

# LA DISCRIMINACIÓN LABORAL Y EL “PECADO ORIGINAL” DEL DERECHO DEL TRABAJO

Eduardo Caamaño Rojo\*

## 1. INTRODUCCIÓN

La discriminación laboral es un problema serio que repercute en las posibilidades de desarrollo equitativo de una gran cantidad de hombres y mujeres en América Latina. Si bien en los distintos ordenamientos jurídicos de nuestro continente se han realizado esfuerzos importantes para fortalecer el reconocimiento del derecho fundamental a la igualdad de trato de hombres y mujeres y el derecho a la no discriminación, tanto a nivel constitucional como legal, de acuerdo con los principales tratados de derechos humanos y con los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), es evidente que el problema persiste.

Lo anterior no es indiferente, pues muestra que los cambios normativos orientados al mero reconocimiento formal de la igualdad no inciden en los cambios sociales, si no van unidos de acciones que permitan remecer los sustratos culturales que impregnan hoy en día la noción de género, proyectada en el ámbito laboral. Las nuevas generaciones de trabajadores y trabajadoras resienten estas tensiones y las consecuencias nocivas para sus oportunidades laborales, lo que debe entenderse no como un problema de mujeres, sino que también de hombres, puesto que la discriminación se proyecta también para el ejercicio de sus derechos como padres en armonía con el ejercicio de sus derechos como trabajadores.

Por cierto, en la actualidad, las transformaciones económicas y sociales del trabajo han puesto en evidencia que los sistemas jurídicos clásicos inspirados en el paradigma “del hombre proveedor y la mujer cuidadora” no han estado preparados para responder a las interrogantes que hoy representan los problemas derivados de la incidencia de la discriminación por causa de sexo y la demanda por conciliar responsabilidades laborales y familiares, todo lo cual ha llevado inexorablemente a tener que comenzar a rediseñar la legislación laboral. Así, entonces, ocurre que el cuestionamiento de los roles de género tradicionales y la imperiosa necesidad de un número creciente de personas por armonizar su vida personal y familiar con el trabajo, en especial en los casos de familias monoparentales, ha significado que esta problemática haya salido de la esfera estrictamente privada para convertirse en un problema público relacionado con el bienestar de la familia.

Por tanto, desde el punto de vista del Derecho, la reformulación de los roles de género frente al trabajo y la familia adquiere aristas de enorme relevancia social, ya que por una parte, dicen relación con el reconocimiento efectivo del derecho de las mujeres a poder desarrollarse en su dimensión laboral (y no sólo familiar o de cuidado) con igualdad de oportunidades que los hombres. Por otra parte, se debe considerar el interés cada vez más significativo de los padres trabajadores de poder asumir de modo más directo e intenso sus responsabilidades familiares,

---

\* Eduardo Caamaño Rojo, abogado, Doctor en Derecho (Universidad de Colonia, Alemania), profesor de Derecho del Trabajo, Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, eduardo.caamano@ucv.cl.

lo que hoy resulta muy difícil al negarles el ordenamiento jurídico laboral prácticamente todo derecho en este sentido, a pesar de que la legislación civil los reconoce como co-responsables frente a sus hijos. Sin perjuicio de lo anterior, el tema en análisis cobra vigencia, puesto que involucra también los intereses superiores de los niños y niñas, quienes tienen el derecho de recibir el cuidado, atención y cariño de su padre y de su madre, lo que es dificultoso de materializar, si sus progenitores no tienen posibilidades concretas de conciliar trabajo y vida familiar.

Por lo expuesto, es dable sostener que nos encontramos ante una oportunidad histórica para contribuir a sentar las bases de un sistema jurídico de relaciones laborales equitativo desde el punto de vista del género, acorde con el sentir y con las necesidades de las nuevas generaciones de trabajadoras y trabajadores, para lo cual es preciso, en un comienzo, ser consciente de la incidencia de la propia normativa laboral en el actual orden económico que provoca situaciones de discriminación. Desde esta perspectiva, no se puede desconocer que el progresivo perfilamiento del Derecho del Trabajo, en su afán de consolidar y extender la protección del trabajo subordinado, fue asumiendo patrones de género y concepciones de familia que hoy pueden ser cuestionadas a la luz del principio de igualdad de trato. Por ello, un avance sustantivo en la materialización de la anhelada igualdad de oportunidades y de trato, tanto de trabajadoras como de trabajadores exige una revisión de los modelos de tutela tradicionales hacia la mujer y redefinirlos a partir de una premisa que recoja también las aspiraciones y derechos de los hombres y, a su vez, el interés superior de niñas y niños.

El presente ensayo tiene por finalidad mostrar y explicar lo que a juicio del autor constituye la causa última que explica la persistencia del problema de la discriminación laboral de la mujer, “el pecado original” del Derecho del Trabajo vigente aún en las legislaciones de muchos países y cuyas repercusiones son cada día más visibles y sensibles también para los hombres que trabajan. A partir de este enfoque y, en concordancia con el valor que han adquirido los derechos fundamentales de contenido no laboral en el ámbito de la empresa, se propone un rediseño de los sistemas jurídicos laborales de protección a la maternidad, en aras de la concreción efectiva, real y material, del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

## 2. EL “PECADO ORIGINAL” DEL DERECHO DEL TRABAJO

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, reivindicada desde aquel momento, de proteger la maternidad y, en último término a la familia.<sup>1</sup> De esa manera, ya en los inicios del desarrollo de la legislación laboral comienza a perfilarse una nueva

---

<sup>1</sup> Sobre el particular, uno de los precursores de la doctrina laboral chilena expresaba que: “Uno de los principales deberes de la colectividad al intervenir el trabajo es el de proteger a los niños y a las mujeres; ello no sólo constituye una obra moral de justicia y de tutelaje para los seres débiles, sino que es además una obra de autoconservación de la sociedad: los niños serán los hombres del mañana, y las mujeres las madres de las futuras generaciones, y protegiéndolos, se ampara al hogar y a la familia, fundamentos de la sociedad.” En este sentido: Walker Linares, Francisco, Lecciones elementales de economía social y legislación del trabajo, editor Flavio Valencia Guevara, Santiago, Chile, 1933, p. 135. Véase también: Henríquez, Helia; Riquelme, Verónica, Trabajo y maternidad: los pasos pendientes, Temas Laborales N° 3, documento elaborado por la Dirección del Trabajo, disponible en [www.dt.gob.cl](http://www.dt.gob.cl).

distribución de roles de género,<sup>2</sup> toda vez que las leyes dictadas como respuesta a las deplorables y abusivas condiciones de empleo que originaron la cuestión social asumieron como una de sus prioridades la creación de mecanismos especiales de tutela para las mujeres trabajadoras, tanto en lo que respecta a la protección de la maternidad, como a la protección de la mujer por el sólo hecho de ser tal.

