños. Las condiciones que debía cumplir la sala cuna fueron entregadas a un Reglamento, exigiéndose que la sala debía ser anexa e independiente del local de trabajo.<sup>9</sup>

Se mantiene también el derecho a amamantar al hijo en dos porciones de tiempo que no excedan de una hora como derecho irrenunciable el que no puede ser descontado por el empleador. El derecho a sala cuna estará ligado al derecho de alimentar al hijo hasta la dictación de la Ley N° 20.166, en el año 2007.

---

<sup>9</sup> ROMANIK, F. Katy, *Evolución de la legislación sobre protección a la maternidad*, Cuaderno de Investigación 58, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, p. 29.

El cálculo de los subsidios maternales se mantuvo de la misma forma hasta que en 1952 mediante la Ley 10.383 que estableció una nueva forma de cálculo, si bien seguía siendo financiado por el sistema contributivo del Seguro Obrero, se calcularía igual que los subsidios por licencias médicas por enfermedad. Además, estableció un subsidio complementario de un 25% de salario bruto el que se pagaba a partir de la séptima semana después del alumbramiento<sup>10</sup>

La Ley 11.462 del año 1953 modificó nuevamente el ámbito de aplicación de la normativa de protección, ampliándolo, sustituyendo el artículo 307 del Código del Trabajo por el siguiente: *“La protección a la maternidad se regirá por las disposiciones del presente Título y quedan sujetos a ellas todos los servicios y establecimientos o empresas industriales, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o pertenecientes a una corporación de derecho público o privado.*

*Las disposiciones anteriores comprenden las sucursales o dependencias de los establecimientos, empresas y servicios indicados.*

*Estas disposiciones beneficiarán a todas las empleadas y obreras que dependan de cualquier empleador o patrón, comprendidas aquellas que trabajen en su domicilio y, en general, a todas las mujeres que estén acogidas a los regímenes de las Cajas de Previsión u Organismos Auxiliares.”*

La ley aumentó el subsidio por descanso maternal a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba la trabajadora, deducidas las imposiciones de previsión y descuentos legales que correspondan. Entregó el pago del subsidio a la Caja de Previsión u Organismo Auxiliar respectivo o al Servicios Nacional de Salud.

---

<sup>10</sup> Superintendencia de Seguridad Social, *Protección a la maternidad en Chile: Evolución del Permiso Postnatal Parental a cinco años de su implementación* , 2011-2016, p. 6.

Esta Ley reguló el fuero maternal estableciendo que duraría durante todo el embarazo y hasta un mes después de expirado el descanso de maternidad y señaló que, si la mujer fuere despedida durante ese periodo, incluso por ignorancia de su estado, el despido quedaría sin efecto, debiendo, para ello presentar certificado médico o de matrona acreditando el embarazo. Además exigió, para poner término a la relación laboral, autorización judicial previa y fundado en las causales de término de contrato del artículo 194 del Código del Trabajo para las empleadas (salvo La ausencia por enfermedad, por más de cuatro meses, dentro del período de un año y La retención de los sueldos y comisiones del empleado por más de un mes) y para las obreras las del artículo 9 (salvo Por expiración del plazo; Por conclusión del trabajo o servicios que dieren origen al contrato o Por voluntad de una de las partes, en conformidad al artículo 10.)

Finalmente, esta Ley dio origen a la obligación del empleador de trasladar a la mujer embarazada a un trabajo que no sea perjudicial para su salud durante el período de embarazo y hasta tres meses después del alumbramiento.

En 1966, se dictó la Ley N° 16.511 extendiendo el derecho a sala cuna hasta los niños de dos años de edad. En este mismo año se dictó la ley N° 16.434 que declaró la irrenunciabilidad del descanso maternal y permitió, para el caso de enfermedad o que el cuidado del hijo lo requiriere, la extensión del descanso postnatal a criterio del Servicio Médico correspondiente, lo que finalmente con la dictación de la ley N° 17.928 el año 1973 quedó como periodo definitivo de 12 semanas.

La Ley 17.301 en el año 1970<sup>11</sup> aumentó el periodo de Fuero maternal a un año contado desde el término del descanso maternal, y estableció el derecho a ausentarse en caso de enfermedad grave del hijo menor de un año pudiendo hacer uso de licencia médica, con el objeto de proteger el trabajo de las madres que perderían su trabajo por cuidar de su hijo enfermo.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Idem

<sup>12</sup> CASAS B. Lidia y VALENZUELA R. Ester, *Ob.cit.*, p.95.

El Decreto Ley N° 2.200, de 1978, vino a recoger toda la normativa de protección materializada en las reformas y modificaciones anteriores, además fijó la facultad de la Inspección del trabajo, para ordenar el establecimiento de sala cunas en industrias que ocupen menos de 20 trabajadoras cuando las circunstancias lo requirieran. Además, permitió a aquellos empleadores, obligados a cumplir con el derecho a sala cuna, y cuyos establecimientos estuvieran ubicados en una misma área geográfica, a construir y mantener servicios comunes de sala cuna, debiendo contar con un informe favorable de la JUNJI y de una persona competente a cargo de su atención en posesión de un certificado de auxiliar en enfermería, de preferencia.

Respecto al derecho de alimentación señaló que este tiempo sería destinado para dar alimentos a los hijos sin aludir al amamantamiento.

La Ley 18.018 dictada en 1981, entregó al empleador la posibilidad de cumplir la obligación de contar con sala cuna, pagando los gastos asociados a ello directamente a un establecimiento externo al que asistirían los menores de dos años, exigiendo además que dicho establecimiento debía contar con autorización de la Junta Nacional de Jardines Infantiles.

Respecto al derecho a alimentación extendió el tiempo para necesario para el viaje de ida y vuelta de la madre y el pago de los gastos por transporte tanto del menor como de la madre de cargo del empleador.

En materia de fuero maternal, dispuso que si la mujer fuere desahogada durante el periodo de descanso pre o postnatal seguiría percibiendo subsidio hasta el término de su descanso. Esta misma norma excluyó de este derecho a las trabajadoras de casa particular.

En 1987 se dictó la Ley N° 18.620, que contiene el nuevo Código del Trabajo. En él se mantuvo el ámbito de aplicación de la normativa, aunque actualizó la alusión hecha a las “*cajas de previsión u organismos auxiliares*”, por “*sistema previsional*”.

La Ley N° 19.250, de 1993, incorporó por primera vez derechos o beneficios para el padre, estableciendo que en caso de enfermedad grave del hijo menor de 1 año podía disponer la madre que el cuidado podía ejercerlo el padre percibiendo el correspondiente subsidio.

En 1995 se dictó la Ley N° 19.408, tratándose de los centros comerciales administrados bajo una misma razón social o persona jurídica y que sus establecimientos ocupen a 20 o más trabajadoras deberán cumplir con la obligación de otorgar sala cuna y sus costos serán cubiertos por todos ellos.

