

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN FINAL

“Análisis crítico del derecho a sala cuna desde la perspectiva de la corresponsabilidad de hombres y mujeres frente a la familia y el trabajo. Mirada crítica de la actual normativa y del proyecto de sala cuna universal”

Alumna: Magdalena Sofía Pizarro Veglia

Fecha: 21 de diciembre de 2021

ÍNDICE

I. Introducción	3
1) Generalidades	3
2) Reflexiones previas sobre mujer y trabajo	4
II. El derecho a sala cuna en Chile: Contenido y consagración legal.....	9
III. La corresponsabilidad	11
1) Antecedentes de esta figura	11
2) Concepto y contenido de la corresponsabilidad	11
3) Fundamentos de la corresponsabilidad	13
IV. Incidencia del derecho a sala cuna en la concreción de la corresponsabilidad, desde una perspectiva que permita mayor autonomía a la mujer, y el desenvolvimiento de la pareja en un pie de igualdad efectiva.....	14
1) Planteamiento	14
2) Mujer y teletrabajo	17
V. Proyecto de ley de “sala cuna universal” (que crea el beneficio social de educación en el nivel de sala cuna, financiado por un fondo solidario).....	18
VI. Conclusiones	20
VII. Bibliografía	22

I. Introducción

1. Generalidades

Para empezar a hablar de corresponsabilidad entre hombres y mujeres desde la vereda del derecho del trabajo, es imprescindible hacer primero alguna referencia a la historia. Clásicamente, el derecho del trabajo estuvo marcado de manera importante por una determinada forma de entender la protección a los trabajadores, a través de normas mínimas e irrenunciables y desde una visión marcada por enfoques liberales, al considerar como “iguales” a las partes de esta peculiar relación jurídica acorde a los criterios del derecho civil, lo que, en otras palabras, equivale a entender como iguales a quienes eran profundamente desiguales, tanto económicamente como en lo que a autonomía de la voluntad respecta. Posteriormente, ya avanzada la existencia de esta rama del derecho y una vez arribada en escena la noción de “ciudadanía en la empresa”, ésta no hace más que instar a replantearnos la clásica visión del derecho laboral, de los trabajadores y su protección, a la luz de la concepción dogmática conocida como la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y a las diversas funciones que ésta ostenta -las llamadas funciones limitadora e integradora, respectivamente-.

Pues bien, es en virtud de la función integradora que ha sido posible revisar cómo se han ido dando respuestas a la protección del trabajo por parte de las instituciones tradicionales de esta rama del derecho, ya que la voz “ciudadanía” conlleva la necesidad de asegurar relaciones de respeto, tanto en el marco de las relaciones laborales propiamente tales, como en la convivencia humana al interior de la empresa; y manifestación de esto lo encontramos en la existencia de normas sobre protección a la maternidad.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que, en la actualidad, muchas de estas formas tradicionales de protección no están siendo coherentes con el reconocimiento y respeto del derecho fundamental a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, y no discriminación, al validar nociones de género que no necesariamente son compatibles con la idea de igualdad, toda vez que siguen

dando cuenta de que mujeres y hombres seríamos distintos, no sólo biológicamente, sino que por los roles que “nos toca” asumir en la sociedad.

Es en este contexto que el presente trabajo aspira a poder analizar críticamente un ámbito específico de la llamada protección a la maternidad: el derecho a sala cuna, y cómo éste tiene una enorme incidencia en el ejercicio efectivo de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres frente a la familia y las obligaciones laborales de cada uno.

2. Reflexiones previas sobre mujer y trabajo

Hoy, en pleno siglo XXI, es posible afirmar que uno de los mayores desafíos que tenemos por delante en materia de protección a la maternidad, dentro del derecho del trabajo, y en pos de poder cristalizar una efectiva igualdad de género, es hacernos cargo de aquellas viejas concepciones que imperaron en este ámbito desde inicios del siglo XX, que podemos identificar -como sostiene el profesor Caamaño- con aquellos pactos de producción y reproducción en el ámbito del empleo¹, tradicionalmente identificado con el modelo familiar y laboral de “mujer cuidadora- hombre proveedor”; asignación de roles sociales cuyo único fundamento es el sexo de la persona, que se ha erigido históricamente como una importantísima fuente de discriminación en perjuicio de las mujeres, y que evidencia lo que a estas alturas es algo bastante obvio: que en el relato fundacional del surgimiento y consolidación del derecho del trabajo suele estar ausente la perspectiva de género².

En efecto, en los albores del derecho del trabajo existió una suerte de toma de conciencia en torno a la idea de que había situaciones que afectaban a ciertos colectivos que debían enmendarse, dentro de los cuales estaban -precisamente- las mujeres. Sin embargo, y más allá de la inicial consideración “humanitaria” en este actuar, hubo además un enfoque economicista involucrado, sumado a una excesiva

¹ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Mujer, trabajo y derecho. Hacia las relaciones laborales con equidad de género y corresponsabilidad social*, 1ª Ed., Santiago, LegalPublishing, 2011, p. 43.

² GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Derecho individual del trabajo. Doctrina, materiales y casos*, 1ª Ed., Santiago, DER Ediciones, 2021, p. 324.

preocupación por las eventuales conductas inmorales en que podían verse sumidas las mujeres trabajadoras, visión paternalista que conllevó a que a la mujer se le considerara un sujeto frágil y, muchas veces, en peligro de no poder resguardar su propia moralidad. Finalmente, este panorama general se vio refrendado por el propio movimiento obrero masculino, que no se opuso a la implementación de toda la normativa marginadora de la mujer, entre otras razones, al considerarla como una competencia en el terreno laboral³. Es en este escenario que la mujer comienza a recibir una protección especial de parte del Estado, concretada a través del establecimiento de una legislación laboral *por el sólo hecho de ser mujer*, que se tradujo en una serie de restricciones y prohibiciones que terminaron por excluirlas de una serie de actividades en las que históricamente habían tenido participación, circunstancia que generó profundas marginaciones; y es la razón por la cual toda esta normativa -que en sus inicios fue considerada valiosa-, a medida que pasó el tiempo y que fue gestándose un progresivo reconocimiento de los derechos ciudadanos de la mujer y la reivindicación de la igualdad de trato, devino en discriminatoria⁴.