Sobre el particular se sostiene que a través de la protección de la familia se intentó una labor de moralización de las clases trabajadoras, sobre todo, mediante la reclusión de las mujeres en el espacio doméstico y su exclusión del ámbito laboral. Se desarrolla así un modelo doméstico y familiar en el que se sobrevalora el papel de la mujer como esposa y madre, cuya competencia son las actividades domésticas, los cuidados y la educación de los hijos al interior del hogar, mientras que la responsabilidad de proveer los medios de subsistencia y representar a la familia en el espacio público se atribuye a los varones.<sup>3</sup>

Por consiguiente, es posible sostener que el desarrollo paulatino de la legislación laboral a comienzos del siglo XX va asociado a lo que podemos llamar un “pecado original”, dado que fue desincentivando la contratación de mujeres y acentuando su rol en el cuidado de la familia y del hogar, con el fin de que ellas pudieran concentrarse en la crianza de las nuevas generaciones de trabajadores que deberían asumir los retos del futuro mundo industrializado. Por tal razón, el trabajo de las mujeres fuera del hogar debía ser evitado,<sup>4</sup> ya que las obligaba a alejarse del cuidado de sus hijos, siendo ello parte de las causas que explicaban en aquella época las altas tasas de mortalidad infantil, la degeneración de la vida familiar o el alcoholismo.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> La noción de “género”, más allá de su sentido natural que alude a la pertenencia de una persona a un sexo determinado, ha sido utilizada por la sociología para aludir el carácter histórico y cultural que tienen las diferencias no biológicas (a tales diferencia hace referencia la palabra “sexo”) que se predicen de hombres y mujeres. El género funciona por tanto como un principio que organiza la sociedad, en tanto le da un valor cultural al hecho de ser hombre o ser mujer. En este sentido: Conde-Pumpido, María Teresa, *La maternidad y la conciliación familiar dentro de la tutela de la igualdad*, en Cuadernos de Derecho Judicial, volumen XVII, 2006, Consejo General del Poder Judicial, España, p. 18-19.

<sup>3</sup> Rivas, Ana María; Rodríguez, María José, *Mujeres y hombres en conflicto. Trabajo, familia y desigualdades de género*, Ediciones HOAC, Madrid, España, 2008, p. 53-54.

<sup>4</sup> Desde esta perspectiva, resulta decidora la visión sobre el trabajo femenino de aquella época, según las palabras de don Francisco Walker Linares: “En cuanto a las mujeres, debe prohibirse que trabajen en faenas desproporcionadas a sus fuerzas, o en industrias poco apropiadas a su sexo, y debe velarse por su moralidad, ya que tantas veces el taller es el primer paso para la prostitución; no hay que colocarlas en situación de inferioridad respecto del hombre en lo que se refiere a la remuneración de su trabajo; igualmente la ley debe velar por la madre obrera, asegurándole un descanso antes y después del alumbramiento, y no separándola de su hijo que tanto necesita de ella durante los primeros meses de vida. Estos principios fundados en los más elementales sentimientos de humanidad, se han impuesto desde la segunda mitad del siglo XIX, en vista de la horrible situación de niños y mujeres trabajadores en las empresas industriales y mineras de la primera mitad de aquel siglo, los cuales se encontraban moralmente abandonados y fisiológicamente debilitados y desamparados de la ley ante la explotación.” Walker Linares, Francisco, *Lecciones elementales de economía social y legislación del trabajo*, ob. cit., p. 135.

<sup>5</sup> En 1883, el economista inglés William S. Jevons en su ya clásico texto “El Estado y los trabajadores” planteaba: “¿Con qué razón, nos preguntarán, osamos siquiera pensar en prohibir a una mujer adulta (no pocas veces soltera) y dotada de plenos derechos legales que trabaje donde desee? En este caso, la respuesta es particularmente fácil y concluyente. La razón está en que el primer deber de una madre es dar a su hijo el sostén que nadie salvo ella puede dar a la perfección. Ahora bien, una mujer que trabaja según las condiciones que establece la Ley de Fábricas, en la práctica está obligada a permanecer en su puesto de trabajo durante un periodo de cuatro horas y media seguidas, es decir, casi el doble de tiempo que debería transcurrir entre las comidas de un niño muy pequeño. El resultado es que la madre deja de amamantar a su hijo o, peor aún, éste recibe comidas artificiales (...). En cualquier caso, se sacrifican los intereses de una generación futura en pos del bienestar aparente de la

Así, pues, desde esta perspectiva, la legislación laboral y el mismo movimiento obrero comenzaron a propugnar la existencia de un salario familiar que le permitiera a los trabajadores varones mantener a sus esposas e hijos en forma adecuada.<sup>6</sup> A su vez, al salario familiar que posicionaba a las mujeres casadas como dependientes se sumó una legislación laboral que establecía una protección especial a las mujeres como madres potenciales y que, en la práctica, limitaba sus posibilidades laborales, desincentivando el empleo femenino.<sup>7</sup> Unido a lo anterior, la legislación civil que responsabilizaba a los hombres por la manutención económica de sus esposas e hijos, así como el sistema de seguridad social que favorecía a la mujer que no trabajaba como carga de su marido terminaron profundizando la noción de que las mujeres no debían trabajar.<sup>8</sup>

En último término, estas medidas sirvieron para ahondar más en la discriminación sufrida por las mujeres, al favorecer el mantenimiento de la mujer en su condición histórica de incapaz, limitándoles aún más las posibilidades de empleo. A su vez, el desarrollo de la producción industrial, al representar el traslado de la producción de la casa a la fábrica, y el consiguiente desplazamiento del hogar como unidad económica de producción, tuvo un significado específico para las mujeres, dado que dificultó la compaginación de su trabajo remunerado con el trabajo doméstico. A partir de este momento, comienza una concepción global de la mujer, que abarca su doble jornada laboral, con el trabajo asalariado de una parte y el trabajo no remunerado, en casa, por otra, situación que se prolongará hasta nuestros días.<sup>9</sup>

Por otra parte, en lo que atañe a los hombres, los nuevos modelos de relaciones laborales derivados de las propias reivindicaciones obreras y de los intereses de las élites empresariales se buscaron disciplinar la mano de obra y asentarla para aumentar la productividad y el control social. Para ello surge una preocupación por entregar las condiciones mínimas para la instalación de las familias obreras, asignándole el papel de jefe de familia al obrero, quien se vio

---

generación presente y se echan los cimientos para multitud de males futuros. Éste es el origen de buena parte de la sobrecogedora mortalidad infantil que impera en gran parte de los distritos fabriles, acompañada por mucha inmoralidad e intemperancia, consecuencias naturales de la destrucción de las influencias del hogar.” Jevons, William S., *El Estado y los trabajadores*, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, España, 2006, p. 101.