La Ley N° 19.505, de 1997 incorporó al Código del Trabajo el permiso especial para ausentarse de sus labores, en caso de accidentes o enfermedades graves de hijos menores de 18 años, cuando se requiriera la atención personal de los padres, señalando como titulares de este derecho la madre trabajadora; el padre cuando la madre hubiere fallecido –o estuviese imposibilitada de hacer uso de este derecho por cualquier causa– o si tuviere la tuición del menor por sentencia judicial; cualquiera de ellos a elección de la madre si ambos son dependientes; o quien acredite tener la tuición o cuidado del menor.

En 1998, en medio de diversas discusiones sobre la igualdad de derechos en materia laboral y la débil posición de la mujer en dicha materia, fue dictada la Ley N° 19.591, que prohibió condicionar la contratación o subsistencia de la relación laboral a la existencia o ausencia de embarazo, señalando en el mensaje de la Ley “se ha comprobado que la mujer ha visto comprometida seriamente sus posibilidades de acceder al mundo del trabajo en igualdad de condiciones que los hombres, al sujetarse con frecuencia su contratación a la exigencia de demostrar previamente, con un test o exámenes inmunológicos o de ultrasonografía, que no se encuentra embarazada.”

Además, fue cambiada la expresión “los establecimientos” por “las empresas”, por lo que quedaron obligadas a proveer sala cuna aquellas empresas que ocuparan 20 o más mujeres independientemente del número de establecimientos.

En el año 2005 se dicta la Ley 20.047 el permiso de 4 días de permiso pagado de ausentarse de sus labores al padre en caso de nacimiento o adopción de un hijo.

En el año 2007 se dicta La Ley 20.166 que señala que el derecho de alimentación le corresponderá a toda trabajadora con hijos menores de dos años, aun cuando no goce del derecho a sala cuna, con esto separando el derecho de alimentación del derecho a sala cuna que desde su origen se concibieron conjuntamente. En el año 2009, fue dictada la Ley N° 20.399, al incorporar a esta prerrogativa al trabajador o a la trabajadora que tengan

el cuidado personal de un menor de dos años por sentencia judicial, si la obligación de proveer sala cuna fuera exigible a su empleador. Igual derecho le corresponderá al padre si la madre falleciere.

Ley N° 20.761, de 2014, señaló que podrían ser beneficiarios del derecho a sala cuna al trabajador o trabajadora a quien se le haya entregado el cuidado personal de un menor de 2 años por sentencia judicial.

La Ley 20.535 de 2011 concedió a los padres y cuidadores de un menor con discapacidad en mismo permiso especial que existe por enfermedad o accidente grave de un hijo.

El mismo año se dictó la Ley 20.545, que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental, el que con posterioridad se explicará, y viene a ser la gran modificación que intenta igualar los derechos de entre hombres y mujeres, haciendo partícipes activos a los padres en el cuidado de sus hijos otorgando la facultad a los padres de decidir quién tomaría este permiso parental para el cuidado de los hijos. No ha tenido una gran aplicación.

La Ley N° 20.764, de 2014, amplió el ámbito de aplicación de la normativa del Título II del Libro II del Código del Trabajo a todos los trabajadores que dependan de cualquier empleador, incluso los que trabajen en su domicilio y, en general, a los acogidos a algún sistema de previsión. Es decir, ya no está limitado exclusivamente a las dependientes.

## **2. CAPITULO SEGUNDO: PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN EL SISTEMA ACTUAL. MECANISMOS DE PROTECCIÓN O DERECHOS RECONOCIDOS POR EL DERECHO DEL TRABAJO.**

Del análisis realizado en el capítulo anterior podemos advertir que a medida que la sociedad evolucionaba se hacía cada vez más evidente la falta de protección que existía respecto de la maternidad, de la infancia, y la desigualdad de derechos entre hombres y mujeres, proveniente precisamente de la maternidad, de ahí la necesidad y modificar la normativa vigente y las subsiguientes y múltiples modificaciones que sufrió la legislación

para poder responder a la exigencia de protección frente a los abusos que empleadores inescrupulosos ejercían respecto de mujeres embarazadas, si bien a mayoría de la normativa está dirigida a la protección de la infancia fue establecida como modificación laboral puesto que afectaba a las madres y padres en el ámbito laboral.

Una serie de Mecanismos o más bien derechos se establecieron, desde el año 1917, en la legislación laboral que evolucionaron hasta lo que hoy en día rige para los trabajadores en la actualidad y que ahora analizaremos.

## 2.1. Descanso maternal

El artículo 195 del Código del Trabajo, establece “Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él.” Señala además que este derecho es irrenunciable. Por lo que podría definirse el descanso de maternidad como el derecho irrenunciable, de la mujer trabajadora, que le permite ausentarse de sus labores antes y después del parto. La legislación chilena reconoce el descanso maternal prenatal, postnatal, y el postnatal parental. Además, existen descansos maternales establecidos para casos especiales.

### 2.1.1 Descanso Maternal Prenatal

El artículo 195 del Código regula el descanso Prenatal señalando que tiene una duración de 6 semanas (42 días) antes del parto. El hecho biológico del parto es el que determina el inicio del descanso tanto prenatal como postnatal. Tratándose del descanso prenatal el plazo se contará hacia atrás desde el día estimado para el parto.

Este descanso está destinado al cuidado de la madre y del que está por nacer, durante la última y más compleja etapa del embarazo, es irrenunciable y dentro de él queda prohibido el trabajo de la mujer embarazada, razón por la cual no recibe remuneración, pero recibe subsidio.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 197 del Código del Trabajo, para que la mujer pueda hacer uso del descanso prenatal deberá presentar a su empleador un certificado de médico o matrn(a) que acredite que el estado de embarazo ha llegado al



período a obtenerlo. Para hacer uso del descanso de maternidad, señalado en el artículo 195, deberá presentarse al jefe del establecimiento, empresa, servicio o empleador un certificado médico o de matrona que acredite que el estado de embarazo ha llegado al período fijado para obtenerlo

El artículo 194 del Código del Trabajo señala que todas las trabajadoras tienen derecho al descanso prenatal sin importar el tipo de contrato<sup>13</sup> que tenga y sin importar la fecha en que ingresó al trabajo.

Hoy en día existen discusiones relativas a la duración del período del prenatal y la poca flexibilidad del mismo, aduciendo que podría ser inferior o que existen trabajos que la mujer embarazada podría seguir realizando no obstante su estado.

#### 2.1.2. Descanso prenatal suplementario.

Este descanso está mencionado en el artículo 196 del Código del Trabajo. Tratándose de las mujeres que durante el embarazo sufran alguna enfermedad propia del mismo o consecuencia directa de su estado, podrán contar con un periodo de descanso adicional al descanso prenatal del artículo 195 del Código del Trabajo. Este no tiene un periodo de duración exacto puesto que su duración dependerá de la enfermedad que sufra la trabajadora embarazada y será fijada por los servicios que tengan a su cargo la atención médica de la trabajadora embarazada. La enfermedad deberá ser acreditada con certificado médico. En caso que la enfermedad tenga otro origen, que no sea el embarazo, no tendrá derecho a este descanso y tendrá derecho a un permiso por enfermedad común si ese es el caso.