Asimismo, a partir de ese momento surge la otra dimensión tradicional de protección a la mujer en materia laboral: *la protección a la maternidad*, que tiene su fundamento en la protección de la familia y en poner fin a los índices de mortalidad infantil existentes a la fecha de su establecimiento, situación que -se estimaba- ponía en riesgo el aseguramiento de trabajadores para el futuro. Esta protección a la maternidad se materializa en una marginación progresiva de la mujer del ámbito del trabajo, que posteriormente deviene en un cambio absoluto de paradigma ya

³ Como recalca el profesor Caamaño, "A su vez, en este proceso de construcción de una nueva identidad de género para la mujer trabajadora, llama también la atención que éste encontrara un eco en el mismo movimiento obrero, el que por regla general consideró negativo el trabajo femenino fuera del hogar, ya que alejaba a las mujeres de sus deberes esenciales, amenazando la salud física y moral de toda la familia. Además el trabajo femenino era visto como una competencia al que desarrollaban los varones obreros, lo que generaba una baja general de los salarios", CAAMAÑO ROJO, op. cit. en nota 1, p. 8.

⁴ Ejemplos de aquello podemos encontrarlos en la antigua prohibición genérica de que las mujeres desarrollaran trabajo nocturno, a la luz de lo previsto en el artículo 49 del Código del Trabajo de 1931; o lo establecido en el antiguo artículo 15 del Código del Trabajo de 1987 -hoy modificado- que establecía una prohibición de contratar mujeres trabajadoras para realizar "trabajos mineros subterráneos o faenas calificadas como superiores a sus fuerzas o peligrosas para sus condiciones físicas o morales propias de su sexo", salvo excepciones legales.

que, previo al nacimiento de la legislación laboral, mujeres y hombres asumían que ambos debían contribuir a la manutención de la familia a través del trabajo; escenario que se oponía diametralmente a la visión de familia asumida por la burguesía y que, a través de esta legislación se intentó -exitosamente- imponer: que toda actividad “externa” al seno familiar (a saber, aquella vinculada a la generación de ingresos, a la productividad, a la política, etc.) era propia de los hombres, y todo lo “interno” o más íntimo (la crianza y cuidado de los hijos, las labores domésticas, etc.) correspondía a las mujeres, imponiéndose así un patrón de comportamiento específico, encauzando a los sectores populares bajo paradigmas de convivencia propios de las élites. De ahí el surgimiento de esta clásica noción del “padre proveedor- madre cuidadora”. Vinculado a esto, la contratación va adecuándose a una legislación que incorpora derechos mínimos irrenunciables que comienza a generar una exclusión progresiva de las mujeres del ámbito laboral, al establecerse como aspectos típicos de la contratación, por ejemplo, que el trabajo se desarrollara en las instalaciones de la empresa; que las jornadas de trabajo fueran completas y de larga duración, etc., todo lo cual se tornó incompatible con las responsabilidades familiares; y como esta clase de responsabilidades se entendía como algo propio de las mujeres, la contratación laboral fue progresivamente excluyendo la contratación de éstas. En otras palabras, con el fin de “proteger” a las mujeres, se las fue marginando y disminuyendo su participación en el trabajo. Es a esto que el profesor Caamaño ha denominado “el pecado original del derecho del trabajo”⁵.

Así las cosas, y dado que la inserción de la mujer al mundo del trabajo ha estado históricamente marcada por la dificultad de compatibilizar sus roles “tradicionales” de madre y encargada de los quehaceres del hogar, con las del trabajo y desarrollo profesional⁶, en la segunda mitad del siglo XX comienza una suerte de toma de conciencia en torno a esta problemática, con la adopción de diversos instrumentos internacionales de enorme relevancia. Así, encontramos la

⁵ CAAMAÑO ROJO, op. cit. en nota 1, p. 14.