<sup>6</sup> “El salario debe ser en primer lugar vital. Debe, en segundo lugar, ser suficiente, no sólo para el decoroso sostén del obrero, sino también, para el de su familia.”, en *El deber social de los cristianos*, Declaración de los obispos chilenos, publicado en *El Diario Ilustrado* de fecha 2 de enero de 1947, citado por Hunneus, Carlos, *La guerra fría chilena*, Editorial Random House Mondadori, Santiago, Chile, 2009, p. 273.

<sup>7</sup> “Sobre esta división se construyó el ideal burgués de la figura de ‘ama de casa’, modelo de mujer que en la primera mitad del siglo XX se constituirá como hegemónico en el mundo occidental. La representación de la ‘buena madre’ supone su presencia insustituible en la crianza a lo largo de los primeros años de sus hijos (no solo durante la lactancia). Así el avance de la primera modernidad fue consolidando la privatización y psicologización de la función materna, mientras excluía a las madres del trabajo remunerado y las confinaba al ámbito privado familiar. Ser una buena esposa significaba atender a los hijos en sus necesidades físicas, psicológicas, emocionales y morales, marcar pautas de vida cotidiana, hacer el seguimiento escolar, atender al hogar, al marido y estar disponible para cubrir las necesidades del grupo doméstico las 24 horas del día.” En este sentido: Uribe-Echeverría, Verónica, *Inequidades de género en el mercado laboral: el rol de la división sexual del trabajo*, en *Cuaderno de Investigación N° 35*, Dirección del Trabajo, noviembre 2008, p. 36.

<sup>8</sup> Véase: Todaro, Rosalba; Yáñez, Sonia, *El trabajo se transforma*, CEM Ediciones, Santiago, Chile, 2004, p. 66-67; Hein, Catherine, *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares*, Informes OIT, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, España, 2006, p. 27-28.

<sup>9</sup> Alemany Zaragoza, Eduardo, *Evolución histórica del trabajo de la mujer hasta nuestros días*, en *Revista Aranzadi Social N° 22*, 2004, disponible en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es).

convertido así, más por las circunstancias (legislación social, legislación civil, ciertas políticas empresariales) que por su voluntad real jefe de familia. Por lo tanto, se intentaba convencer a los trabajadores que el camino al bienestar personal y familiar pasaba por aceptar las normas que lo conducían por el camino del padre proveedor.<sup>10</sup>

Lo anterior se verá luego reforzado con la ordenación de un sistema de relaciones laborales que promueve la continuidad de la relación laboral, jornadas continuas de trabajo y mecanismos de protección a las remuneraciones, concebidas para un estereotipo de trabajador preferentemente de sexo masculino que estaba en condiciones de asumir los requerimientos físicos y laborales de la época de oro de la industrialización.

Finalmente, cabe señalar que el modelo de obrero, padre responsable y proveedor fijaría las pautas de comportamiento social para todos los varones populares.<sup>11</sup> Esto se vio reforzado con mecanismos de control que resguardarían el cumplimiento del rol masculino dentro de las familias asentadas por parte de las empresas, a lo que podemos agregar la existencia de controles sociales implementados por la misma legislación laboral.<sup>12</sup>

En definitiva, con el establecimiento de nuevas formas de relaciones de género, basadas en la constitución de familias estables y con roles definidos por sexo, se entregó a los varones el control de las familias, pasando las mujeres a depender de ellos para su subsistencia. Así, entonces, los caminos de la proletarización encerraron inexpugnablemente a hombres y mujeres populares, obligándolos a asumir roles que estaban ajenos a su experiencia histórica más cotidiana, lo cual generó espacios de tensión que requirieron de la constante intervención de los aparatos públicos y privados para convencer a los sujetos populares de cuales eran los espacios naturales que debían seguir a fin de aportar a la construcción de relaciones sociales más armónicas y más civilizadas que permitieran el crecimiento y el desarrollo del país.<sup>13</sup>

### 3. LA PROTECCIÓN DE LA MUJER TRABAJADORA: UN RESABIO DE LA DOMINACIÓN MASCULINA. EL CASO DE CHILE

Si se atiende a los orígenes de la legislación laboral se pueden distinguir claramente dos grandes etapas en la evolución normativa protectora de la mujer trabajadora. En un primer momento, que en gran medida coincide con el paulatino perfilamiento del Derecho del Trabajo como un

---

<sup>10</sup> Brito Peña, Alejandra, De mujer independiente a madre. De peón a padre proveedor, La construcción de identidades de género en la sociedad popular chilena, colección Historia y Memoria, Ediciones Escaparate, Concepción, Chile, 2005, p. 134.

<sup>11</sup> Brito Peña, Alejandra, De mujer independiente a madre. De peón a padre proveedor, ob. cit., p. 142-145.

<sup>12</sup> Interesante desde esta perspectiva es la norma del artículo 38 inciso 2 del CdT de 1931, cuyo texto reproduce casi literalmente el actual artículo 59 inciso 2 del CdT, conforme a la cual se reconoce que "la mujer casada puede percibir hasta el 50% de la remuneración de su marido, declarado vicioso por el respectivo Juez de Letras del Trabajo." Esta disposición es un resabio evidente de la utilización de la legislación laboral como un mecanismo de control social que busca responsabilizar a los hombres por la mantención de su familia, de tal forma que si son "viciosos" (alcoholismo, prostitución, juegos de azar, etc.) como se propugnaba de los peones a comienzos del siglo pasado, la mujer (casada y que no trabaja, al asumir su rol de cuidadora) pudiera contar con los ingresos necesarios para ella y sus hijos. En el mismo sentido estaba orientada la norma del artículo 39 del CdT de 1931, reproducida casi textualmente en el actual artículo 59 inciso 1 del CdT, conforme a la cual en el contrato de trabajo podrá establecerse la cantidad que el trabajador asigne para la mantención de la familia. En esta disposición, la referencia a "el trabajador" está claramente pensada en un hombre proveedor y no genéricamente respecto de un trabajador o de una trabajadora.

<sup>13</sup> Brito Peña, Alejandra, De mujer independiente a madre. De peón a padre proveedor, ob. cit., p. 145.