#### 2.1.3. Permiso Pre natal prorrogado.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> C. del T., Art. 194, inc. 3, “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.”

<sup>14</sup> NAVARRO, M. André, *Protección a la maternidad y el amparo de las trabajadoras durante el fuero maternal*, proyecto de memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2015, p.34.

También establecido en el artículo 196 y su fundamento es el hecho que la fecha del parto es una fecha probable y no cierta, por lo que el Código regula esta situación señalando que, si el parto se produce después de las 6 semanas siguiente al inicio del prenatal, éste se entenderá prorrogado hasta el día efectivo del parto. Esta circunstancia también deberá comprobarse con el correspondiente certificado médico.

#### 2.1.4 Descanso Postnatal.

El descanso postnatal también se encuentra regulado en el artículo 195 que señala que tendrá una duración de 12 semanas después del parto. Esto es 84 días. El hecho que determina el inicio de este descanso es el parto y su objeto es el que la madre pueda descansar y se recupere luego del parto y también para que pueda cuidar y compartir con su hijo recién nacido, favoreciendo además de esta forma el amamantamiento.

Para poder optar a este descanso la mujer, igual que en el prenatal, deberá presentar certificado de médico o matrona el hecho del parto, ya que éste es el requisito esencial para que proceda este tipo de descanso, independiente si la madre sufre la pérdida del hijo recién nacido o que éste nazca muerto. Así se ha pronunciado la Dirección del Trabajo<sup>15</sup>. Incluso si el hijo falleciere durante el descanso postnatal, la madre perdiera el cuidado personal del hijo, o si lo diera en adopción<sup>16</sup>. Caso contrario ocurriría si la mujer tiene un aborto espontáneo o pone término anticipado al embarazo, al no haber parto no tendría derecho al descanso postnatal, sino a otra clase de descanso.

#### 2.1.5 Enfermedad de la madre a consecuencia del parto o postnatal prolongado.

EL artículo 196 se pone en el caso que, si a consecuencia del parto se produjere una enfermedad que impidiera que la madre pudiere regresar al trabajo en un plazo superior al término del descanso postnatal, éste se prolongará por el tiempo que fije el

---

<sup>15</sup> Dictamen 2974/085 de 25.07.2003, Dirección del Trabajo, disponible en <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-62948.html>, (08-01-2019).

<sup>16</sup> Ordinario 2653/208, de 29 de junio de 2000; disponible en línea en <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-61810.html>, (08-01-2019).

servicio encargado del cuidado de la madre. Todo deberá comprobarse con certificado médico.

#### 2.1.6 Descanso por Parto prematuro

Si el parto se produjere antes de la semana trigésimo tercera del embarazo, o si el niño pesare al nacer menos de 1.500 gramos, el artículo 196 señala que el postnatal se extenderá a 18 semanas.

#### 2.1.7 Descanso por Parto múltiple

Por último, el mismo artículo o 196 se pone en el lugar que exista un parto múltiple, señalando que en estos casos se incrementará el postnatal en 7 días corridos por cada niño nacido a partir del segundo. Y si se dieran, conjuntamente la situación del parto prematuro o que el niño nacido pesare menos de 1.500 gramos y el parto múltiple, se aplicará el caso que haga más extendido el descanso postnatal.

#### 2.1.8 Descanso postnatal parental

La ley 20.545 agregó el artículo 197 bis al Código del Trabajo mediante el cual se incorporó a la legislación el descanso post natal parental. De acuerdo a esta norma este permiso tendrá una duración de 12 semanas (84 días) que seguiría al período de postnatal.

De la historia de la Ley 20.545 queda claro que la justificación de este descanso es el cuidado de la madre y su recuperación después del parto, el cuidado del recién nacido, fomentar el apego, incentivar el amamantamiento y la participación del padre en el periodo perinatal.<sup>17</sup>

Durante este periodo la trabajadora tendrá derecho al mismo subsidio percibido por pre natal y postnatal establecido en el artículo 198 del Código del Trabajo.

Terminado el descanso postnatal la trabajadora puede reincorporarse a sus labores por la mitad de su jornada y en ese caso el permiso se extenderá a 18 semanas. Para optar por esta modalidad deberá enviar carta certificada a su empleador, con copia a la

---

<sup>17</sup> LEY 20.545, (17-10-2011), Historia de Ley 20.545, p. 7.

Inspección del Trabajo con una antelación mínima de 30 días a su inicio. En este caso percibirá el cincuenta por ciento del subsidio respectivo. Puede también acceder a este descanso por tiempo completo reincorporándose a sus funciones terminadas las 12 semanas de duración de este permiso postnatal parental y en este caso recibirá subsidio completo sin necesidad de realizar ningún trámite adicional, sin solicitud alguna. En el caso que la mujer no tenga limitación de jornada de acuerdo a lo señalado en el artículo 22 del Código del Trabajo se ejercerá el permiso de acuerdo a lo que acuerde con su empleador.

Se contempla también la posibilidad que el padre sea quien goce de este permiso, si ambos padres son trabajadores, y a elección de la madre, podría el padre ejercer este derecho, a partir de la séptima semana del mismo y por el tiempo que ella indique ubicándose siempre estas semanas al final del permiso, dando también origen a subsidio. Para hacer uso de este derecho el padre deberá avisar por carta certificada a su empleador, al empleador de la madre. Todo con copia a la Inspección del Trabajo, con al menos 10 días de anticipación. El padre que goce de este descanso gozará de fuero laboral por un periodo equivalente al doble de la duración de su permiso a contar de los 10 días anteriores al comienzo del uso del mismo, sin que exceda en total el lapso de 3 meses.

Para asegurar el uso de este derecho el legislador señaló sanciones contra el empleador que dificulte o haga imposible el ejercicio de este derecho con multa de 14 a 150 Unidades tributarias mensuales a beneficio fiscal

#### 2.1.9. Descanso maternal y feriado

Del mismo modo como se ha establecido que no puede existir superposición entre el feriado anual y la licencia médica, la jurisprudencia administrativa ha indicado que no es posible la superposición del feriado anual con el descanso de maternidad.

### 2.2 Permisos relacionados con la maternidad.

#### 2.2.1 Permiso por nacimiento de un hijo

El artículo 195 del Código del Trabajo otorga al padre trabajador un permiso pagado de cinco días por el nacimiento de un hijo. El trabajador podrá ejercerlo desde el momento del parto, en forma continua, sin interrupciones sólo saltándose los días de descanso semanal que pudieren existir en el período o distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento, en la forma que estime pertinente, en forma continua o fraccionada, estableciendo la norma la irrenunciabilidad de este derecho. Este permiso no se aumenta en el caso de parto múltiple.

