Modifica el Código del Trabajo para extender el fuero maternal, en caso de cambio de empleador por término del contrato de trabajo anterior

Boletín N°11202-13

VISTOS:

De conformidad a lo dispuesto en los artículos 63 y 65 de la Constitución de la República , lo prevenido en la ley Nº 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, y lo establecido en el Reglamento de la H. Cámara de Diputados conforme los fundamentos que se exponen a continuación vengo en presentar la siguiente moción parlamentaria.

CONSIDERANDO:

La humanidad ha sido testigo de los innumerables cambios experimentados, ya sea en el plano cultural, político o bien económico. Consecuencia de ello, trajo aparejada nuevas formas de trabajo, de producción y de vida.

El incipiente proceso de industrialización ocurrido en Chile, trajo consigo el *despegue económico y el crecimiento de los centros urbanos*[1], instalándose en el país las primeras industrias orientadas al mercado interno. Junto con nuevas forma de producción , fueron surgiendo de forma paralela abusos de poder graficados en las paupérrimas condiciones laborales de la época, manifestado en el trabajo de menores de edad, mujeres embarazadas, o bien en el exceso de jornada de trabajo, trabajo no remunerado en dinero, sino a cambio de especies como la alimentación, o bien fichas asignadas con un valor en mercadería solo cobrables en lugares habilitados por las fabricas.

Como respuesta inmediata surge el *movimiento obrero* , con el claro objetivo de iniciar las primeras luchas sociales para combatir la precariedad en la cual estaban siendo sometidos. Será el propio Gobierno de la Época quien cede en menor medidas dictando leyes sociales para calmar a los obreros, pero con estrategia de incorporar conceptos determinante para la sociedad actual, propios de la figura conservadora.

[1] Información disponible en www.memoriachile.cl

Los roles de hombre y mujer asignados nacieron junto con el surgimiento de la normativa laboral, distribuyendo el rol de la mujer al "ámbito domestico" y por ende excluyéndola del ámbito laboral, toda vez que ese puesto era asignado al hombre, quien será el proveedor , en concepto de Familia y protección del hogar, proveniente desde la clase dominante y Elitista.

Así, el profesor Eduardo Caamaño[2] , ha señalo a su respecto que: "*Desde sus orígenes, la legislación laboral nacida al alero de la* ***cuestión social*** *de fines del siglo XIX y principios del siglo XX ha puesto especial atención en la protección de las mujeres trabajadoras, lo que se explica en gran medida por la clara y consensuada finalidad, reivindicativa desde aquel momento, de proteger la maternidad y, en último termino a la Familia*".

De ahí, que junto con el surgimiento de la legislación laboral como forma de proteger a la parte mas débil de la relación laboral, nace de forma inconsciente y sesgada la distribución de roles, así el Hombre quedará a cargo del rol productivo y por ende proveedor, relegando a la Mujer al rol reproductivo a cargo de la Familia.

La nueva estructura de roles de Género asignados en el ámbito del trabajo, como señala Alejandra Brito; "*basadas en la constitución de familias estables y con roles definidos por sexo, se entrego a los varones el control de las familias, pasando las mujeres a depender de ellos para su subsistencia, lo cual generó una mayor vulnerabilidad de éstas, particularmente, al aumentar los índices de violencia domestica a fin de hacer cumplir el mandato que por ley les asiste de ser quien detenta el poder y el control de todos los miembros de la familia".*

La transformación de la realidad social del ámbito laboral, fue incorporando paulatinamente la Mujer al mundo del trabajo. Comenzó a rechazar la visión de distribución de roles, y consecuentemente todas aquellas normativas que atentaran con ello, incluso a nivel internacional.

Tras la ratificación por parte del Estado de Chile, de la *convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* el año 1989, promovió a su vez la ratificación por su parte del Convenio Nº 103 DE 1994 de la OIT la cual regula nuevas normas sobre Protección a la Maternidad, fue reflejo del cambio de visión respecto del rol asignado a la Mujer.

---

[2] Caamaño Eduardo, " Los efectos de la Protección a la Maternidad para la concreción de Igualdad de Trato entre Hombres y Mujeres en el Trabajo", Revista De Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XXXIII, Semestre II, 2009, Pg. 175-214.

Sin embargo, existe una brecha existente de desigualdad salarial, cultural y social lo cual impide claramente establecer una verdadera paridad en todo orden de cosas.

Según antecedentes de la Dirección del Trabajo, en Chile la inserción de las mujeres al mercado del trabajo es relativamente tardía y una de las más bajas de América Latina. Las mujeres representan un tercio de la masa laboral (36,2%) y se concentran en empleos de menor calificación y remuneración.