área normativa especial y autónoma, la tutela jurídica de las trabajadoras estaba orientada a la maternidad<sup>14</sup> y, además, a amparar su condición de mujer, acorde con una visión de la trabajadora como un sujeto de derecho más débil<sup>15</sup> y, por lo tanto, en gran medida “necesitada” de una protección particular, similar en algunos casos a la que se le confería a los menores de edad. En este contexto es posible mencionar, por ejemplo, que el Código del Trabajo (CdT) de 1931 en su artículo 49 prohibía de manera genérica el trabajo nocturno de las mujeres y que el antiguo texto del artículo 15 del CdT de 1987 - hasta su modificación por la Ley N° 19.250 de 1993 - prohibía también que las trabajadoras fueran contratadas para realizar trabajos mineros subterráneos o faenas calificadas como superiores a sus fuerzas o peligrosas para las condiciones físicas o morales propias de su sexo, salvo ciertas excepciones expresamente determinadas por el legislador.<sup>16</sup>

En esta misma línea, por ejemplo, se inserta el actual artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo colombiano, el cual conserva una prohibición tanto para mujeres y para menores para trabajos de pintura industrial con utilización de ciertos químicos, así como para desarrollar trabajos subterráneos, labores peligrosas, insalubres o que requieran grandes esfuerzos.

Esta normativa encontraba su fundamento en la concepción restringida de los derechos ciudadanos de la mujer, en la sobrevaloración de su potencial rol de madre y en la afirmación de su condición de debilidad frente al hombre. Se estimaba, pues, “un deber social amparar la vida de la mujer obrera, la vida de su prole y la felicidad de su hogar, amenazada por las ausencias de larga duración.”<sup>17</sup> Lo anterior también daba cuenta de un ideal familiar tradicional, que fue asimilado por el movimiento obrero a través de reivindicaciones que luego encontraron un eco en la nueva legislación de carácter social.<sup>18</sup> Estas reivindicaciones estaban planteadas pensando en un trabajador varón cuya compañera se dedicase a las tareas del hogar,

---

<sup>14</sup> Una expresión concreta de esta preocupación es la Ley de sala cuna de 1917 en Chile, una de las primeras leyes laborales aprobadas por el Congreso Nacional, que obligó a las fábricas y establecimientos industriales que ocuparan más de 50 mujeres mayores de 18 años, a disponer de una sala cuna que recibiera en horas de trabajo a los hijos de los obreros durante el primer año de edad. Además, esta ley facultaba a las madres para disponer de una hora al día con el fin de amamantar a sus hijos, tiempo que no sería descontado y al cual la madre no podría renunciar. En detalle: Yáñez Andrade, Juan Carlos, *La intervención social en Chile*, RIL Editores, Santiago, Chile, 2008, p. 118.

<sup>15</sup> “Hacia 1920, al excluir a las mujeres de las industrias pesadas y de las jornadas nocturnas, al ordenar las salas cunas para infantes en las fábricas y al decretar las licencias maternas, los senadores de todo el espectro político demostraron su acuerdo con la premisa de que las mujeres, particularmente las madres obreras, merecían la protección del Estado.” Véase: Hutchinson, Elizabeth, *Labores propias de su sexo. Género, políticas y trabajo en Chile urbano 1900 – 1930*, Editorial Lom, Santiago, Chile, 2006, p. 235 s.

<sup>16</sup> Excepcionalmente, el derogado texto del artículo 15 del CdT autorizaba a las trabajadoras en ciertos casos calificados a realizar trabajos mineros subterráneos o faenas peligrosas, en la medida que: a) que la trabajadora ocupara cargos de dirección o de carácter técnico que implicaran responsabilidad; b) que se ocupara en servicios de sanidad o asistencia social; c) que por efecto de sus estudios realizara prácticas en la parte subterránea de una mina y, d) que en el ejercicio de una profesión tuviera que bajar a la parte subterránea de una mina.

<sup>17</sup> Editorial de el diario *El Mercurio* de fecha 15 de octubre de 1911 sobre “Los grandes problemas sociales. El trabajo de la mujer y las condiciones en que debe este desarrollarse”, citado por Hutchinson, Elizabeth, *Labores propias de su sexo*, ob. cit., p. 247.

<sup>18</sup> “La institución familiar según el ideal burgués representaba el fundamento de la moral y el orden social, garantía de la moralidad natural basada en los criterios jerárquicos de generación (los viejos superiores a los jóvenes), edad (los mayores superiores a los menores) y sexo (el hombre superior a la mujer) y portadora de valores morales de la burguesía (seguridad, privacidad, previsión, propiedad, individualismo, ahorro, éxito profesional...).” Rivas, Ana María; Rodríguez, María José, *Mujeres y hombres en conflicto. Trabajo, familia y desigualdades de género*, ob. cit., p. 53.

que si bien eran tareas destinadas a procurar el bienestar de los demás miembros de la unidad familiar, irónicamente empezaron a considerarse como sus “labores”. Igualmente, la reivindicación de los “tres 8” (8 horas de trabajo, 8 horas de descanso y 8 horas de ocio y formación) fue hecha pensando en un obrero varón, con una esposa dedicada las 24 horas del día a la alimentación, higiene, limpieza, salud, ropa de hijos y esposo; tareas de reproducción no consideradas al mismo nivel que las de producción, sino todo lo contrario, consideradas de menor valor por ser algo “natural” de la mujer.<sup>19</sup>

Frente a esta concepción parcial y restringida del rol de la mujer en la sociedad, plasmada en la normativa laboral vigente en ese entonces, (lo que hemos denominado el “pecado original” del Derecho del Trabajo) fue surgiendo paulatinamente una corriente de rechazo y una ola de proposiciones de cambios. Esto fue ocurriendo en la medida en que se va perfeccionando el reconocimiento de los derechos civiles de la mujer y se va generando un incremento de su participación en el ámbito económico, educacional, laboral y político. Además, la experiencia fue demostrando que, no obstante su originaria finalidad protectora acorde con la concepción social y jurídica de la época, esta legislación tutelar fue tornándose abiertamente discriminatoria contra la mujer y, por ello, restringiendo el derecho de las mujeres a participar en igualdad de condiciones con los hombres en el ámbito del trabajo.

Este cambio de enfoque y la progresiva transformación de la realidad social del ámbito laboral son factores que explican el paulatino proceso a través del cual fueron modificándose o dejándose sin efecto normas laborales con el sentido antes expuesto, incluso a nivel supranacional.<sup>20</sup> Surge así un claro atisbo del nuevo posicionamiento de la mujer ciudadana en el ámbito laboral, quien comienza ya sin marcha atrás a reclamar legítimamente espacios de participación y de desarrollo en el trabajo, comenzando a derribar trabas y exclusiones desde los extramuros del territorio productivo reservado a los hombres, en el que descansaba parte importante de su poder social, familiar, económico y político.