#### 2.2.2. Permiso por adopción de un hijo

El mismo derecho señalado en el numeral anterior se otorga al padre que se encuentra en proceso de adopción, y el plazo de 5 días se cuenta desde la notificación de la resolución que otorgue el cuidado personal o acoja la adopción del menor. Al no hacer ninguna distinción la norma, podrá ejercer este derecho el padre en los mismos términos que el padre biológico.

#### 2.2.3. Permiso por enfermedad grave de hijo menor de un año.

Según lo señalado en el artículo 199 del Código del Trabajo, cuando la salud de un niño menor de un año requiera cuidados en el hogar debido a una enfermedad grave, acreditada con el respectivo certificado médico, la madre trabajadora tiene derecho a un permiso, y subsidio por el periodo que determine quien tiene a cargo el cuidado del menor. Si el padre fuere también trabajador, el cuidado podrá ejercerlo cualquiera de los dos a elección de la madre, sin importar si la madre tiene o no derecho a percibir el subsidio que corresponde por dicho permiso. Este derecho también podrá ser ejercido por la trabajadora o el trabajador a quien se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección. El padre, además, podrá ejercer este derecho, en caso que se le haya otorgado el cuidado personal del hijo por sentencia judicial o en caso en que la madre hubiere fallecido. La norma además reconoce y extiende el derecho al cónyuge y al conviviente civil. Se señala una sanción para el caso en que indebidamente se hubiere obtenido estos beneficios, debiendo restituir las prestaciones percibidas, sin perjuicio de

sanciones penales. Los trabajadores involucrados serán solidariamente responsables de dicha restitución. El subsidio que corresponde a este permiso es incompatible con aquel que resulta del ejercicio del permiso postnatal parental, ya que el subsidio que se paga por el permiso para cuidar al hijo menor de un año sólo puede otorgarse una vez terminado el postnatal parental.

#### 2.2.4 Permiso por Atención de un hijo menor de 18 años afectado por accidente o enfermedad grave

El artículo 199 bis del Código del Trabajo, establece que cuando el hijo menor de 18 años requiera la atención personal de sus padres con motivo de un accidente grave, con motivo de una enfermedad terminal en su fase final o con motivo de una enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte la madre o padre trabajador podrá ausentarse de sus labores por el número de horas equivalentes a 10 jornadas ordinarias de trabajo al año. Estas ausencias podrán distribuirse, elección de la trabajadora, en jornadas completas, parciales o una combinación de ambas. Estas horas se considerarán como trabajadas para todos los efectos legales.

El trabajador deberá restituir las jornadas no trabajadas imputándolas a su próximo feriado legal, trabajando horas extras o de la forma que lo convenga con su empleador. Si no pudiere aplicarse ninguna de estas modalidades se podrá descontar el tiempo no trabajado de las remuneraciones en forma de un día por mes.

#### 2.3. Prohibición de realizar trabajos perjudiciales.

La trabajadora embarazada que habitualmente realice trabajos que son considerados como perjudiciales para la salud por la autoridad, deberá ser trasladada a un trabajo que no sea perjudicial. El artículo 202 del Código del Trabajo ordena al empleador, en estos casos a trasladar a la trabajadora a una labor que no sea perjudicial para su estado de embarazo y sin disminución de su remuneración.

Se entenderá especialmente como perjudicial para la salud todo trabajo que obligue a levantar, arrastrar o empujar grandes pesos; que exija un esfuerzo físico, incluido el

hecho de estar de pie por largo tiempo; el trabajo nocturno; trabajar horas extraordinarias, y el que la autoridad competente declare inconveniente para el estado de gravidez, por lo que esta lista no es taxativa sino sólo a modo de ejemplo.

Para la determinación de si el trabajo es perjudicial, puede ser autoridad competente, entre otros, la matrona y el médico tratante, y alguno de ellos analizar u especificar si el trabajo puede ser causa o contribuir perjudicialmente para su salud. El empleador podrá solicitar una evaluación del puesto de trabajo al Organismo Administrador del Seguro de Accidentes del Trabajo o Enfermedades Profesionales (Ley N° 16.744) o a la Unidad de Salud Ocupacional (USO) del Servicio de Salud correspondiente al domicilio de la empresa, el que también podrá determinar si existen condiciones perjudiciales.

Una vez terminado el estado de gravidez la trabajadora volverá a ocupar sus labores habituales.

#### 2.4. Prohibición De Condicionar La Contratación O Subsistencia De La Relación Laboral A La Existencia O Ausencia De Embarazo <sup>18</sup>

El artículo 194, inciso final del Código del Trabajo, señala esta prohibición al empleador, de exigir exámenes o certificados a las mujeres, para acreditar si estaban o no embarazadas. No se podrá condicionar la contratación, la permanencia o la renovación de los contratos, su promoción o movilidad en el empleo a la existencia de embarazo. La infracción a esta norma se encuentra sancionada con multa de 14 a 70 unidades tributarias mensuales, la que se duplicará en caso de reincidencia.

#### 2.5. Subsidio maternal

El subsidio maternal es el derecho que le corresponde a la mujer que se encuentra ejerciendo el descanso prenatal o postnatal o cualquiera de los descansos o permisos maternos, y que le permite recibir subsidio por incapacidad laboral, en reemplazo a las remuneraciones y asignaciones que perciba en razón de su sueldo del cual sólo se

---

<sup>18</sup> ROMANIK, F. Katy, Op. Cit., p 44

deducirán las imposiciones de previsión y descuentos legales o de su renta tratándose de trabajadoras independientes acogidas a algún sistema previsional. Tratándose de las trabajadoras dependientes del sector público, mantienen sus remuneraciones, no tienen subsidio, pero durante el postnatal parental, tienen derecho a igual subsidio que las trabajadoras dependientes del sector privado.<sup>19</sup>

El subsidio será pagado por el instituto de Previsión u organismo auxiliar a que se encuentre afiliada la trabajadora. Son organismos pagadores de subsidio el Instituto de Normalización Previsional; Institutos de Salud Previsional y las Cajas de Compensación de Asignaciones Familiares.

El artículo 3° de la ley N° 20.545 señala que a contar del 1° de enero del 2013 las mujeres que a la sexta semana anterior al parto no tengan contrato de trabajo vigente tendrán derecho a subsidio<sup>20</sup>. Durante las doce últimas semanas de goce del subsidio, las beneficiarias podrán trabajar sin perder el beneficio del subsidio.

En cuanto a los requisitos que se deben cumplir para obtener este subsidio, hay que distinguir, si la trabajadora es dependiente deberá acreditar tener seis meses de afiliación previsional, anteriores al inicio de la licencia. Dentro de ese periodo, deben haber cotizado al menos durante 3 meses antes de la fecha inicial de la licencia maternal. Se ha precisado que este plazo debe considerarse como de 90 días cotizados. Tratándose de trabajadoras contratadas por día, turnos o jornadas el requisito se rebaja a 30 días de cotizaciones continuas o discontinuas dentro de los 180 días anteriores a la licencia.