Desde 1990, se aprecia un aumento sostenido en la inserción de la mujer al mundo laboral. Según datos de la Fundación Sol, actualmente las mujeres tienen una tasa de participación de un 48,18 por ciento en el mercado laboral del país, 18 por ciento más que en 1990[3].

Chile tiene una de las tasas de participación laboral femenina más bajas del mundo, para impulsar el crecimiento y reducir las desigualdades es necesario incorporar mas mujeres al mercado del trabajo. De esta forma, **comunidadMujer** señala que: "*Ello requiere aumentar la disponibilidad del cuidado institucionalizado de la primera infancia, y que este sea un derecho tanto para madres como padres trabajadores".*

Sin embargo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha razonado de indicar a proposito de la Protección a la Maternidad que: "*Muchos trabajadores anhelan formar una familia. Sin embargo, las mujeres trabajadoras y sus familias enfrentan un período especialmente vulnerable durante el embarazo y la lactancia. Las mujeres embarazadas y las que cuidan de sus niños pequeños necesitan una protección especial para prevenir que la maternidad perjudique su salud y la de sus otros hijos. Necesitan del tiempo adecuado para dar a luz a sus niños, para restablecerse y para cuidar a sus bebes. Al mismo tiempo necesitan de medidas de protección que les garanticen que no perderán su puesto de trabajo a causa de la ausencia durante el embarazo y la maternidad. Este tipo de protección garantiza no sólo igualdad de oportunidades de acceso al trabajo, asegura además una continuidad de un ingreso que con frecuencia es vital para el bienestar de toda la familia. Defender la salud de las mujeres durante el embarazo y la maternidad y protegerlas de la discriminación laboral es una condición indispensable para alcanzar una verdadera igualdad de oportunidades y trato para mujeres y hombres en el trabajo y permitir a los trabajadores de formar una familia en condiciones de seguridad*."

[3] Información disponible en www.fundacionsol.cl

En el mismos sentido, la **Dirección del Trabajo**[4] elaboró una Encuesta sobre la Calidad del Empleo (ENCLA 2014), y respecto Las normas de protección a la maternidad contenidas en el Código del Trabajo , si bien buscan cautelar la estabilidad laboral de las trabajadoras embarazadas y madres, mediante su derecho a fuero, resguardando que las condiciones de trabajo no afecten su estado de gravidez, garantizando el descanso pre y postnatal, el derecho de alimentación y sala cuna y también la licencia para atender la salud de un hijo o hija menor de un año que padezca una enfermedad grave. Los derechos a permisos y subsidios también se aplican en los casos de adopción o tuición de menores respaldados por una resolución judicial, pudiendo otorgarse a los padres, cuando corresponda.

Todos los derechos respecto de esta materia son irrenunciables y no compensables en dinero, en el caso específico de sala cuna y bajo muy limitadas circunstancias se puede utilizar un bono compensatorio, esto no extingue la posibilidad de exigir su cumplimiento conforme a la ley.

No obstante existir avances, la dificultad mayor que expertos y estudiosos del tema señalan es que la normativa todavía no incorpora la plena corresponsabilidad de trabajadores y trabajadoras en el empleo y en la familia, manteniéndose la desigualdad de trato, en tanto se le atribuye a las mujeres la obligación prácticamente exclusiva de ser cuidadoras, debiendo por ello enfrentar cotidianamente una historia de tensiones entre ambos mundos, lo que definitivamente limita sus posibilidades de desarrollo laboral.

CUADRO 55

Cantidad y porcentaje[1] de trabajadoras que en el último mes[2] hicieron uso del fuero maternal, por tamaño de empresa

Tamaño	Cantidad	Porcentaje
Microempresa	5.563	6,4%
Pequeña empresa	14.789	5,6%
Mediana empresa	16.806	5,6%
Gran empresa	43.501	4,7%
Total	**80.659**	**5,1%**

Notas:
(1) Porcentajes calculados en relación con el total de mujeres contratadas directamente en la empresa, en cada categoría de tamaño de empresa.
(2) Anterior a la aplicación de la encuesta.
Fuente: Encla 2014, Empleadores (cuestionario autoaplicado).

[4] Documento disponible en www. http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-108317_recurso_3.pdf

Según los resultados de Encla 2014, el porcentaje de mujeres que hicieron uso del fuero maternal es considerablemente menor, tomando en cuenta factores tales como nivel de ocupación de la mujer en el mercado laboral, lo que claramente demuestra un evidente problema, esto es el **FUERO MATERNAL**.

