



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

Apuntes Legislativos

Observatorio de Iniciativas Legislativas



CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC

➤ Extensión del postnatal: algunos puntos críticos

Paula Bedregal* Facultad de Medicina

Análisis del proyecto de ley que crea el permiso postnatal parental y modifica el código del trabajo en materias que indica (Boletín 7526-13)

abril 2011 > nº 9

* La Dra. Paula Bedregal fue miembro de la Comisión Presidencial Mujer, Trabajo y Maternidad en el 2010, y de la Comisión Presidencial Para las Políticas de Infancia en el 2006.

Apuntes Legislativos es editado por el Centro de Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica. La opinión de los autores es responsabilidad de los mismos y no representa necesariamente a la Universidad Católica. Disponible en www.politicaspublicas.uc.cl Edición General: M. Ángeles Morandé

Antecedentes

El gobierno ha enviado recientemente al Congreso un proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo, creando un permiso parental que permite extender el actual postnatal a 6 meses de duración. La idea de modificar la legislación laboral actual en el ámbito de la maternidad, y en particular, con relación al postnatal es un tema relevante y debe ser sujeto de cambios siempre y cuando se considere un contexto mayor para su discusión, esto es, la incorporación de la mujer al mercado laboral, el resguardo de la maternidad (y por tanto del bienestar del niño/a, madre y familia) y la conciliación entre trabajo y familia para todos los agentes involucrados.

El diagnóstico al respecto ha sido estudiado y analizado por la Comisión Presidencial “Mujer, Trabajo y Maternidad” convocada el año 2010. De acuerdo a los resultados de dicha comisión, el primer aspecto claro del diagnóstico es que la tasa de participación laboral femenina, pese a su incremento sigue siendo baja (45,2% a junio 2010) al compararla con el promedio mundial (52,8% a diciembre de 2009) y más aún con el promedio de la OECD (62,8%). Favorecer la empleabilidad de la mujer, según la comisión y los antecedentes empíricos disponibles, podría ser uno de los cambios estructurales importantes que permitan incrementar el crecimiento económico del país. Por lo tanto, cualquier legislación al respecto debe considerar no afectar, sino que favorecer la incorporación de las mujeres al trabajo.

Por otra parte, de acuerdo a la Encuesta CASEN 2009, siete de cada diez mujeres pertenecientes a los quintiles más pobres, no perciben ningún tipo de ingreso, lo que las sitúa en condiciones de vulnerabilidad a ellas y a sus familias. Esto se asocia a un incremento del número de hogares monoparentales (de 15% en 1990 a 22% en 2009), además de un aumento de hogares con jefatura femenina (de 13% en 1990 a 28% en 2009). Lo anterior implica, que la ley debe cuidar y favorecer especialmente el acceso al mundo del trabajo, así como proteger la maternidad, de aquellas mujeres más pobres o con alta vulnerabilidad.

Otro aspecto resaltado por la Comisión Presidencial, es que el subsidio maternal pre y post natal en la actualidad es regresivo. Datos de la Encuesta CASEN 2009 así lo confirman, revelando que el 52% del total de recursos gastado en el subsidio maternal se destina a mujeres del quintil de mayores ingresos; distribuyéndose el resto en un 19% en el cuarto quintil; un 15% en el tercer quintil; un 9% en el segundo quintil y sólo un 5% al quintil más pobre.

Por otra parte, de acuerdo a cifras del Ministerio del Trabajo la cobertura de la licencia maternal de pre y postnatal alcanza a un 55% del total de madres que tienen vinculación con el mercado laboral formal; cobertura que se vuelve decreciente según el quintil de salario, siendo sólo de un 33% para aquellas mujeres que tienen vinculación con el mercado laboral formal y pertenecen al quintil más pobre. Desde la política pública, esta situación nuevamente muestra regresividad en términos del subsidio y discriminación respecto de la condición laboral, aspectos que debieran ser considerados en la propuesta de política.

Paralelamente el diagnóstico muestra la preocupante reducción de las tasas de fecundidad en Chile. Este aspecto se vincula, aunque no exclusivamente, con el ingreso de la mujer al mercado laboral. Estudios con base a información del Ministerio de Hacienda, revelan que la trayectoria laboral de la mujer se ve modificada por el nacimiento de los hijos/as. Este efecto es mayor en los quintiles más pobres, en los cuales las mujeres salen del mundo laboral con el nacimiento de los hijos, y se reinsertan tardíamente o definitivamente no regresan. Distinta es la situación de las mujeres en el quintil superior de ingresos. Este es otro aspecto clave a considerar en la legislación, es decir, la necesidad de apoyar la maternidad y conciliarla con el trabajo femenino.