⁶ VARAS MARCHANT, Karla, “La irrupción del teletrabajo: La promesa engañosa de conciliación y flexibilidad”, en *Estudios sobre el trabajo de la mujer* (Coordinadoras: Irene Rojas M. y Lucía Planet S.), 1ª Ed., Santiago, LegalPublishing – Thomson Reuters, 2011, p. 20.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, en inglés) el año 1979 -y que Chile ratificó en 1989- donde se concluye que los cambios en esta materia debían ser especiales y mediante la suscripción de instrumentos nuevos, dado que no eran ya suficientes los instrumentos generales sobre derechos humanos: había que contar con instrumentos específicos enfocados en las mujeres. Esta convención ha sido crucial en los cambios legislativos de que ha sido objeto nuestra normativa nacional; y ejemplo de ello lo encontramos la creación del Servicio Nacional de la Mujer (hoy Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género, SERNAMEG) y el desarrollo de políticas públicas tendientes a avanzar en la erradicación de la discriminación de la mujer. También en materia internacional, encontramos los Convenios de la OIT N°103, sobre Protección de la Maternidad; Convenio N°100, sobre Igualdad de Remuneración (ratificado por Chile); el Convenio N°111, sobre la Discriminación (empleo y ocupación), que Chile ratificó y adecuó normativamente el año 2001 con la Ley N°19.759, sobre nuevas modalidades de contratación, sindicalización, derechos fundamentales del trabajador, norma que, entre otras cosas, incorporó el actual texto del artículo 2 inciso cuarto del Código del Trabajo; el Convenio N°156, sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares, en el que se evidencia una evolución a la luz del lenguaje utilizado: “trabajadores” y no “trabajadoras”, además de ser un convenio muy positivo, ya que la OIT entendió que las personas que tienen responsabilidades familiares se encuentran en una situación de mayor dificultad de oportunidades igualitarias en el empleo que aquellas que no las tienen; además de ser un convenio que comprende que las responsabilidades familiares no son solamente de las mujeres, al reconocer que los derechos de cuidado son tanto de hombres como de mujeres; y de proyectar que las responsabilidades familiares no son únicamente respecto de niños, niñas y adolescentes, sino que también de cualquier otro miembro de la familia que requiera algún tipo de asistencia. Chile ratificó este Convenio N°156, sin embargo, aún no realiza una adecuación normativa real con miras a lograr que la vieja lectura de la protección a la maternidad sea superada, ya que si bien han existido algunos avances, sigue asumiéndose a la mujer como la principal responsable de los asuntos de la familia y no considera al

hombre desde la óptica de la corresponsabilidad y de la titularidad de derechos propios en este ámbito.

En materia constitucional, podemos indicar como avance la modificación introducida al artículo 1º de la Carta Fundamental, al sustituir la palabra “los *hombres* nacen libres e iguales (...)”, por la palabra “las *personas* nacen libres e iguales (...)”. Luego, el artículo 19 N°2 de la misma Carta señala, en la parte final de su inciso primero, que “hombres y mujeres son iguales ante la ley”, aunque en relación a esta norma podríamos sostener que es meramente declarativa, dado que no contribuye de manera necesaria a que se generen condiciones igualitarias entre ambos.

Ya en el terreno propiamente laboral, es posible constatar que a propósito del reconocimiento del permiso por matrimonio se modificó, sin mayor análisis, el nombre del Título II del Libro II del Código del Trabajo: “La protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar”. Sin embargo, si se analizan las disposiciones respectivas, se ve que nada ha cambiado sustantivamente ya que la gran mayoría de esas normas son de garantía y, mayoritariamente, destinadas a las mujeres y a la maternidad. Intentando dotar de alguna utilidad a este cambio de nombre del título, creemos que aquel podría permitir que tanto la interpretación como aplicación de las normas allí contenidas favorezcan una lectura acorde con la idea de corresponsabilidad, más aún, si vinculamos esto con las modificaciones que en materia de corresponsabilidad incorporó el Código Civil en su artículo 224, al establecer que toca de consuno a *los padres* el cuidado personal de sus hijos, adecuación conforme a la Convención sobre la No Discriminación.

Es en este contexto, y específicamente a propósito de las normas de protección a la maternidad, que encontramos el derecho a sala cuna que hemos hecho referencia más arriba, derecho que, en definitiva, permite resolver la situación de quién cuida al niño o niña cuando la madre debe reincorporarse a trabajar. Este también es un derecho cuyo titular es la madre, salvo que el padre sea quien tenga el cuidado personal del hijo o hija, caso en el cual se subroga al mismo⁷.

⁷ En este sentido, el artículo 203 inciso penúltimo del Código del Trabajo señala: “El trabajador o trabajadora a quienes, por sentencia judicial, se le haya conferido el cuidado personal del menor de

Por lo anterior, y en términos generales, podemos afirmar que mientras no exista la voluntad real de concretar una igualdad efectiva entre hombres y mujeres como criterio para evaluar cómo funciona el sistema de protección a la maternidad y los grados de reconocimiento que se están haciendo de los derechos consagrados en el Código del Trabajo, persistirá este problema estructural.

II. El derecho de sala cuna en Chile: Contenido y consagración legal

Tradicionalmente, dentro de los derechos asociados a la protección a la maternidad encontramos el de sala cuna, que es aquel consagrado en el artículo 203 del Código del Trabajo, que opera tras el nacimiento el hijo o hija, y una vez que la trabajadora se ha reintegrado después de las licencias a sus labores⁸. En lo medular, este derecho consiste en que las empresas que tengan contratadas a veinte o más trabajadoras están obligadas a proporcionar sala cuna (“salas anexas e independientes del lugar de trabajo”, como expresa la ley), sin importar la edad de estas mujeres ni su estado civil, donde aquellas puedan alimentar y dejar a sus hijos o hijas menores de dos años mientras se encuentren en el trabajo. Esta es una obligación que va a recaer, de igual forma, en centros comerciales o industriales y de servicios administrados bajo una misma razón social, y en cuyos establecimientos laboren, en total, veinte o más trabajadoras; y si existiere un mayor gasto asociado a esta sala cuna, se reputará común, debiendo todos estos establecimientos concurrir al pago, según la proporción que corresponda.

De este modo, en caso de surgir la obligación para esta (s) empresa(s) de otorgar sala cuna, las alternativas existentes son: i) que se construya una sala anexa a los recintos de la empresa para que las mujeres puedan dejar a sus hijos⁹ durante su jornada laboral; ii) que, en conjunto, dos o más empresas construyan una sala

dos años, tendrá los derechos establecidos en este artículo si éstos ya fueran exigibles al empleador”.

⁸ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El ABC del contrato de trabajo*, 1ª Ed., Santiago, LegalPublishing, 2013, p.117.