---

<sup>19</sup> Beneficios Sociales, disponible en <http://163.247.55.110/Benefsociales/9SubMater/SubMater.html> , (03-02-2019)

<sup>20</sup> LEY 20.545, (17-10-2011), Inc.2°, Art. 3°, “el subsidio se otorgará hasta por un máximo de treinta semanas y comenzará a devengarse a partir de la sexta semana anterior al parto. Si éste tuviere lugar a partir de la trigésimo cuarta semana de gestación, la duración del subsidio se reducirá en el número de días o semanas en que se haya adelantado el parto; no obstante, si éste ocurriere antes de iniciada la trigésimo tercera semana de gestación, o si el niño al nacer pesare menos de 1.500 gramos, el subsidio será de treinta semanas. A su vez, en caso de partos de dos o más niños, el período de subsidio se incrementará en siete días corridos por cada niño nacido a partir del segundo. Cuando concurrieren simultáneamente las circunstancias señaladas precedentemente, la duración del subsidio será aquella que posea una mayor extensión.”



Debe contar además con contrato de trabajo vigente, así como licencia médica debidamente autorizada por la respectiva Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) en el caso de los afiliados al Fondo Nacional de Salud (FONASA) o por la respectiva contraloría médica de una Institución de Salud Previsional (ISAPRE).

Si la trabajadora es independiente, deberá acreditar tener una antigüedad mínima de 12 meses en el sistema previsional, es decir AFP y FONASA o Isapre, anteriores a la licencia médica. Dentro de ese plazo debe haber cotizado al menos 6 meses, continuos o discontinuos. Debe estar al día en el pago de las cotizaciones, esto es haber pagado la cotización correspondiente al mes anterior a aquél en que se produzca la incapacidad. Y debe contar con licencia médica debidamente autorizada.

Tratándose de las trabajadoras acogidas al artículo 3° de la ley N° 20.545 señala que a contar del 1° de enero del 2013 las mujeres deben registrar 12 o más meses de afiliación, con anterioridad al inicio del embarazo, 8 o más cotizaciones continuas o discontinuas, como trabajadoras dependientes, dentro de los últimos 24 meses anteriores al inicio del embarazo y que la última cotización más cercana al mes anterior al embarazo sea en virtud de cualquier tipo de contrato de trabajo a plazo fijo, o por obra o faena determinada. Estos requisitos son copulativos.

Para el cálculo del subsidio, también será necesario distinguir. Tratándose de Trabajadoras dependientes, el monto diario de subsidio por descanso maternal y por enfermedad grave del hijo menor de un año, se calculará considerando los tres últimos meses más próximos a aquel en que deba empezar la licencia, normalmente el séptimo mes, y sumar los montos correspondientes a remuneraciones imponibles, subsidio por incapacidad laboral o ambos, y dividirlo por 90. Esa suma no puede ser superior a las remuneraciones imponibles, subsidio por incapacidad laboral o ambos, devengados en los 3 meses anteriores más próximos al séptimo mes calendario que precede al inicio de la licencia médica, dividido por 90 y aumentado en el 100% del IPC en el periodo de los 7 meses anteriores al mes precedente al inicio de la licencia e incrementado en un 10% . No se consideran las remuneraciones ocasionales o que correspondan a períodos de mayor extensión que un mes.

Trabajadoras del sector público durante el periodo de descanso por maternidad tienen derecho a la mantención de sus remuneraciones y el cálculo anterior se utiliza sólo para determinar el subsidio por postnatal parental. Esto en atención que el artículo 111 del Estatuto Administrativo y el artículo 110 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales contemplan la mantención de las remuneraciones durante la licencia médica, y estos se otorgan en base a ella. La ley N° 20.891 dictada en el año 2016, indicó que durante el permiso postnatal parental las funcionarias públicas, de municipalidades, quienes se rijan por el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, profesionales de la educación mantendrán el total de sus remuneraciones.

El empleador tendrá derecho a recuperar de la entidad pagadora del subsidio, el monto calculado conforme al párrafo anterior.

Trabajadoras independientes. Para el cálculo del subsidio se deben considerar las rentas mensuales netas, esto es renta imponible menos las cotizaciones previsionales e impuestos personales, que la trabajadora haya percibido en los 6 meses anteriores al inicio de la licencia médica. El monto diario de subsidio no debe exceder el promedio de las rentas netas percibidos en los 3 meses anteriores al octavo mes que precede al inicio de la licencia médica, aumentado en un 100% de la variación experimentada por el Índice de precios al Consumidor en el período comprendido por los 7 meses anteriores al mes precedente al del inicio de la licencia, e incrementado en un 10%.

Respecto de las trabajadoras en la situación descrita en el artículo 3 de la ley 20.545, el monto del subsidio será el equivalente al promedio de la remuneración mensual neta, del subsidio o de ambos, de los últimos 24 meses anteriores al inicio del embarazo.

El monto diario de este subsidio será una cantidad equivalente a la trigésima parte de su base de cálculo, y en ningún caso podrá ser inferior al mínimo establecido en el artículo 17 del decreto con fuerza de ley N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

En el caso en que se esté haciendo uso del postnatal parental, en modalidad de media jornada, el subsidio será equivalente al 50% del cálculo estimado.

Cotizaciones que se deben efectuar sobre los subsidios por maternidad. Durante los períodos de descanso maternal, la entidad pagadora del subsidio debe enterar en las entidades administradoras de los regímenes de pensiones y salud que corresponda las cotizaciones para pensiones, salud y desahucio que procedan, las que son de cargo del respectivo régimen de salud. Además, debe descontar del subsidio y enterar en la Administradora de Fondos de Cesantía (AFC), la cotización para el seguro de cesantía de cargo del trabajador.

## 2.6. Fuero Maternal

Podemos entender que el Fuero Maternal es el derecho que la ley le otorga a la mujer trabajadora, embarazada, en virtud del cual esta se mantiene inamovible en su trabajo, al imponer al empleador la prohibición de terminar la relación laboral, sin autorización judicial previa, prohibición que se extiende desde el inicio del embarazo hasta un año después del término del descanso postnatal. También tienen fuero quienes obtengan el cuidado personal de un menor por sentencia judicial.

El artículo 174 del Código del Trabajo señala que “...el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente...” imponiendo desde ya restricción al empleador quien sólo podrá poner término al contrato con la trabajadora embarazada previa autorización judicial, estableciendo el privilegio que aquella tiene para mantener la estabilidad en su empleo. Si bien no existe inamovilidad, sí le da a la trabajadora seguridad de que no será despedida sin aviso cuando más necesita de su empleo.