En Chile, esta corriente tendiente a reconocer la indudable importancia del rol de la mujer en el mercado de trabajo y que inaugura una nueva etapa en la evolución de nuestra normativa laboral, comienza a adquirir importancia luego de la ratificación de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.<sup>21</sup> Lo anterior, promovió también que el país, en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, ratificara en 1994 el Convenio N° 103 de la OIT que fija nuevas reglas sobre

---

<sup>19</sup> Ídem., p. 54.

<sup>20</sup> Un ejemplo de esta corriente modificatoria de la normativa internacional, en orden a reconocer la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, está dado por la sustitución del primitivo Convenio 3 de la OIT sobre protección a la maternidad, de 1919, por el Convenio 103, de 1952 y por la eliminación del Convenio 4 de 1919 sobre trabajo nocturno de mujeres. Lo anterior responde a que, si bien, la apuesta inicial de la OIT estuvo orientada a la igualdad de hombres y mujeres, según se desprende incluso de su texto fundacional, su actividad legislativa inicial se dirigió sobre todo a conceder una legislación protectora a las trabajadoras en lo que se refiere a la maternidad, el trabajo nocturno y el saturnismo. Esto obedeció a la preeminencia de una concepción de la mujer que, identificando el hogar como su ubicación más apropiada, priorizaba su rol de madre y esposa. Asimismo, se explica la adopción de una legislación inicial esencialmente protectora por las duras condiciones de trabajo (largas jornadas, a menudo sin interrupción y en condiciones insalubres) de la industria de la época. En este sentido: Rodríguez Manzano, Irene, *Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, desarrollo y paz*, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, Editorial Catarata, Madrid, España, 2008, p. 37.

<sup>21</sup> Esta Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 diciembre de 1979, fue ratificada por Chile a través del Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 789 del año 1989.

protección a la maternidad, como asimismo, que el año 1993 se dictara la Ley N° 19.250 que, de acuerdo a lo ya señalado, derogó las prohibiciones que afectaban a la mujer de acuerdo al artículo 15 del CdT para realizar ciertas faenas industriales, con lo cual desaparece el último resabio de una legislación paternalista que situaba a la mujer a la par de los menores de edad.

En la actualidad, no existen en Chile normas laborales que protejan a la mujer por el sólo hecho de ser tal, por lo que, en armonía con las normas internacionales y constitucionales, el CdT parte del supuesto formal de la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, como lo confirman el artículo 2 y el nuevo texto del artículo 62 bis<sup>22</sup> de ese cuerpo legal, en concordancia con el artículo 19 N° 2 y N° 16 inciso 3 de la Constitución Política de la República, que reconocen la igualdad de hombres y mujeres ante la ley y prohíben la discriminación en el empleo.

Con todo, con la finalidad de poder dar cuenta de las implicancias que representa la especial protección de la mujer trabajadora en relación con sus oportunidades para poder desarrollarse plenamente en la vida laboral, resulta interesante analizar si los actuales mecanismos son idóneos a la luz del debido reconocimiento del derecho fundamental a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, en especial, si se atiende a la progresiva intensificación del conflicto entre las responsabilidades laborales y familiares. En efecto, como lo señala acertadamente Conde-Pumpido,<sup>23</sup> el acceso de un mayor número de mujeres al mercado laboral no impide que el trabajo doméstico siga representando una de las claves de la actividad femenina, por lo que las mujeres entran en la esfera productiva sin abandonar la esfera reproductiva. Por estas razones las responsabilidades familiares y, en concreto la maternidad, comienzan a tornarse en un obstáculo para la integración y permanencia de la mujer en el trabajo.

El viejo conflicto entre responsabilidades familiares y laborales subyace hasta nuestros días en el ordenamiento jurídico vigente y representa en gran medida la causa que explica las dificultades para asegurar una efectiva igualdad oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. Esto obra no sólo en desmedro de las oportunidades de las mujeres para desarrollarse más plenamente en el ámbito laboral, sino que también afecta a los hombres, quienes muchas veces por los requerimientos y exigencias que les impone su calidad casi exclusiva de proveedores del ingreso familiar se enfrentan a múltiples dificultades para poder realizarse como padres. Sin perjuicio de lo anterior, no se puede perder de vista que la pervivencia del viejo modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora en el trasfondo de la actual legislación laboral, termina afectando también la calidad de vida familiar, las oportunidades de realización material y social de los miembros de la familia y, en particular, los derechos de los niños a recibir cuidados y atenciones directas de su madre y de su padre.

---

<sup>22</sup> El artículo 62 bis fue incorporado por la Ley N° 20.348, publicada en el Diario Oficial de fecha 19 de junio de 2009, que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones entre hombres y mujeres y prescribe en su inciso 1 que: “El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.”

<sup>23</sup> Conde-Pumpido, María Teresa, La maternidad y la conciliación familiar dentro de la tutela de la igualdad, ob. cit., p. 21-23. En igual sentido: Pérez-Beneyto, José, Jornada y conciliación del trabajo, en Cuadernos de Derecho Judicial, volumen XVII, 2006, Consejo General del Poder Judicial, España, p. 259.



En los acápites siguientes, se analizará críticamente el sistema de protección a la maternidad con el objeto de establecer las implicancias que posee el modelo laboral que entrega la responsabilidad por el cuidado de la familia exclusivamente a la mujer, en desmedro del reconocimiento de un nuevo pacto de producción y reproducción más acorde con la realidad sociocultural del nuevo siglo y que parta de la premisa de la corresponsabilidad de los progenitores en el plano del empleo y la familia. Creemos que el estudio propuesto puede contribuir a develar las causas que explican las desigualdades y los problemas de discriminación que afectan preponderantemente a las mujeres en el trabajo, así como las deficiencias de nuestro sistema normativo laboral para garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Sin cambios normativos radicales en esta materia, es posible sostener que el ordenamiento jurídico seguirá siendo en gran medida responsable de los problemas laborales, sociales, económicos y previsionales que afectan a una gran cantidad de mujeres trabajadoras.

#### 4. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD COMO CAUSA DE LA INEQUIDAD SOCIAL QUE AFECTA A LA MUJER

Como se ha establecido en el acápite anterior, la protección de la maternidad representó una de las preocupaciones iniciales del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social, lo que se explica por los bienes jurídicos involucrados, dado que al tutelarse a la madre no sólo se la cuida a ella sino que también a los niños y a toda la comunidad.