⁹ PIERRY VARGAS, Lucía, *Derecho individual del trabajo*, 2ª Ed., Santiago, Der Ediciones, 2019, p. 62.

cuna en una misma área geográfica¹⁰; o iii) que la empresa pague de manera directa los gastos que genere el ejercicio del derecho a sala cuna, caso en el cual el empleador deberá escoger alguna de las salas cuna de entre aquellas que cuenten con el reconocimiento o la autorización de funcionamiento proporcionado por el Ministerio de Educación.

En cuanto al financiamiento de los gastos de trayecto, la propia disposición del artículo 203 prescribe que el empleador deberá costear el valor de los pasajes por el transporte que deba utilizarse para la ida y el regreso del niño o niña al establecimiento respectivo.

Finalmente, en los últimos dos incisos de la norma en comento, y en relación a quiénes entenderemos como beneficiarios de la sala cuna, resalta que se trata de un derecho que, por regla generalísima, se otorga a las mujeres -madres trabajadoras- salvo que el cuidado personal del hijo o hija menor de dos años se hubiere otorgado al padre, en caso de fallecimiento de la madre -y sólo en el evento de que a este padre no se le haya privado del cuidado personal por sentencia judicial-; o bien, cuando por sentencia judicial firme el cuidado personal del niño o niña se hubiere entregado a una tercera persona.

Desde una óptica jurídica-obligacional, diremos entonces que se trata de un derecho irrenunciable, cuya acreedora es, por regla general, la madre trabajadora o, excepcionalmente, aquella persona a quien se haya conferido el cuidado personal por sentencia judicial firme del hijo o hija menor de dos años; y cuyo deudor único es el empleador que se encuentre situado en algunas de las hipótesis fácticas descritas en la norma del artículo 203 del Código del Trabajo.

¹⁰ PIERRY VARGAS, op. cit. en nota 9, p. 62.

III. La corresponsabilidad

1. Antecedentes de esta figura

La corresponsabilidad es un concepto y un principio, tradicionalmente asociado al derecho de familia, a la luz de lo prescrito en el artículo 224 inciso primero del Código Civil, que reza: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”, inciso que fue modificado a partir de la dictación de la Ley N° 20.680¹¹.

Con esta ley se produce uno de los cambios más significativos que ha tenido nuestro ordenamiento jurídico en materia de derecho de familia, al incorporar, entre otros, el principio de corresponsabilidad parental y el cuidado compartido¹², principio de relevancia crucial ya que propende y fomenta que tanto padres como madres, hombres y mujeres, compartan progresivamente ámbitos que históricamente habían sido exclusivos de uno u otro¹³, tales como cuidado, crianza y labores del hogar - tradicionalmente asociados a las mujeres-, y trabajo remunerado, desarrollo profesional y rol de proveedor económico -asociados comúnmente a los hombres-.

2. Concepto y contenido de la corresponsabilidad

En torno al concepto de corresponsabilidad, encontramos algunas opiniones en la doctrina nacional. La profesora Fabiola Lathrop sostiene que “el principio de corresponsabilidad parental consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos”¹⁴.

¹¹ Ley que introduce modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor (niño, niña o adolescente) en caso de que sus padres vivan separados, publicada el 21 de junio de 2013, más conocida como la ley “Amor de papá”.

¹² ESCOBAR GALLARDO, Paulina; HERNÁNDEZ CÁDIZ, María Victoria, *Interés superior del niño. Principio general del derecho*, 1ª Ed., Santiago, Hammurabi, 2018, p. 89.

¹³ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, “El principio de corresponsabilidad parental”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año XX, N°2, 2013, p. 26.

¹⁴ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°10, 2008, p. 22.

Por su parte, para la profesora Marcela Acuña este principio implica que ambos padres se responsabilizan y participan, es decir, asumen ambos, en común, ciertas funciones en relación con los hijos, las de mayor impacto en su formación integral: la crianza y educación¹⁵, y hace presente sus reparos en torno a las nociones de “distribución” o “reparto” incorporadas en otras definiciones de corresponsabilidad puesto que, justamente, tales términos chocarían frontalmente con la idea que se quiere comunicar y fomentar, al sostener que “si los padres se reparten funciones y uno se ocupa de la crianza habitual y otro de los esparcimientos, uno de los gastos y otro de la gestión, uno del cuidado diario y otro del cuidado ocasional, realmente no hay corresponsabilidad”¹⁶.

Concordamos y recogemos este segundo concepto de corresponsabilidad, debido a que, a nuestro juicio, es el que mejor se aviene con los objetivos que se ha intentado promover con su establecimiento. Asimismo, si bien es innegable que en el mundo de hoy mujeres y hombres comparten en mayor medida el rol de proveer de recursos económicos a la familia, cuestión que rompe derechamente aquellos patrones clásicos en esta materia, lo cierto es que éste ha sido un proceso desigual, dado que los esfuerzos realizados por las mujeres no se condicen ni equiparan con los esfuerzos realizados por los hombres en pos de propender a una efectiva corresponsabilidad. En otras palabras, a pesar de que hoy en día existe una mayor participación en el mundo del trabajo remunerado por parte de las mujeres, éstas siguen dedicando muchas horas a las labores dentro del hogar¹⁷, lo que es indicativo de que el funcionamiento de la sociedad sigue suponiendo que existe una persona al interior del hogar entregada por completo al cuidado de la familia¹⁸; circunstancia que reafirma que la visión que entiende la corresponsabilidad como una mera distribución o reparto de labores relativas a la familia es insuficiente, siendo -entonces- aquella visión que aspira a una participación efectiva y común de ambos progenitores en todos y cada uno de los

¹⁵ ACUÑA SAN MARTÍN, op. cit. en nota 13, p. 29.