La duración del fuero maternal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 201 del Código del Trabajo, se extiende desde el momento de la concepción hasta un año después del descanso postnatal. En el caso que surja una enfermedad que haga necesario otorgar licencia de post natal suplementario, entonces el fuero maternal también se extiende por toda su duración, ya que se extiende el descanso postnatal y el plazo de fuero se cuenta desde su término. La norma excluye descanso postnatal parental y tampoco incide la licencia por enfermedad grave del hijo menor de un año en la extensión del fuero.

Respecto de las trabajadoras que tienen este derecho, son todas las trabajadoras que se encuentren prestando servicios para un empleador sea contrato indefinido, a plazo fijo o por obra o faena determinada.

La ley 19.591, estableció el fuero maternal para las trabajadoras de casa particular.

En el evento de que la madre del menor muriera en el parto o durante el período posterior a éste, el padre o la persona a quien le sea otorgada la custodia del menor, gozará del derecho a descanso postnatal o lo que reste de él con el correspondiente subsidio y fuero laboral. En todo caso, el padre que sea privado por sentencia judicial del cuidado personal del menor perderá el derecho a fuero y subsidio señalados.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 183-AE del Código del Trabajo, las trabajadoras contratadas bajo el régimen de servicios transitorios, gozan del fuero maternal, cesando éste de pleno derecho al término de los servicios en la usuaria, no se requerirá de la autorización judicial para ponerle término al contrato. Asimismo, 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.

#### 2.6.1. Desafuero

El artículo 174 del Código del Trabajo señala “En el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160. Para ello el empleador deberá interponer la respectiva demanda en que exponga los fundamentos en que funda el despido. Tratándose de las trabajadoras a plazo fijo, el empleador deberá interponer la demanda antes del vencimiento del plazo del contrato.

El juez, como medida prejudicial y en cualquier estado del juicio, podrá decretar, en forma excepcional y fundadamente, la separación provisional del trabajador de sus labores, con o sin derecho a remuneración. Si el tribunal no diere autorización para poner término al contrato de trabajo, ordenará la inmediata reincorporación del que hubiere sido

suspendido de sus funciones. Asimismo, dispondrá el pago íntegro de las remuneraciones y beneficios, debidamente reajustados y con el interés señalado en el artículo precedente, correspondientes al período de suspensión, si la separación se hubiese decretado sin derecho a remuneración. El período de separación se entenderá efectivamente trabajado para todos los efectos legales y contractuales.”

En caso que el empleador haya procedido a despedir a la trabajadora sin autorización judicial y aún con desconocimiento del estado de embarazo, ese despido será nulo, no producirá el efecto de poner término a la relación laboral y deberá reintegrar a sus funciones a la trabajadora y pagar las remuneraciones y otros conceptos que reciba con su sueldo, por todo el tiempo que duró su separación debidamente reajustado. Sólo bastará a la trabajadora presentar el correspondiente certificado médico o de matrona.

En el caso que sea despedido quien goza del fuero maternal, sin la autorización judicial previa, tendrá un plazo de 60 días hábiles contados desde la fecha del despido para hacer efectivo su derecho. Pudiendo concurrir a la Inspección del Trabajo para exigir que un Inspector vaya a la empresa y reclame la reincorporación. Ante la negativa la trabajadora deberá demandar ante los Tribunales del Trabajo.

La Dirección del Trabajo señala que en el caso de que la trabajadora, gozando del fuero maternal, se retire voluntariamente de su empresa y comience un nuevo contrato laboral con otro empleador, le corresponde igualmente continuar con el fuero que la ampara. Esta opinión no es compartida por la jurisprudencia de nuestros Tribunales, los que han señalado que es necesario que el embarazo se produzca estando vigente la relación laboral, por lo que termina cuando termina la relación laboral en que se produce el embarazo, en los casos en que no es necesario proceder al desafuero<sup>21</sup>.

Por otra parte, la trabajadora podría renunciar al fuero maternal, así lo ha establecido la jurisprudencia de tribunales, que ha señalado que el fuero ha sido establecido en favor del trabajador y que sólo limita al empleador.<sup>22</sup> Esta opinión contradice a lo señalado por la

---

<sup>21</sup> C. Supr., Recurso de Casación en el fondo, rol 2067-1990, (18-10-1990).

<sup>22</sup> C de Ap de Santiago, Recurso de Apelación, rol 1841-1992, (02-10-1992), “el fuero es un derecho establecido en beneficio del trabajador, en cuya virtud éste no puede ser despedido de su cargo salvo que medie la autorización judicial, previa solicitud del empleador. El fuero limita al empleador, pero no al

Dirección del Trabajo Por cuanto sostiene que el fuero se mantiene incluso con el nuevo empleador, siendo un derecho irrenunciable.

## 2.7. Derecho A Sala Cuna.

Como latamente se analizó, el derecho a sala cuna es uno de los primeros derechos consagrado como mecanismo de protección a la maternidad. Hoy en día este derecho está consagrado en los artículos 203 y 205 del Código del Trabajo, y señala que en las empresas, así como en los centros o complejos comerciales administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica y en que trabajen 20 o más trabajadoras, de cualquier edad o estado civil, deben existir salas anexas e independientes del lugar donde se ejecuten las labores, donde las mujeres puedan alimentar a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo.

Hay tres formas en que se puede cumplir esta obligación: Puede el empleador mantener una sala anexa e independiente del lugar de trabajo, puede junto a otros empleador facilitar a sus trabajadoras sala cuna como sucede en los establecimientos comerciales, o puede pagar directamente los gastos de sala cuna al establecimiento elegido por él y en este último caso la sala cuna debe estar ubicada en la misma área geográfica en la que la madre reside o en que desempeña sus funciones. Siempre la sala cuna debe contar con autorización de funcionamiento o reconocimiento del Ministerio de Educación. Además el empleador debe costear los gastos de movilización para que la madre traslade a su hijo y lo alimente así como el tiempo de movilización no puede ser descontado por lo que es conveniente que la sala cuna quede en un lugar cercano a la empresa o faena.

---

trabajador, que puede poner término al contrato de trabajo no obstante estar amparado por tal beneficio. Los efectos del fuero operan respecto del empleador, pero no del trabajador. En el caso del fuero maternal, la trabajadora que no desea esperar el plazo del año después de expirado el descanso de maternidad, durante el cual se encuentra acogida a fuero, puede renunciar a dicho fuero y poner término al contrato de trabajo, pues no está obligada a trabajar si no lo desea, aún más, en pleno embarazo puede marginarse voluntariamente de su empleo si existe acuerdo con su empleador. Es lícita la renuncia libre y consciente al fuero.”

Si la madre fallece, el padre trabajador tendrá derecho a sala cuna, en caso que su empleador cumpliera que el número mínimo de mujeres trabajadoras, siempre que el trabajador no haya sido privado el cuidado personal de su hijo/a por sentencia judicial.