En relación a lo anterior, la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos parece evidente. Teniendo claro que se requieren cambios culturales importantes y que no son inmediatos, la legislación puede dar señales

positivas para que estas transformaciones sucedan. De acuerdo a la encuesta Voz de Mujer (2005), el 60% de las mujeres trabajadoras asumen por completo las responsabilidades de la crianza de los hijos; y un 42% de los hombres que relatan cooperar, lo hacen en un rol secundario y fundamentalmente en actividades de juego y/o en el ejercicio de su autoridad.

Comentarios al proyecto de ley

1. Fundamentos del proyecto

En primer lugar, en los antecedentes planteados en el proyecto de ley, se vislumbra un problema conceptual, que a mi juicio, se refleja también en el articulado del proyecto. El relato está referido a la situación de la maternidad, la familia y la infancia, sin enfatizar en primer lugar en el tema laboral, que es lo que le compete a la Ley que se plantea modificar y uno de los principales aspectos que destacó la Comisión Presidencial. Esto se hace patente con posterioridad en el proyecto, en el cual se enfatiza en el postnatal más que en la situación actual de acceso al trabajo por parte de la mujer y el acceso a los beneficios de la seguridad social en materia laboral.

De este modo, se pierde aquello que enfatizara la Comisión Presidencial, y que era objeto de su trabajo: (i) Desligar el costo de la maternidad de la contratación de mujeres, para permitir su integración al trabajo remunerado formal; (ii) Garantizar el mejor cuidado de los hijos; (iii) Incentivar una mayor corresponsabilidad. Obviamente una ley no puede dar cuenta de todos los aspectos abordados por una comisión de esta naturaleza, sin embargo, el aspecto fundamental y de alto acuerdo de allí resultante, no es lo que releva este proyecto de ley.

Otro punto poco enfatizado dentro de los fundamentos del proyecto de ley, es el carácter regresivo de la actual legislación, la que beneficia en la práctica a las mujeres con mejor situación socioeconómica. Lo anterior se vuelve a reflejar en los objetivos del proyecto, en que en primer lugar se centran en garantizar el mejor cuidado de nuestros hijos y sólo en segundo y tercer lugar, en permitir que más madres se beneficien con la protección a la maternidad, y en aumentar la corresponsabilidad de padre y madre en el cuidado de los hijos.

La Comisión Presidencial durante el análisis inicial, destacó que por razones históricas y culturales, la legislación laboral sobre la maternidad en Chile se ha centrado en la condicionante biológica de la mujer, orientando toda la regulación jurídica en torno a ello, y estableciendo normas bajo el supuesto que es a la madre a quien le corresponde el cuidado de los hijos. La ratificación de Chile de una serie de tratados y convenios internacionales permite avanzar hacia una nueva legislación en que las mujeres no pueden ser discriminadas por razones de sexo o embarazo, y que el cuidado de los hijos no sólo le corresponde a la madre. En este sentido, en la comisión se propuso que la legislación laboral nacional de protección a la maternidad, debe surgir desde un nuevo enfoque: la protección de las trabajadoras y trabajadores con responsabilidades familiares.

Dado que se trata de una legislación laboral, y que la situación chilena muestra un carácter regresivo, (hecho que fue refrendado por unanimidad por parte de la Comisión Presidencial), un primer objetivo de la ley debiera ser el incremento de la cobertura de la protección a la maternidad, favoreciendo con este beneficio a más mujeres con trabajos formales y a sus familias.

2. Sobre los contenidos del proyecto

- **El descanso de maternidad**

Es evidentemente razonable dejar sin modificación el actual régimen de pre y postnatal en las actuales condiciones de duración y subsidio, lo que garantiza un mínimo beneficioso para la madre y el hijo/a. Sin embargo, se plantean algunas modificaciones que es necesario analizar con detención.

En primer lugar, las modificaciones realizadas al artículo 195, dando la opción de traspasar hasta dos semanas de reposo prenatal al postnatal bajo aprobación médica, requerirá de un reglamento muy preciso, de manera de hacer efectivo su uso. Es posible que en la práctica no se utilice esta modificación por parte de los médicos. Una de las razones de no uso tiene que ver con la creciente judicialización de la medicina, ante lo cual la acción médica se ha tornado defensiva, por lo que cualquier toma de decisión que introduzca incertidumbre respecto de su resultado en salud no será bienvenida por los profesionales. Esto es así dado que para el caso individual, es difícil predecir con seguridad total el devenir de un embarazo, en particular en situaciones laborales. Un punto fundamental en esto, es el desconocimiento que tenemos en materia de salud sobre cuál es la situación del entorno laboral de las mujeres embarazadas y en particular a qué riesgos están expuestas. En ese sentido, es fundamental contar con información sistemática al respecto, para poder identificar labores de alto, bajo y mediano riesgo para la embarazada en nuestro contexto laboral. Este aspecto requiere de un trabajo por parte de las autoridades de Salud, en conjunto con las entidades gremiales (médicos y matronas) para establecer acuerdos para su uso efectivo.