Según sostiene Garriguez,<sup>24</sup> la maternidad ha sido tradicionalmente merecedora de especial atención, tanto en un sentido genérico como específico, en atención a los distintos bienes jurídicos que en ella se incluyen (la salud y el bienestar de la mujer y del hijo, así como el establecimiento entre los progenitores y sus hijos de adecuados vínculos relacionales y afectivos), en lo que podría entenderse como una especial valoración de la institución familiar. Por su parte, en lo que respecta a la consideración jurídico laboral de estos bienes, la autora citada manifiesta críticamente que ello ha discurrido de manera desigual a lo largo de la historia legislativa, partiéndose de la mera valoración de los aspectos más ligados con el proceso biológico de la maternidad (embarazo, parto, postparto) hasta el punto de que tal condicionante biológica marcaría profundamente el signo de la regulación jurídica del trabajo femenino. Esto ha generado casi una total identidad entre la regulación del trabajo de la mujer y la protección de su función reproductiva y/o su rol social como responsable del cuidado de los hijos. Por lo anterior al Derecho del Trabajo le ha cabido el dudoso mérito de asumir el secular estereotipo social de la mujer-madre (o madre-esposa), convirtiéndolo en la base ontológica de la regulación de su actividad como trabajadora. Esta postura que Garriguez califica como paternalista y proteccionista del trabajo femenino ha servido al velado fin de mantener a la mujer ligada a sus roles sociales y familiares clásicos, como asimismo, a precarizar la situación laboral de las mujeres tanto en el acceso al empleo, como en las condiciones de trabajo que aquellas han debido padecer.

La tensión creciente entre protección a la maternidad y sus implicancias para el empleo femenino, así como los actuales desafíos de la sociedad frente a la búsqueda de fórmulas que permitan armonizar trabajo y vida familiar a las nuevas generaciones de hombres y mujeres trabajadores, encuentra también un antecedente en el modelo paternalista asumido por la OIT.

---

<sup>24</sup> Garriguez Giménez, Amparo, La maternidad y su consideración jurídico – laboral y de seguridad social, Colección Estudios N° 159, Consejo Económico y Social, Madrid, España, 2004, p. 21-22.

Para este organismo el tema de la protección a la maternidad ha sido objeto de una preocupación permanente a lo largo de su historia, lo que es una consecuencia del consenso social y político que se generó en la comunidad internacional desde la creación de este organismo sobre la necesidad de proteger a la mujer en esta dimensión de su vida. Sin embargo, este consenso normativo internacional sobre la protección a la maternidad se puede explicar por la preeminencia a comienzos del siglo XX de una concepción de la mujer que la identificaba especialmente con el hogar, priorizando su rol de madre y esposa, como asimismo, por una reacción natural a las duras e insalubres condiciones de trabajo que debían enfrentar las mujeres en la industria de la época.<sup>25</sup>

De allí, entonces, que la OIT por mucho tiempo haya replicado sin mayores cuestionamientos el modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora impuesto por la visión sociocultural de los inicios de la protección laboral y que recién a comienzos de la década de 1950 haya dado un leve giro a esta concepción, poniendo un nuevo énfasis en torno al necesario reconocimiento de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia laboral, según se desprende de la discusión y aprobación de los nuevos convenios sobre la materia, los que vienen a complementar la tradicional protección a la maternidad. Con todo, salvo el hasta ahora limitado alcance del Convenio 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, primer texto que incorpora una visión integradora de hombres y mujeres frente al cuidado de la familia y su proyección laboral, la OIT no ha logrado superar el modelo inicial de protección a la maternidad de comienzos del siglo XX, por lo que no ha avanzado en la propuesta de soluciones que hagan realidad un nuevo pacto de producción y reproducción que posibilite superar definitivamente la gran causa de la discriminación laboral que afecta a millones de mujeres en el mundo.

Ahora bien, si se analizan los sistemas de protección a la maternidad de algunos países de América Latina, como es el caso de Chile y Colombia,<sup>26</sup> se puede constatar que en sus respectivas legislaciones laborales se consagran una serie de derechos y mecanismos de resguardo a favor de las madres trabajadoras, tales como licencias o permisos, subsidios, prohibiciones de despido, prohibición de desarrollar ciertos trabajos, derecho a dar alimentos, a sala cuna, etc., los que están en concordancia con los estándares generales previstos por los convenios de la OIT sobre la materia. No obstante, en ambas legislaciones resulta evidente que persiste un enfoque tradicional que posiciona a la mujer como titular de derechos y protecciones, con mínimos derechos para los padres,<sup>27</sup> evidenciando la vigencia del modelo de “hombre proveedor y mujer cuidadora”.

Así entonces, nos encontramos con sistemas normativos correctos y relativamente completos desde la perspectiva tradicional de entender la protección del trabajo de las madres trabajadoras. No obstante, como se pondrá en evidencia en los acápite siguientes, estos sistemas normativos de protección a la maternidad no son capaces de pasar incólumes un control desde la perspectiva de su incidencia o repercusiones respecto del reconocimiento de

---

<sup>25</sup> Rodríguez Manzano, Irene, Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, desarrollo y paz, ob. cit., p. 37.

<sup>26</sup> En el caso de Chile, véanse los artículos 194 a 208 del Código del Trabajo y, en el de Colombia, los artículos 236 a 244 del Código Sustantivo del Trabajo.

<sup>27</sup> Véase el artículo 195 inciso 2 del CdT chileno que reconoce a los padres un permiso pagado de 5 días hábiles por causa de nacimiento de un hijo, así como el artículo 236 parágrafo 1º del Código sustantivo del Trabajo colombiano que otorga al padre o compañero permanente una licencia remunerada de paternidad de 8 días.

los derechos fundamentales inespecíficos, en concreto, a partir de una relectura de estos modelos a partir del derecho fundamental a la igualdad de trato de hombres y mujeres.

##### 5. UNA NUEVA DIMENSIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU PROYECCIÓN EN LA EMPRESA

A partir del reconocimiento de lo que la doctrina ha denominado la “ciudadanía en la empresa”, esto es, la aceptación de que el espacio privado en el que se desarrollan las relaciones laborales – la empresa – no es un ámbito marginado del respeto, protección y ejercicio de aquellas garantías propias de todo ser humano por el sólo hecho de ser tal, se abre una nueva dimensión para la tutela de los derechos de los trabajadores.

En concreto, se hace posible generar un cambio en la forma de entender las relaciones laborales al interior de la empresa, lo que permite, en palabras de Supiot,<sup>28</sup> configurar dos facetas para la cuestión de las libertades públicas en la empresa. Por un lado, bajo su aspecto colectivo, las libertades públicas conducen a dibujar en el seno de la empresa áreas de autonomía que escapan al poder dirección del empresario (v. gr. el sindicato y la autonomía frente al empleador como atributo de la libertad sindical) y, por otro, bajo su aspecto individual, las libertades públicas en la empresa tienden a salvaguardar las libertades del trabajador de los excesos del vínculo de subordinación. Por tanto, este reenfoque de la situación laboral al interior de la empresa busca conciliar los intereses particulares de los actores sociales y las bases de una economía de libre mercado, con los principios y valores inspirados en la libertad, el respeto a la dignidad del ser humano, la equidad y la igualdad de oportunidades implícitos en los derechos esenciales que la Carta Fundamental asegura a todas las personas, con lo cual es posible construir un modelo más justo y solidario de relaciones de producción y trabajo.