El trabajador o trabajadora a quienes, por sentencia judicial, se les haya confiado el cuidado personal del menor de dos años, tendrán los derechos de sala cuna. y pago del valor de los pasajes para la ida y regreso al establecimiento si estos beneficios fueren exigibles a su propio empleador por ocupar 20 mujeres o más.

El empleador está obligado a cumplir con este derecho durante toda la jornada laboral de la trabajadora por lo tanto si esta trabaja durante los fines de semanas o en horario nocturno, también deberá cumplir con esta obligación.

Este derecho es irrenunciable por lo que no se puede eximir al empleador de cumplir con su obligación y no se permiten formas alternativas de cumplimiento de este derecho.

## 2.8. Permiso para alimentar

Anteriormente denominado permiso para amamantar, actualmente se entiende que es para dar alimento al hijo y no sólo para amamantar. Junto con el derecho a sala cuna, la madre de un menor de dos años, debe contar con permiso de una hora al día para alimentar a su bebé. El uso de este beneficio, se debe acordar con el empleador, pudiendo llevarse a cabo de las siguientes maneras:

- a) En cualquier momento de la jornada de trabajo.
- b) Dividiéndolo en dos porciones de media hora.
- c) Adelantando o retrasando la entrada o salida del trabajo en media hora o una hora, según corresponda.

Para todo efecto, la hora de alimentación, como el tiempo empleado para trasladarse con este fin, se considera como tiempo trabajado por la madre y como ya se mencionó el empleador deberá costear los gastos de movilización de la madre para alimentar a su hijo menor de 2 años.

### **CAPÍTULO III: HACIA DÓNDE VAMOS.**

Después del análisis realizado sobre el nacimiento de la normativa de protección a la maternidad y de los derechos a que ella da lugar, principalmente del Código del Trabajo Chileno, es posible concluir que, en general, se buscó dar a las trabajadoras seguridad en el empleo y por sobre todo asegurar el cuidado de los hijos, actualizando la legislación vigente a la creciente necesidad de las mujeres de ingresar y mantenerse en el mercado laboral. Si bien la normativa de protección estuvo siempre dirigida a asegurar la protección de la infancia, el incentivo a la lactancia, y la salud de los menores, una vez que un gran número de mujeres ingresaron al mundo laboral y como consecuencia, obviamente no siendo el único factor, disminuye la tasa de natalidad en nuestro país, se hizo necesario dar a la mujer seguridades y derechos más fuertes para protegerla a ella, como persona individual y trabajadora, así como darle estabilidad y facilidades en el ingreso al mercado laboral.

También, se ha procurado reconocer que el cuidado de los recién nacidos, el incentivo a la lactancia materna, la recuperación después del parto y el apego de los niños a sus padres son de carácter fundamental, razón por la que se han introducido modificaciones a los derechos existentes y creado nuevos derechos como los permisos para cuidado de hijos enfermos, la Ley Sanna que crea el seguro para acompañamiento niños y niñas, el descanso postnatal parental extendiendo el descanso postnatal, así haciendo eco de las opiniones de expertos que señalan que el tiempo de recuperación de la madre, así como la salud de los menores se vería beneficiada por una extensión mayor del tiempo de recuperación de la madre así como el tiempo que los padres tienen en el cuidado de sus hijos en sus primeros meses de vida.

Se ha encaminado también la normativa a proteger la parentalidad haciendo titulares de los derechos de protección no sólo a las madres sino también a los padres trabajadores. Incluso se modificó el título segundo del Libro Segundo del Código del Trabajo, al que existe hoy, “De la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar”, haciendo una declaración el legislador por cuanto el ámbito de aplicación de estos derechos se extiende a los padres y demás personas que en cada norma se señala,



fomentando con ello la inclusión de los padres a la crianza y cuidado de los hijos dando a la mujer el beneficio de volver a trabajar dejando al cuidado del padre a los hijos.

Si bien el legislador se encamina a minimizar las barreras que la mujer tiene en el ámbito laboral fomentando la corresponsabilidad parental estos derechos de nada sirven si no se crean también protecciones al padre para poder ejercer estos derechos. De acuerdo a los datos entregados por la Superintendencia de Seguridad Social y la Subsecretaría de Previsión Social, al año 2018, se registraron sólo 1.556 traspasos a hombres, es decir, el 0,23% del total de permisos de postnatal parental iniciados. Es necesario, entonces, establecer derechos y beneficios específicos para cada uno de los padres que aseguren el efectivo ejercicio de sus mecanismos de protección, y así eliminar elementos que sirvan como discriminatorios de la madre y que la lleven a renunciar a su trabajo o al cuidado de sus hijos.<sup>23</sup>

De esta forma podemos llegar a la conclusión que, si bien se han tomado medidas para disminuir la discriminación hacia la mujer, estas han sido insuficientes porque siempre va a ser más conveniente para el empleador contratar a un hombre y no a una mujer en edad fértil.

La tendencia actual es flexibilizar estos derechos no en su nacimiento sino en su ejecución, y liberar al empleador de algunas de sus obligaciones traspasándolas al Estado o eliminando algunos derechos. Así, algunas de las propuestas contenidas en el informe de la Comisión Asesora Presidencial Mujer, Trabajo y Maternidad del año 2011<sup>24</sup>,

---

<sup>23</sup> CAAMAÑO, R. Eduardo, “*El permiso parental y la progresiva inclusión del padre en los derechos para la armonización del trabajo y la vida familiar*” Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXI, Valparaíso, 2008. p 332 “Así, entonces, las políticas públicas dirigidas a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral deberían arbitrarse de forma tal que se proteja el derecho de la madre a acceder al mercado de trabajo y a permanecer en él sin que la situación familiar sea un elemento discriminatorio, al igual que deberían proteger el derecho del padre en el mismo sentido, así como el derecho de los hijos a ser cuidados y educados por sus padres, y el derecho de los ancianos y personas dependientes a permanecer con sus familias cuando ellos lo deseen y éstas puedan atenderlos. En definitiva, este tipo de políticas públicas deberían proteger el derecho de todos los miembros de la familia a la convivencia diaria sin tener que renunciar a la misma por exceso de trabajo de uno o de ambos progenitores”

<sup>24</sup> Informe comisión asesora presidencial Mujer, Trabajo y Maternidad, 2011, Servicio Nacional de la Mujer

señalaron que el fuero de las mujeres contratadas a plazo fijo o por obra o faena debía terminar de pleno derecho una vez llegado el término objetivo de sus contratos, que se debía flexibilizar el descanso prenatal quedando a decisión de la mujer disminuir su duración y sumarlo al descanso postnatal, derogar el derecho a sala cuna tal y como está concebido en el artículo 203 del Código del Trabajo y establecer una modalidad de financiamiento tripartito en que coopere el Estado, la empresa de acuerdo a su “actividad” y familias con capacidad de copago, en que ambos padres trabajen o el Estado subsidiando a las familias más vulnerables. Estas medidas apuntan a disminuir las barreras a las mujeres entregando mayores beneficios al empleador, pudiendo incluso constituir renuncia de los derechos que se han establecido con justa razón como irrenunciables.