Conforme lo dispone el articulo 201 del Código del Trabajo, la trabajadora goza de fuero maternal desde el inicio de su embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de postnatal, excluido el permiso posnatal establecido en el articulo 197 bis.
Durante dicho periodo de embarazo y descanso (Pre o post natal), la trabajadora se encuentra sujeta a lo dispuesto en el articulo 174 del referido Código, regulación que trata sobre el procedimiento laboral del cual es titular el empleador para accionar , toda vez que no puede poner termino al contrato de trabajo sino con la autorización previa del juez competente, quien ha de ponderar los supuestos si se configuran las causales señaladas en los números 4 (vencimiento del plazo convenido) y 5 (conclusión de los trabajos que dieron origen al contrato) del artículo 159 y en las causales del artículo 160 del señalado Código, esto es, por las causales disciplinarias ante hechos cometidos por el trabajador.

A proposito del fuero maternal el bien juridico protegido es la “maternidad”, que se traduce en la imposibilidad de poner término al contrato de trabajo de la mujer trabajadora que tiene derecho a esta prerrogativa, asegurando, de esta forma, su fuente de ingresos que le permiten resguardar el normal desarrollo de su estado de embarazo y posteriormente, solventar los gastos de alimentación y crianza de su hijo durante el lapso que comprende el referido fuero.

Sin embargo, la protección del fuero maternal resguarda a la trabajadora de un despido por parte de su empleador no impidiendo que sea la propia trabajadora quien ponga fin a su contrato, de manera que no existe impedimento para que la trabajadora pueda materializar una renuncia a su trabajo.

En este sentido cabe señalar que la Dirección del Trabajo ha señalado en su jurisprudencia administrativa, entre otros en dictamen 4535/209 de 05.08.94, que a la trabajadora, que gozando de fuero maternal, se retira voluntariamente de una empresa y celebra un contrato de trabajo con otro empleador, le asiste el derecho a invocar ante su nuevo empleador la prerrogativa del fuero que la ampara, sea que a la fecha de celebración del referido contrato esté en estado de embarazo o tenga un hijo recién nacido o se encuentre en el período puerperal o dentro del año siguiente a la expiración de dicho período, debiendo, en consecuencia, para los efectos de poner término a la respectiva relación, solicitarse la correspondiente autorización judicial en conformidad al citado artículo 174.

De esta forma, otorgando solo la posibilidad el Código del Trabajo en cuanto al otorgamiento de la prerrogativa del Fuero Maternal aquella trabajadora durante la relación laboral vigente, no contempla la alternativa de cambio de trabajo por renuncia de la parte de la mujer, considerando las multiples dificultades que demuestran las trabajadoras una vez que comunican el estado de gravitez. Frente a ello, dable es complementar la Jursiprudencia Administrativa de la Dirección del Trabajo consagrando dicha alternativa de forma expresa, clara y precisa en la Normativa laboral en el sentido de continuar titular de dicha prerrogativa, aún frente al cambio de empleo.

Claro es el tenor del Convenio Nº 103 de la OIT sobre Protección a la Maternidad, al señalar: " **PROTECCIÓN DEL EMPLEO Y NO DISCRIMINACIÓN** : ***Artículo 8*** 1. Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.- 2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

Artículo 9.- 1. Todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo, y ello no obstante el párrafo 1 del artículo 2.- 2. Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior incluyen la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que: (a) estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o (b) puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

El sentido de la norma es claro, Chile como estado miembro debe adecuar su legislación a fin de prevenir toda forma o indicio de discriminación que pueda suscitarse durante la relación laboral protegiendo el bien jurídico "Maternidad".

OBJETIVO PROYECTO DE LEY:

Complementar la Normativa laboral en el sentido de aquellala trabajadora, que gozando de fuero maternal, se retira voluntariamente de una empresa y celebra un contrato de trabajo con otro empleador, le asiste el derecho a invocar ante su nuevo empleador la prerrogativa del fuero que la ampara, sea que a la fecha de celebración del referido contrato esté en estado de embarazo o tenga un hijo recién nacido o se encuentre en el período puerperal o dentro del año siguiente a la expiración de dicho período, debiendo, en consecuencia, para los efectos de poner término a la respectiva relación, solicitarse la correspondiente autorización judicial en conformidad al citado artículo 174.

PROYECTO DE LEY:

ARTÍCULO ÚNICO: Modifíquese el Título II del Libro I del Código del Trabajo, de la siguiente manera:

Agréguese al artículo 201, a continuación del primer punto seguido (.) un texto del siguiente tenor; “La trabajadora, que gozando de fuero maternal, cambie de empleador por termino de contrato de trabajo conforme las causales del artículo 159, 160 o 161, y celebra un nuevo contrato de trabajo con otro empleador, mantendrá la prerrogativa del fuero maternal que la ampara, sea que a la fecha de celebración del referido contrato esté en estado de embarazo o tenga un hijo recién nacido o se encuentre en el período puerperal o dentro del año siguiente a la expiración de dicho período.”

H.D CLEMIRA PACHECO RIVAS