Por lo anterior, la nueva concepción del Derecho del Trabajo surgida a partir de la aceptación de la eficacia horizontal, vale decir, entre particulares, de los derechos fundamentales ha permitido que se reconozcan esas libertades al interior de la empresa. Tal reconocimiento ha consistido, ante todo, en evitar que la autoridad patronal usurpe las libertades de fuera de la empresa, circunscribiendo el campo de ejercicio de la misma al ámbito contractual, es decir, a la ejecución del contrato de trabajo, para lo cual se establece la obligación de los empresarios de no extender su poder de dirección a la vida extraprofesional del trabajador, ya se trate de su vida privada o de su vida pública.<sup>29</sup>

De esta manera, el paulatino y decidido proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo ha contribuido a introducir elementos de juicio que permiten resolver la tradicional tensión entre el poder privado entregado al empleador y el debido respeto de los derechos fundamentales extra laborales del trabajador. A su vez, este proceso ha permitido comenzar a resolver la contradicción entre el reconocimiento constitucional de una serie de derechos fundamentales de la persona y la evidente constatación empírica de su negación o limitación en el ámbito concreto de la empresa. Se pretende así dar una respuesta a una serie de problemas prácticos referidos a la falta de un adecuado reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona en la empresa y a la ulterior reticencia del Derecho del Trabajo tradicional en este

---

<sup>28</sup> Supiot, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Colección Informes y Estudios N° 11, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 176.

<sup>29</sup> En este sentido, Supiot, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, ob. cit., p. 185.

sentido, que implicaba darle a la empresa un carácter autárquico, con sus propias leyes y autoridades internas.

En resumen, la noción de ciudadanía en la empresa surge a partir del reconocimiento legal, jurisprudencial y doctrinal de que la empresa no es un espacio entregado única y soberanamente al ejercicio de los poderes empresariales, sino que es un ámbito en el que también tiene cabida y pleno reconocimiento la ciudadanía de los trabajadores, esto es, la titularidad de un conjunto de derechos fundamentales emanados de su condición de persona, particularmente, derechos civiles y políticos que en cierta forma quedaban amagados en la relación laboral, ya sea por la necesidad de una mejora urgente de las condiciones económicas y de trabajo o por efecto de la exacerbación de la potestad de mando del empleador.<sup>30</sup> Así, entonces, la conversión de los derechos fundamentales de contenido no laboral (v. gr. libertad de expresión, derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación, etc.) en verdaderos derechos fundamentales laborales tiene lugar por una doble y simultánea vía: por una parte, en cuanto son trabajadores los sujetos a los que les corresponde la titularidad del derecho y, por otra, porque el derecho se ejerce en una relación jurídica laboral.

Por todo lo expuesto se puede entender que, en la actualidad, la protección del trabajador se materializa por dos cauces complementarios entre sí. Por un lado, se mantiene la tutela tradicional contenida en el ordenamiento jurídico laboral, manifestada, en el ámbito de las relaciones contractuales individuales, en el otorgamiento de un conjunto de derechos mínimos irrenunciables a favor del trabajador que limitan la autonomía de la voluntad de las partes del contrato de trabajo y, en el ámbito de las relaciones colectivas, mediante el reconocimiento de la autotutela colectiva expresada en el ejercicio de la libertad sindical. Por otro lado, la aceptación de la ciudadanía laboral agrega todo el abanico de protección a la esfera individual de las personas que conllevan los derechos fundamentales consagrados tanto en la Constitución Política de la República, como en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, los que se van a erigir en valores orientadores e integradores de la normativa laboral tradicional.<sup>31</sup>

Con todo, se debe tener en cuenta que la proyección de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en el ámbito laboral no se limita tan sólo a una función limitadora del ejercicio del poder empresarial, sino que también posee una función integradora respecto del ordenamiento jurídico en su conjunto. Esto es, la Constitución proyecta claramente su supremacía normativa respecto de la legislación laboral y exige, en consecuencia, una correspondencia entre el reconocimiento de los derechos fundamentales y sus posibilidades de concreción, ejercicio y tutela con las instituciones asociadas al resguardo de los derechos laborales consagradas a nivel legal. De esta manera, entonces, no puede resultar irrelevante que se mantengan vigentes modelos normativos que son inconsistentes con la visión amplia de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, como es el caso de la normativa de

---

<sup>30</sup> En detalle: Ugarte Cataldo, José Luis, *Derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2013; Melis Valencia, Christian, *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2009, p. 83 s.

<sup>31</sup> Esta visión encuentra un claro fundamento en el actual texto del artículo 5 del CdT, en el cual es posible constatar que la protección al trabajador derivada del respeto debido a sus derechos fundamentales (inciso 1) se superpone y complementa a la protección tradicional que se le reconoce en cuanto trabajador, mediante la declaración de irrenunciabilidad de los derechos mínimos que le otorga la legislación laboral (inciso 2).

protección a la maternidad construida a partir de un concepto de género disociado del imperativo de igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

Por tanto, la consagración de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en materia laboral exige una reconfiguración de la legislación tutelar de la maternidad – la expiación del pecado original del Derecho del Trabajo – a partir de una premisa nueva y consistente con el indudable valor de ese derecho fundamental: “hombres y mujeres proveedores y cuidadores”. Esto es, corresponsabilidad de hombres y mujeres frente al trabajo y la familia.

En los acápites siguientes se explicará como la normativa supranacional exige una reorientación de las responsabilidades asociadas frente al trabajo y el cuidado de la familia, en razón de la necesaria concreción del derecho a la igualdad de trato, lo que debe ser recepcionado en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados.