Asimismo, el artículo 197 referente al uso del derecho a trasladar dos semanas del prenatal al postnatal establecido en el artículo 195, no es claro en relación el mecanismo propuesto para acreditar la modificación del prenatal (traspaso). Se señala que se deberá presentar al empleador un certificado médico o de matrona que acredite que el estado del embarazo ha llegado al período fijado para obtener el prenatal, acompañado de una autorización por escrito para el traspaso, diez días antes del inicio del prenatal. Sin embargo, no queda claro quién visará dicha autorización, ni cómo se dará seguimiento a este tipo de autorizaciones. Un mecanismo de este tipo requiere de un reglamento que especifique cómo utilizarlo, para evitar posibles abusos. Este diseño administrativo es clave para el cumplimiento de la Ley y para hacer efectivo este derecho en términos de subsidio y reposo.

Un segundo aspecto a revisar tiene que ver con el concepto de “alumbramiento” utilizado en el artículo 196, el cual parece inapropiado, pues se refiere específicamente a la expulsión de la placenta y más precisamente al período del parto que ocupa la salida de los anexos ovulares. El parto involucra varias fases, y sólo una de ellas es el alumbramiento. En el proyecto de ley, el inciso tercero dice “Si como consecuencia del alumbramiento se produjere enfermedad comprobada por una licencia médica....” debería decir entonces “si como consecuencia del parto se produjere enfermedad comprobada por una licencia médica...”

- **Adopciones**

El proyecto de ley establece que los padres de hijos adoptados también podrán gozar del permiso parental postnatal, así como en el caso de muerte de la madre en el parto o durante el período de pre o postnatal, el permiso corresponderá al padre o a quien sea destinado el cuidado del hijo. Esta modificación a la ley es positiva y fácil de implementar, siendo además materia de propuestas anteriores.

- **Nuevo permiso postnatal parental**

El proyecto de ley establece un permiso postnatal parental que permite alargar el descanso hasta las 24 semanas, período en el cual, hasta seis semanas pueden ser traspasadas al padre. Sin duda, este beneficio es un elemento sobresaliente de la propuesta al dejar planteado el debate y la necesidad de incorporar aspectos de corresponsabilidad en toda la legislación vinculada al cuidado de niños y niñas (no sólo en ésta).

En este caso se habla de un permiso parental a favor de la madre, lo que contradice de alguna manera, el concepto de parental, pero se entiende en el contexto de ir introduciendo cambios culturales a favor de la corresponsabilidad. En términos del permiso, el proyecto parece apropiado y razonable en nuestro contexto cultural en que predomina el cuidado por parte de la madre y en que la madre suele ser la cuidadora principal de los niños y niñas.

El problema del proyecto de ley en este punto, radica más bien en el subsidio. Se propone un subsidio con tope de 30 UF brutos, lo que es equivalente a \$647.000 (UF de 26 marzo aproximadamente). Esto es un desincentivo para aquellas madres de mayores ingresos, lo que va en la línea correcta de focalizar el subsidio en quienes tienen menos, sin embargo, lo discutible es el punto de corte, ya que afecta directamente a un conjunto de mujeres jefas de hogar de clase media. En este sentido, será importante revisar en mayor profundidad este tema y eventualmente, pensar en hacer el subsidio decreciente de acuerdo al nivel de ingresos.

Otro problema adicional es asignar para la base de cálculo del subsidio para el permiso de los padres, el sueldo materno. Dado que sabemos que existe desigualdad en las remuneraciones entre mujeres y hombres a igual tipo de trabajo, es poco probable que padres con ingresos mayores que sus mujeres se tomen este permiso, ya que verían deteriorada su renta familiar. Por lo tanto, el uso de este permiso y subsidio parental no cuenta con los incentivos apropiados para que lo tome el padre para todos los niveles socioeconómicos.