Es necesario buscar la medida exacta en la creación de mecanismos que aseguren al padre el ejercicio de los derechos que la Ley ha creado para fomentar la corresponsabilidad en la parentalidad y de eso modo su carga sea equitativa o por lo menos cercana a la que tiene la mujer disminuyendo de esta forma el riesgo de discriminación en contra de la mujer en edad fértil o con hijos en el ingreso y estabilidad en el trabajo.

El fuero paternal, podría ser una de las medidas que ayuden a equiparar las cargas. Si bien no podría ser tan extenso, y debiere comprobarse el hecho de convivir con la madre o el pago de alimentos en caso que no existiera convivencia, para no perder el fundamento de ese derecho, el padre debe tener fuero que le asegure en los primeros meses de vida de su hijo poder cubrir sus necesidades.

El derecho a Sala Cuna Universal, es una propuesta que debe ser mejorada, ya que uno de sus principales defectos es el estar dirigida principalmente a la madre y padre cotizante (este último sólo en caso que corresponda, volviendo a la gran piedra de tope), dejando fuera a los padres menores de edad, a aquellos que buscan empleo por primera vez y a aquellos que trabajan en el mercado laboral informal, y hace más riguroso el otorgamiento de beneficio para las mujeres con trabajo independiente debiendo tener 6 cotizaciones continuas para poder optar a este beneficio. Además, el derecho se otorga hasta los 2 años de edad de los hijos dejando los años intermedios al ingreso a colegios en un vacío, no haciéndose cargo de ello.

El proyecto de Sala Cuna Universal crea un Bono de hasta 5,14 UTM que financiará los gastos de educación parvularia privada que cada trabajadora elija. El Fondo con que se financiará el bono se formará con una cotización mensual de un 0,1% calculado de cargo del empleador, y sobre las rentas imposables de los trabajadores independientes; el Estado aportará anualmente un total de 225.792 UTM y la “administración del Beneficio y del Fondo, estará a cargo de una sociedad anónima constituida en Chile o agencia de una extranjera constituida en Chile, que deberá recaudar las cotizaciones correspondientes, invertir los recursos del Fondo y otorgar y administrar el Beneficio de sala cuna. Además, será parte también del financiamiento del Fondo las multas e intereses que se apliquen y las utilidades obtenidas de la inversión de los recursos anteriores. Los padres que no tienen capacidad de pago podrán concurrir a los establecimientos Junji, Integra y otros creados sin necesidad de pago.<sup>25</sup>

El derecho a sala cuna Universal, no es tan universal entonces, puesto que si la mujer no trabaja no nace el derecho, sin perjuicio que el padre si lo haga, entonces arrastra el mismo defecto que la actual ley, que el padre no es titular de este derecho sin perjuicio que cumpla con los requisitos exigidos por la ley. Además, produce el mismo resultado que la educación primaria y secundaria, la segregación social. El proyecto crea una nueva administradora de los fondos que se recauden nuevamente dejándolo en manos de privados y haciendo nacer nuevamente la desconfianza de la población al combinar el lucro con la primera educación.

La flexibilización de los permisos maternales como mecanismos para evitar la discriminación podrían tener algún resultado siempre que el empleador no los utilice como forma de forzar a la mujer trabajadora para seguir ejerciendo funciones renunciando a su descanso.

Otorgar beneficios a los empleadores que otorguen derechos que no están establecidos por la ley y que vayan más allá cuando sus trabajadores se convierten en

---

<sup>25</sup> Proyecto de Ley Sala Cuna Universal: Riesgo de mercantilizar la educación inicial y no es tan “universal” como lo plantea el gobierno, (01-11-2018) Disponible en <https://www.cronicadigital.cl/2018/11/01/proyecto-de-ley-sala-cuna-universal-riesgo-de-mercantilizar-la-educacion-inicial-y-no-es-tan-universal-como-lo-plantea-el-gobierno/>

padres, como otorgar bonos por hijos nacido, mayor extensión del descanso postnatal, ofrecer cuidados en sala cuna y jardín infantil sin distinción a madre y padre, apoyar actividades de integración familiar.

Como conclusión, es posible afirmar que nuestra legislación nacional posee mecanismos de protección a la maternidad que le permiten a la mujer ejercer, hasta cierto grado, un rol de madre trabajadora, otorgando descansos, permisos, fueros y subsidios y dejando al país dentro de los mejores puestos de América Latina. Pero frente a estos derechos que la Ley garantiza se han levantado barreras tan grandes, que impiden que las mujeres sean tratadas en un plano de igualdad en el ámbito laboral respecto de sus pares hombre, sea en el ingreso al mercado laboral, la remuneración, así como en la estabilidad en el empleo. Falta mucho, pero creemos que a través de las diversas discusiones y movimientos ciudadanos que actualmente se han tomado la agenda nacional, Chile se encamina a lograr un nivel óptimo de cuidado a la maternidad, apoyo a corresponsabilidad en la parentalidad, cuidado a la Infancia y eliminación de la discriminación entre hombres y mujeres en el trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA.

- ARELLANO O. Pablo, “Tensiones en torno a la parentalidad en el sector público: prestaciones de postnatal parental y sala cuna en extensión”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección ensayos, año 24 – N°2, Antofagasta, 2017.
- CAAMAÑO R. Eduardo, “Mujer, Trabajo y Derecho”, Abeledo – Perrot, Legal Publishing, Santiago, 2011.
- CAAMAÑO R. Eduardo, “El permiso parental y la progresiva inclusión del padre en los derechos para la armonización del trabajo y la vida familiar”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXI, Valparaíso, 2008.
- CASAS B. Lidia y VALENZUELA R. Ester, “Protección a la maternidad: Una historia de tensiones entre los derechos de la infancia y los derechos de las trabajadoras”, Revista de Derecho, Vol. 25 N°1, Valdivia, 2012.
- Comunidad Mujer, “Mujer y trabajo: Protección a la maternidad en Chile, una mirada histórica”, Serie Comunidad Mujer, Santiago, 2017.
- Comunidad Mujer, “Un primer balance al post natal de seis meses”, Comunidad Mujer, Santiago, 2015.
- NAVARRO, M. André, Protección a la maternidad y el amparo de las trabajadoras durante el fuero maternal, proyecto de memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2015
- ROMANIK, F. Katy, Evolución de la legislación sobre protección a la maternidad, Cuaderno de Investigación 58, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, diciembre 2014.
- 
- Jurisprudencia citada:
  - C de Ap de Santiago, Recurso de Apelación, rol 1841-1992 (02-10-1992)
  - C. Supr., Recurso de Casación en el fondo, rol 2067-1990, (18-10-1990).