¹⁶ *Ibídem*

¹⁷ CAAMAÑO ROJO, op. cit. en nota 1, p. 103.

¹⁸ *Ibídem*

aspectos de mayor impacto en la formación integral de los hijos e hijas, la que representará más genuinamente el espíritu de la corresponsabilidad. De este modo, entenderemos conceptualmente que este importante principio consiste en la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos, que se aplica siempre, cualquiera sea la forma de distribución del cuidado personal de los hijos¹⁹ que opere en la práctica.

En cuanto al contenido de esta figura, es importante hacer presente que estamos frente a un principio que ha sido planteado en términos concretos y no abstractos, y que abarca fundamentalmente tres dimensiones: la primera, que lo exigido por el legislador a los padres es el despliegue de energías físicas e intelectuales en el cuidado de sus hijos²⁰; la segunda, que tal despliegue sea realizado en similares proporciones, de modo tal que ambos progenitores tengan las mismas oportunidades de materializar esta labor; y la última, que todo lo anterior constituya una exigencia para ambos y no una mera facultad que pueda ser ejercida de modo aislado e intermitente²¹.

3. Fundamentos de la corresponsabilidad

El primer fundamento de este principio, a nuestro juicio, no es otro que el de la igualdad sustancial existente entre mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida²², igualdad que se erige como el pilar fundamental que debe regir toda institucionalidad y el estado de derecho. Esta igualdad, en palabras de la profesora Gómez de la Torre, se expresa en dos dimensiones: por una parte, debe corregir las desigualdades de hecho, producto de situaciones que derivan de causas

¹⁹ ACUÑA SAN MARTÍN, op. cit. en nota 13, p. 31.

²⁰ GREEVEN BOBADILLA, Nel; CARRETTA MUÑOZ, Francesco, *Régimen de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular aplicado a la decisión judicial*, 1ª Reimp., Santiago, DER Ediciones, 2021, p. 14.

²¹ *Ibídem*

²² ACUÑA SAN MARTÍN, op. cit. en nota 13, p. 32.

naturales o de la realidad social y, de otra, debe eliminar toda diferencia arbitraria o discriminación²³.

Sin embargo, y yendo más allá en cuanto a la justificación de existencia de esta figura, creemos que el más significativo es el fundamento que se basa en la existencia de relaciones paterno-filiales y materno-filiales, vínculos que por su especial naturaleza tienen la suficiencia y envergadura necesarios para responsabilizar a los adultos, mujeres y hombres, respecto de sus hijos e hijas menores de edad, en razón del carácter vulnerable de estos²⁴; y que, en definitiva, no sería otra cosa que la manifestación del interés superior del niño, principio de mayor relevancia en materia de derechos del niño^{25 26}.

IV. Incidencia del derecho a sala cuna en la concreción de la corresponsabilidad, desde una perspectiva que permita mayor autonomía a la mujer, y el desenvolvimiento de la pareja en un pie de igualdad efectiva

1. Planteamiento

Desde la perspectiva del derecho del trabajo existe en la actualidad una fuerte necesidad de conciliar lo que es la vida familiar con las actividades laborales, sobretudo, respecto de las mujeres, ello en razón de las dificultades que hemos planteado en los puntos anteriores, consistentes, en síntesis, en la constatación de que aquello que provoca la situación discriminatoria de la mujer en el mercado laboral es el género o, en otras palabras, la asignación de los roles sociales en

²³ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *El sistema filiativo chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 36.

²⁴ ACUÑA SAN MARTÍN, op. cit. en nota 13, p. 32.

²⁵ ESCOBAR GALLARDO; HERNÁNDEZ CÁDIZ, op. cit. en nota 12, p. 49.

²⁶ Si bien el análisis de este principio excede sobradamente los objetivos de este trabajo, simplemente quisiéramos hacer presente que, a pesar de que el principio del interés superior del niño ha sido recogido en innumerables textos legales, el contenido del mismo no es unívoco ni tampoco se encuentra definido como tal, motivo por el cual la tarea de dotarlo de contenido ha sido entregada a la labor de la jurisprudencia y la doctrina. Asimismo, recalcar que, si bien en Chile la consideración de este interés superior se aborda básicamente desde la perspectiva del derecho de familia, se trata en definitiva de un principio general del derecho. ESCOBAR GALLARDO; HERNÁNDEZ CÁDIZ, op. cit. en nota 12, p. 60.

función del sexo de las personas, y de la desigual valoración de los mismos en un sistema económico de mercado²⁷. Para lograr estar a la altura de las expectativas de cambio que se requiere, es indispensable que todas aquellas medidas legislativas que se adopten en materia de derecho del trabajo dejen de centrarse exclusivamente en que las mujeres -madres trabajadoras- concilien responsabilidades laborales y familiares, y comiencen -en cambio- a propender al establecimiento de medidas destinadas tanto a padres como madres, a fin de contribuir a forzar el cambio de roles y estereotipos en términos de corresponsabilidad²⁸.

En este escenario es que nos referiremos al derecho a sala cuna tal como está establecido hoy en nuestra legislación, ciertos antecedentes de su gestación, y las implicancias que la actual configuración tiene en el desenvolvimiento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres.

Primeramente, debemos señalar que el derecho a sala cuna consagrado en el artículo 203 del Código del Trabajo, a diferencia de otros derechos catalogables como de “protección a la maternidad”, no es de aplicación general, es decir, no siempre la trabajadora tendrá este derecho²⁹. Con esto aludimos que se trata de un derecho que no opera a todo evento, sino que sólo nacerá una vez reunidas las condiciones que hacen posible el surgimiento del mismo, esto es, la existencia de veinte o más trabajadoras al interior de la empresa, cualquiera sea su edad o estado civil.