Finalmente, cabe mencionar que lo propuesto en el artículo 197 bis respecto a que aquellas mujeres cuyas remuneraciones sean mayores al tope de 30 UF podrán trabajar en jornada reducida durante el período correspondiente al permiso postnatal parental, se ve complejo en tanto es difícil de fiscalizar, por tanto al menos requeriría de un reglamento adicional para que se haga efectivo este derecho.

- **Licencia por enfermedad grave o gravísima del hijo menor de un año**

El proyecto de ley establece un permiso por enfermedad del hijo menor del año, similar al contenido en la ley ahora vigente, con la salvedad de que si ambos padres trabajan, puede hacer uso de este beneficio el padre. Esto puede considerarse también como un avance en términos de corresponsabilidad.

Sin embargo, en el proyecto de ley, el subsidio se modifica desde la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que percibe la madre, a un tope por 30 UF. Este tope, es equivalente al asociado al permiso postnatal parental y constituye un desincentivo al uso de la licencia, abarcando situaciones que, de acuerdo a lo que plantea el proyecto, deberán ser acreditadas como graves o gravísimas. Estas condiciones suelen ser las que demandan más gastos a los padres, y en particular afectan a la clase media, estableciéndose de este modo, una suerte de “castigo” a la enfermedad. Dada esta situación parece necesario analizar en profundidad el impacto en el gasto que traen para las familias estas enfermedades, de manera de establecer un punto de corte para el subsidio con base a la remuneración.

Por otra parte, el tope del subsidio no debería ser la forma de desincentivar al uso de la licencia. El mecanismo para la regulación del uso fraudulento de las licencias debe estar asociado a la fiscalización, a

establecer sanciones por su uso inapropiado, tanto penales como de carácter ético, y que tengan una repercusión en el ejercicio profesional de quien la otorga. Para esto se requiere un rediseño del sistema, lo que escapa a esta legislación, y no ha sido completamente abordado en la Comisión de Reforma de Salud, del Ministerio de Salud.

▪ **Respecto al fuero**

El concepto de fuero propuesto por el proyecto de ley va en la dirección apropiada al mantener el fuero desde el inicio del embarazo hasta un año después del nacimiento del hijo, como un beneficio adicional no asociado al postnatal. En la actualidad se considera el fuero, como un período de un año desde el término del postnatal, lo que es impracticable si se utilizara el mismo esquema con el nuevo permiso postnatal parental. Un año de fuero parece razonable para dar certidumbre a empleadores y favorecer la contratación femenina.

▪ **La cobertura**

En relación a la cobertura del beneficio de pre y postnatal, el proyecto de ley representa algún un paso adelante, aunque aún insuficiente. Por una parte, constituye un avance en el sentido de reconocer que existen trabajadoras formales en el país, que por su tipo de contratación no tienen acceso a este beneficio. Considerando que estas trabajadoras suelen estar en los quintiles de más bajos ingresos, su desprotección implica mayor inequidad tanto para la mujer como para sus hijos, quienes no gozan del beneficio de contar con sus madres durante el período pre y postnatal, ni con el subsidio correspondiente. En estos casos, la madre sale del mercado laboral, quedando en una situación de mayor empobrecimiento, lo que genera un impacto a la salud y el desarrollo del hijo, y de todo el núcleo familiar.

Sin embargo, el proyecto de ley acota este grupo de mujeres a aquellas pertenecientes al 20% más pobre, extendiendo la aplicación del permiso pre y post natal para aquellas de acuerdo a determinados requisitos¹. Este punto de corte parece arbitrario y no se equipara con los puntos de corte del que hace uso, por ejemplo, el Subsistema de Protección a la Infancia Chile Crece Contigo para la entrega de beneficios. Si bien, puede haber razones fiscales, sería deseable que se planteara la posibilidad de ir incrementando la cobertura a través del tiempo.

Con todo, ya se ha mencionado que la ley debe favorecer la incorporación y permanencia de las mujeres al trabajo, así como proteger la maternidad, en especial de aquellas mujeres más pobres. Teniendo en cuenta que el acceso al beneficio de descanso maternal se concentra especialmente en aquellas mujeres de los quintiles de más altos ingresos, es que la cobertura debiera ser el acento principal de la nueva ley en discusión.