La razón de esta peculiar configuración dice relación con dos aspectos: primero, con que el artículo 203 del Código del Trabajo fue pensado sobre la lógica de que tanto la sociedad como las empresas-empleadoras de mujeres debían hacerse cargo de hacer posible la compatibilidad entre maternidad y trabajo, motivo

²⁷ PÉREZ DEL RÍO, María Teresa, “La normativa interna sobre derechos de conciliación: La corresponsabilidad”, en *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos* (Directores: CABEZA PEREIRO, Jaime; FERNÁNDEZ DOCAMPO, Belén), 1ª Ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 51-76.

²⁸ CAAMAÑO ROJO, op. cit. en nota 1, p. 111.

²⁹ *Ibíd*, p. 69.

por el cual únicamente esta clase de empresas -y no otras- debían asumir los costos de este derecho; y segundo, que el mecanismo de reconocimiento del derecho a sala cuna utilizado por nuestro Código del Trabajo dice directa relación con el modelo de organización empresarial existente en los inicios del derecho del trabajo, inspirada en aquella vieja concepción de que la participación femenina en el trabajo era más bien marginal, por lo que la obligación de estos empleadores de tener o costear una sala cuna no representaba grandes costos económicos³⁰.

Sin embargo, esta manera de plantear el derecho a sala cuna por el legislador entra en franca crisis cuando los presupuestos fácticos recién señalados cambian, y se produce un ingreso masivo de mujeres al mundo del trabajo, puesto que, lejos de protegerlas, simplemente las margina y las priva de la posibilidad de desarrollarse laboralmente en el evento de que la empresa a la que presta sus servicios no sea de aquellas que contempla la norma del artículo 203, impidiéndoles de ese modo gozar de este derecho básico al momento de decidir ingresar al mundo del trabajo. Ante este escenario, no es muy difícil prever las consecuencias perniciosas tanto en el desarrollo personal-profesional de las mujeres, como en el de la corresponsabilidad a la que tanto se aspira en materia laboral ya que, en efecto, al establecerse como requisito de este derecho el que veinte o más mujeres laboren en la empresa, establecimiento comercial o industrial, no sólo se afecta la corresponsabilidad desde la óptica de las madres trabajadoras, sino también de los hombres, a quienes se les discrimina por el hecho de ser tales, desconociendo que la paternidad y las responsabilidades familiares corresponden a ambos: mujeres y hombres por igual; todo lo cual acarreará como (indeseada) consecuencia que este derecho a sala cuna devenga en un privilegio de unas pocas mujeres; se erija como un importante obstáculo para zanjar el enorme problema que significa conciliar familia y trabajo y, de paso, reafirme el arcaico patrón cultural del rol cuidador de la mujer³¹.

³⁰ CAAMAÑO ROJO, op. cit. en nota 1, p. 69.

³¹ *Ibíd*, p. 71.

2. Mujer y teletrabajo

El impacto de la pandemia del Covid-19 en el mundo entero ha sido especialmente relevante en el ámbito laboral puesto que, de un día para otro -y sin estar necesariamente preparados para enfrentar este escenario- trabajadores y trabajadoras, confinados en sus hogares, debieron migrar a una prestación de servicios a distancia³², valiéndose -no sin dificultad- de medios tecnológicos para lograrlo³³.

Pues bien, es un hecho que, en este particular contexto, el modelo *hombre-proveedor y mujer-cuidadora* que ha imperado desde el nacimiento del derecho del trabajo, en el siglo XIX, hasta nuestros días, sumado a la reciente regulación del teletrabajo³⁴ a propósito de la crisis sanitaria, ha perpetuado la deuda que tiene esta rama del derecho con las mujeres³⁵, puesto que aquella legislación no se hizo cargo de la evidente desigualdad de oportunidades existente entre trabajadores y trabajadoras que genera -y perpetúa- esta arcaica forma de entender los roles que cumplen hombres y mujeres en la sociedad; y, lejos de posibilitar la apertura de nuevas opciones para reequilibrar los roles de género en materia laboral³⁶ o de conciliar de mejor forma la vida laboral y familiar³⁷, el teletrabajo ha provocado todo lo contrario para las trabajadoras, ya que continúa suponiéndose respecto de éstas la existencia de una fuerte atadura al rol social de cuidadora³⁸, provocando con ello

³² LIZAMA PORTAL, LUIS; LIZAMA CASTRO, Diego, *El derecho del trabajo en las nuevas tecnologías*, 1ª Ed., Santiago, Der Ediciones, 2020, p. 117.

³³ Conforme dispone el artículo 22 del Código del Trabajo, entenderemos como “teletrabajadores (as)” a aquellos *trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones*.

³⁴ LEY N° 21.220, que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia, promulgada el 24 de marzo de 2020, publicada el 26 de marzo del mismo año, y cuya vigencia comenzó el día 1 de abril de 2020.

³⁵ VARAS MARCHANT, op. cit. en nota 6, p. 24.

³⁶ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, “El teletrabajo como una alternativa para promover y facilitar la conciliación de responsabilidades laborales y familiares”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°35, 2º Semestre, Valparaíso, 2010, p. 79.

³⁷ VARAS MARCHANT, op. cit. en nota 6, p. 28.

³⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma, “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: Un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 11, 1, 2021, p. 59. Disponible en la página web https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5470 (última visita, 21 de diciembre de 2021)

severas interferencias en su vida personal, dado lo difícil que resulta separar las fronteras entre lo que es el trabajo y la familia³⁹, y las nefastas consecuencias que aquello implica en materia de igualdad de género, al continuar asumiéndose que las labores propias del hogar y de cuidado de los hijos u otras personas (adultos mayores, etc.) radican en las mujeres⁴⁰. En otras palabras, la realidad ha demostrado que, más que una oportunidad de conciliación, el teletrabajo ha significado para las mujeres trabajadoras la realización paralela de las labores domésticas, de cuidado y crianza⁴¹, lo que en definitiva constituye una nueva forma de segregación ocupacional⁴². Todo lo dicho -claro- es siempre sobre la base del dato indiscutible de que el teletrabajo implica, en la práctica, jornadas laborales más extensas⁴³, circunstancia plenamente avalada por nuestro propio legislador al permitir que en este supuesto las partes puedan acordar que el (tele) trabajador o trabajadora quede excluido o excluida de la limitación de jornada de trabajo (artículo 152 quáter J inciso cuarto, en relación al artículo 22 inciso cuarto, ambos del Código del Trabajo).

Lamentable constatación, si se contrasta con los beneficios que el arribo de las tecnologías ha brindado en el ámbito del trabajo desde otras ópticas, sobretudo, en lo que a promoción de nuevas formas de gestionar el trabajo respecta⁴⁴, tales como la posibilidad de superar rigideces o deficiencias que pueden encontrarse en una relación laboral “normal”, posibilitar la descentralización productiva, la flexibilización de la organización interna de la empresa, etc.⁴⁵.

V. Proyecto de ley de “sala cuna universal” (que crea el beneficio social de educación en el nivel de sala cuna, financiado por un fondo solidario)

³⁹ VARAS MARCHANT, op. cit. en nota 6, p. 30.

⁴⁰ *Ibidem*

⁴¹ VARAS MARCHANT, op. cit. en nota 6, p. 31.

⁴² RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, op. cit. en nota 38, p. 40.

⁴³ VARAS MARCHANT, op. cit. en nota 6, p. 29.

⁴⁴ VARAS MARCHANT, op. cit. en nota 6, p. 24.

⁴⁵ CAAMAÑO ROJO, op. cit. en nota 36, p. 85.

Se trata de un proyecto que fue ingresado con fecha 17 de agosto de 2018 al Congreso Nacional⁴⁶, y que pretende introducir importantes modificaciones al derecho a sala cuna, previsto en el artículo 203 del Código del Trabajo. Dentro de los principales y más relevantes cambios que se proponen, destacamos tres ejes:

1.- El primero, es aquel que busca eliminar el requisito que establece la actual disposición, de existencia de veinte o más trabajadoras en la empresa para poder acceder al beneficio de sala cuna. La relevancia de esta modificación radica en dos importantes consecuencias: i) se trata de un cambio que implica la supresión de obstáculos que hoy en día deben sortear muchas mujeres a la hora de acceder al mundo del trabajo, así como también la ampliación de la cobertura del derecho a sala cuna, al considerarse dentro del grupo de beneficiadas a trabajadoras independientes y a las trabajadoras dependientes en general, dentro de las que debe incluirse a trabajadoras de casa particular; ii) y permite superar la actual discriminación existente entre aquellos niños y niñas cuyas madres no laboran en empresas que tengan contratadas a veinte trabajadoras o más, cuestión que repercute directamente en la posibilidad de recibir cuidados a cargo de instituciones especializadas (salas cuna) que cuenten con acreditación y autorización de funcionamiento por parte del Ministerio de Educación.

2.- Luego, y a propósito de la promoción del principio de corresponsabilidad, el proyecto explicita que se permitirá, en ciertos casos, al padre acceder al beneficio de sala cuna, específicamente, al padre trabajador en aquellos casos en que éste detente de modo exclusivo el cuidado personal del hijo o hija; permitiéndose además a aquel poder hacer uso del derecho a sala cuna en representación de la madre trabajadora, con la autorización de ésta última, en caso de no haber requerido ésta el beneficio⁴⁷. En esta segunda hipótesis adelantamos una breve reflexión en torno a la insuficiencia -a nuestro juicio- del proyecto en este punto, dado que, a pesar del avance que pueda representar esta posibilidad en pos de fomentar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres, es una disposición que queda

⁴⁶ Boletín N° 12.026-13.

⁴⁷ Artículo 2° del proyecto de ley.

bastante “al debe” a la luz de lo que debiéramos aspirar como sociedad a efectos de entender como satisfecha la normativa, en aquello que dice relación con los beneficiarios del derecho a sala cuna, habiendo sido más acorde con los objetivos buscados el consagrar derechamente como titulares del beneficio tanto a madres como a padres, de modo amplio, y sin supeditar a este último a la obtención de una autorización de la madre para hacer uso del mismo, o al hecho de ejercer el cuidado personal exclusivo del hijo o hija.

3.- Y como tercer eje, podemos destacar la incorporación de elementos de solidaridad en cuanto al financiamiento del beneficio, debido a que se propone como método para aquello la existencia de un “Fondo Solidario” (Fondo del Beneficio Social de Educación Parvularia en Nivel de Sala Cuna, según prescribe el artículo 15 del proyecto de ley), conformado tanto por la cotización de las y los trabajadores de la empresa (cotización mensual del 0,1% de la remuneración imponible de los trabajadores y trabajadoras dependientes, de cargo del empleador o la entidad pagadora de subsidios; y sobre las rentas imponibles de los trabajadores independientes), como por aportes fiscales (aporte del Estado que ascenderá anualmente a un total de 225.792 unidades tributarias mensuales)⁴⁸.