▪ **Artículo 203 sobre acceso a salas cunas**

A pesar de las recomendaciones de la Comisión Presidencial y de la literatura al respecto, el proyecto de ley no hace mención al artículo 203 del Código del Trabajo sobre el acceso a salas cunas para las mujeres trabajadoras. Este punto es crítico en términos de la empleabilidad de la mujer, dados los mayores costos que se le imponen a los empleadores asociados a la contratación femenina, afectando especialmente a la pequeña y mediana empresa, quienes refieren contar con dificultades para dar cuenta de las exigencias de la

¹ Integrar un hogar perteneciente al 20% más pobre de la población; tener doce meses de afiliación previsual antes del embarazo; tener 8 ó más cotizaciones continuas o discontinuas, en los 24 meses anteriores al embarazo; que su última cotización haya sido en virtud de un contrato a plazo fijo, o por obra o faena.

ley. En este sentido, dejar este aspecto fuera de la discusión, es insuficiente, pues debiera haber una mirada global de la política pública relativa a la protección de la maternidad, la conciliación entre trabajo y familia, y el fomento y protección de la empleabilidad femenina.

Conclusiones

1. El proyecto de ley analizado puede considerarse un avance en tanto permite generar discusión social y abrir el debate sobre el tema de la maternidad, el trabajo y la familia. En estos ámbitos, se introducen conceptos importantes para la realidad nacional como son el incremento de la cobertura para todas las trabajadoras formales y la corresponsabilidad de padres y madres en el cuidado de los niños y niñas.
2. Así también, se trata de una buena iniciativa por cuanto propende al incremento en el tiempo del postnatal, lo que favorece en primer lugar al niño/a y secundariamente a la madre y la familia en su conjunto. Toda mejora en este sentido es un aporte, siempre que el incremento no reduzca las opciones laborales de las mujeres, en particular de las más pobres, lo que redundaría en perpetuar la pobreza y por lo tanto en generar mayor inequidad en salud para todo el grupo familiar, incluido el hijo/a.
3. Sin embargo, como ya se ha mencionado, el proyecto de ley permite visibilizar ciertos puntos que requieren de un análisis más sistemático y de mayor discusión, entre los cuales destacan aspectos como:
 - La situación de salud laboral de las mujeres embarazadas y flexibilización del prenatal.
 - Los mecanismos de contención del gasto en licencias médicas en general.
 - La universalización de los derechos laborales versus su focalización.
4. En otros ámbitos, el proyecto de ley es limitado, pues no enfatiza primariamente el incremento de la cobertura del beneficio de descanso maternal, y lo acota innecesariamente al 20% más pobre de la población, pudiendo establecer gradualidad en el incremento del beneficio, de acuerdo a la evaluación del efecto que éste tenga en la conducta laboral y en el ámbito fiscal. Idealmente debería ser un beneficio que vaya en consonancia con la cobertura de otros beneficios del Sistema de Protección Social en las regiones y de los servicios relacionados a nivel local.
5. Por último, la propuesta legislativa es insuficiente al dejar fuera un aspecto muy discutible de la actual legislación: el artículo 203 del Código del Trabajo que discrimina respecto del número de mujeres en una empresa respecto del beneficio de sala cuna. En este ámbito, se requiere urgente un avance en esta línea, aspecto que fue enfatizado por la Comisión Presidencial Mujer, Trabajo y Maternidad el 2010, y también por la Comisión Presidencial Para las Políticas de Infancia de 2006.

Principales contenidos del proyecto de Ley

- El proyecto de ley amplía el postnatal actual por medio de la creación de un permiso postnatal parental de doce semanas, dejando sin modificaciones el actual régimen de pre y post natal en cuanto a duración y subsidio.
- Hasta dos semanas del reposo prenatal podrán ser traspasadas al período postnatal siempre que se cuente con autorización médica.
- Durante el permiso postnatal parental la madre recibirá un subsidio equivalente a la remuneración con un tope de 30 UF, pudiendo en este período trabajar parcialmente para completar la remuneración no cubierta por el subsidio si es el caso.
- Las 6 últimas semanas del permiso, a voluntad de la madre, podrán ser traspasadas al padre, con goce del subsidio que le corresponde a la madre y con un tope de 30 UF.
- Los padres de hijos adoptados menores de 6 meses gozarán del período postnatal y del nuevo permiso postnatal parental. Los adoptantes de hijos mayores de 6 meses podrán gozar del nuevo permiso parental con el correspondiente subsidio como tiempo de adaptación.
- En relación a las enfermedades del hijo menor de un año, se mantiene el permiso existente en la actualidad para enfermedades consideradas gravísimas y para enfermedades graves se establece un permiso y subsidio equivalente a la remuneración de la madre con un tope de 30 UF.
- Se mantiene el fuero maternal desde el inicio del embarazo y hasta un año después del nacimiento del hijo.
- Se extiende la aplicación del permiso y subsidio pre y postnatal a aquellas mujeres que pertenecen a hogares del 20% más pobre de la población que tengan alguna vinculación formal con el mercado laboral.