Esta propuesta de financiamiento, de corte solidario, se perfila como un interesante mecanismo tendiente a la concreción de una equiparación en torno a los costos de contratación entre mujeres y hombres, en contraste con lo que ocurre al día de hoy a la luz de la actual normativa, dado que la propuesta implica un cambio de paradigma en torno al financiamiento del beneficio y su exigibilidad, lo cual podrá repercutir de manera positiva en la contratación femenina al interior de la empresa.

VI. Conclusiones

⁴⁸ Artículo 16 del proyecto de ley.

Nuestra legislación laboral -lo más sustantivo de ella, al menos- sigue considerando, y operando, sobre la lógica de que el cuidado de los hijos e hijas corresponde a las mujeres, como una suerte de responsabilidad casi exclusiva de ellas⁴⁹; y una demostración de eso lo encontramos precisamente en este requisito que estableció el legislador en el artículo 203 del CT, al exigir como presupuesto esencial para acceder al beneficio de sala cuna el que las empresas cuenten con veinte o más trabajadoras.

Por lo anterior, resulta de enorme relevancia el proyecto de ley en estudio, que crea el beneficio social de educación en el nivel de sala cuna, financiado por un fondo solidario (más conocido como “Proyecto de sala cuna universal”), ya que las modificaciones que se pretenden, y que en síntesis podemos resumir como la supresión de un mínimo de trabajadoras contratadas en la empresa para acceder al beneficio de sala cuna -y las consecuencias en materia de fomento a la participación femenina en el mundo del trabajo y la no discriminación de los hijos de éstas mujeres a la hora de acceder a sala cuna-; el fomento a la corresponsabilidad al permitir -en ciertos casos- a los padres acceder al beneficio, todo acompañado de una fórmula de financiamiento solidario, a través de la creación del Fondo del Beneficio Social de Educación Parvularia en Nivel de Sala Cuna; permiten afirmar que éste es un avance concreto en materia de promoción de la participación de mujeres en el mundo del trabajo

Esta (majadera) persistencia, imperante en nuestra sociedad, de fijar una división sexual del trabajo, que deposita en las mujeres las tareas domésticas y de cuidado y en los hombres el rol proveedor, representa uno de los obstáculos más importantes que se deben sortear si es que se pretende concretar una efectiva inserción laboral femenina, un progreso en la carrera y, en definitiva, la conquista de cada vez mayores grados de autonomía⁵⁰. Lo dicho, no sin importantes

⁴⁹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, ENCLA (Informe de Resultados Novena Encuesta Laboral) 2019, versión online, p. 103. Disponible en https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-119454_recurso_1.pdf (última visita, 21 de diciembre de 2021)

⁵⁰ *Ibídem*

posibilidades de generar desajustes y riesgo de conflicto entre las diversas esferas en que las mujeres del siglo XXI se ven obligadas a conciliar⁵¹.

El desafío de nuestro ordenamiento jurídico hoy es superar definitivamente el modelo “padre proveedor- madre cuidadora”, cambiando el paradigma a “padres y madres cuidadores y proveedores”, erradicando así el enfoque de género que asigna tareas distintas para mujeres y hombres, estableciendo, en cambio, que las labores de cuidado de la familia son una tarea que corresponde a ambos, por igual.

VII. Bibliografía

1.- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, “El principio de corresponsabilidad parental”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año XX, N°2, 2013.

2.- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Mujer, trabajo y derecho. Hacia las relaciones laborales con equidad de género y corresponsabilidad social*, 1ª Ed., Santiago, LegalPublishing, 2011.

3.- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, “El teletrabajo como una alternativa para promover y facilitar la conciliación de responsabilidades laborales y familiares”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°35, 2º Semestre, Valparaíso, 2010.

4.- ESCOBAR GALLARDO, Paulina; HERNÁNDEZ CÁDIZ, María Victoria, *Interés superior del niño. Principio general del derecho*, 1ª Ed., Santiago, Hammurabi, 2018.

5.- GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Derecho individual del trabajo. Doctrina, materiales y casos*, 1ª Ed., Santiago, DER Ediciones, 2021.

⁵¹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, op. cit. en nota 49, p. 103.

6.- GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El ABC del contrato de trabajo*, 1ª Ed., Santiago, LegalPublishing, 2013.

7.- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *El sistema filiativo chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

8.- GREEVEN BOBADILLA, Nel; CARRETTA MUÑOZ, Francesco, *Régimen de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular aplicado a la decisión judicial*, 1ª Reimp., Santiago, DER Ediciones, 2021.

9.- LATHROP GÓMEZ, Fabiola, “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°10, 2008.

10.- LIZAMA PORTAL, Luis; LIZAMA CASTRO, Diego, *El derecho del trabajo en las nuevas tecnologías*, 1ª Ed., Santiago, Der Ediciones, 2020.

11.- PÉREZ DEL RÍO, María Teresa, “La normativa interna sobre derechos de conciliación: La corresponsabilidad”, en *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos* (Directores: CABEZA PEREIRO, Jaime; FERNÁNDEZ DOCAMPO, Belén), 1ª Ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.

12.- PIERRY VARGAS, Lucía, *Derecho individual del trabajo*, 2ª Ed., Santiago, Der Ediciones, 2019.

13.- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Emma, “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: Un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 11, 1, 2021. Disponible en la página web https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5470

14.- VARAS MARCHANT, Karla, “La irrupción del teletrabajo: La promesa engañosa de conciliación y flexibilidad”, en *Estudios sobre el trabajo de la mujer*(Coordinadoras: Irene Rojas M. y Lucía Planet S.), 1ª Ed., Santiago, LegalPublishing – Thomson Reuters, 2011.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO:

ENCLA (Informe de Resultados Novena Encuesta Laboral) 2019, versión online. Disponible en https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-119454_recurso_1.pdf