## 6. LA CONVENCION SOBRE ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER Y SU DIMENSION LABORAL

La Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer (CEDAW) fue aprobada en 1979, entrando en vigor en 1981. Esta convención representa la culminación de más de 30 años de trabajo de la Comisión Jurídica y Social de la Mujer y, entre los tratados internacionales de derechos humanos, este instrumento internacional ocupa un importante lugar por incorporar la mitad femenina de la humanidad a la esfera de los derechos humanos en sus distintas manifestaciones.<sup>32</sup>

Desde la perspectiva objeto de nuestro estudio, este instrumento internacional ha reconocido explícitamente la importancia de que los Estados Partes avancen hacia la concreción de un sistema que garantice una adecuada conciliación entre trabajo y familia. Es así, como la CEDAW reconoce en su parte considerativa *“el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y educación de los hijos.”* Asimismo, se afirma que *“el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los hijos exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto.”* Por lo anterior, se manifiesta también en este instrumento que *“para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia.”*

Lo antes expuesto encuentra una consagración en el artículo 3, conforme al cual: *“Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.”*<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Folguera, Pilar, La equidad de género en el marco internacional y europeo, en Maqueira, Virginia, (editora), Mujeres, globalización y derechos humanos, 2ª edición, Madrid, España, 2010, p. 105.

<sup>33</sup> Esta disposición complementa las medidas que se obligan a adoptar los Estados Partes conforme al artículo 2 de la convención, siendo digno de destacarse que estas medidas para erradicar la discriminación contra la mujer deben adoptarse tanto en el ámbito público como privado. Por ello no es suficiente esforzarse por lograr la igualdad de los sexos en el plano vertical, ante las autoridades públicas, sino que los estados deben esforzarse también por procurar asegurar la no discriminación en el plano horizontal, incluso dentro de la familia. Por eso el artículo 2 señala que la mayor eficacia de los cambios legislativos se obtiene cuando éstos se adoptan dentro de un

Asimismo, en un plano más concreto, el artículo 5 de la convención establece que: “*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.*”<sup>34</sup>

De esta manera, el objetivo último de la convención debe ser la aceptación de la igualdad de derechos y obligaciones entre hombres y mujeres y la superación de los prejuicios, así como de las prácticas basadas en funciones estereotipadas. Sin embargo, la convención no se limita a esta afirmación general o abstracta, sino que, además, reconoce de forma explícita que la meta debe ser la igualdad real y no solo la igualdad jurídica.<sup>35</sup> De allí la importancia que para la convención tiene la adopción de medidas especiales de carácter temporal para materializar la igualdad.<sup>36</sup>

Por su parte, en el plano de las obligaciones impuestas por esta convención, desde el punto de vista de la participación de la mujer en el trabajo, debemos mencionar que el artículo 11 N° 2 dispone que: “*A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.*”

De la disposición citada se destaca que se les ha entregado a los Estados Partes un amplio espectro de posibilidades para adoptar medidas que apunten al fin señalado por esta norma. Por ello, desde la perspectiva de esta convención, la implementación de medidas estatales tendientes a lograr una mejor conciliación de obligaciones laborales con responsabilidades

---

marco favorable, lo que se produce cuando los cambios en la ley se acompañan simultáneamente de un cambio en los ámbitos económico, social, político y cultural. Por ello la letra f) del artículo 2 exige a los Estados que, además, de modificar sus leyes, se esfuercen por eliminar usos y prácticas que constituyan discriminación. En detalle, De Castro Sánchez, Claribel, Los derechos de la mujer 60 años después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en Aguilar Cavallo, Gonzalo (editor), 60 años después: enseñanzas pasadas y desafíos futuros. Conmemoración de los 60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2008, p. 123.

<sup>34</sup> Ver: Folguera, Pilar, La equidad de género en el marco internacional y europeo, ob. cit., p. 108-109.

<sup>35</sup> De Castro Sánchez, Claribel, Los derechos de la mujer 60 años después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ob. cit., p. 121.

<sup>36</sup> Por esta razón el artículo 4 de la convención prescribe que: “1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. 2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.” Sobre las acciones positivas y su viabilidad en la legislación laboral chilena véase: Caamaño Rojo, Eduardo, El derecho a la no discriminación en el empleo, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2005, p. 99 s.

familiares no deben ser necesariamente de carácter jurídico laboral para producir efectos en las condiciones de empleo de trabajadoras y trabajadores, sino que pueden ser perfectamente de otra índole, especialmente, políticas sociales de fomento del empleo y de capacitación o del ámbito de la seguridad social, que sin requerir forzosamente una consagración legal, puedan producir un cambio o repercutir positivamente en la situación laboral de trabajadoras y trabajadores con responsabilidades familiares. Por lo tanto, medidas que tiendan a facilitar, por ejemplo, que las personas de la tercera edad puedan tener asistencia médica y personal en centros especiales, contribuirían a que las personas de su familia que asumen su cuidado, a falta de otras instancias, puedan acceder al mercado de trabajo en igualdad de oportunidades que otras personas sin responsabilidades familiares.

En definitiva, se requiere que la integración en igualdad de oportunidades de las personas con responsabilidades familiares al mercado laboral se constituya en uno de los principios rectores de las políticas sociales y laborales del Estado, como a su vez, que oriente las discusiones y acuerdos con los actores sociales para lograr, en conjunto, un cambio que asegure la existencia de un sistema de relaciones laborales más justo y solidario.

## 7. EL CONVENIO N° 156 DE LA OIT SOBRE TRABAJADORES CON RESPONSABILIDADES FAMILIARES

Desde sus comienzos, la OIT mostró una especial preocupación por las implicancias que el trabajo podría tener respecto de la maternidad y el cuidado de la familia. De allí entonces que uno de los primeros convenios aprobados en el seno de este organismo, el N° 3 de 1919, se ocupó precisamente de promover el reconocimiento universal de los derechos vinculados a la protección a la maternidad. Esta línea tutelar será perfeccionada luego por los convenios N° 103 de 1956 y N° 183 de 2000, sobre la misma materia, conformando el último de ellos la expresión más moderna de la protección de los derechos de las madres trabajadoras. Con todo, no se puede desconocer que se sitúan en un estadio inicial en relación con el tema que nos ocupa, pues continúan enfocados en una protección circunscrita exclusivamente a la mujer por razones biológicas obvias y excluyen una perspectiva más amplia que involucre también al padre trabajador en sus derechos y responsabilidades como progenitor.

Por lo anterior, con el transcurso del tiempo la OIT inició el estudio, la discusión y posterior aprobación de una serie de convenios concebidos con el fin de materializar no sólo el reconocimiento y el respeto del derecho a la no discriminación en el empleo, sino que también con miras a avanzar en la creación de las condiciones necesarias para el logro de la igualdad de oportunidades. Ahora bien, en esta línea y desde la perspectiva de la armonización de trabajo y familia, resulta imprescindible efectuar una referencia al Convenio N° 156 de 1981 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, como asimismo, a la Recomendación N° 165 de 1981 sobre la misma materia, toda vez que en ambos instrumentos internacionales se reconoce por primera vez en forma expresa que *“para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”*.<sup>37</sup> Además, resulta interesante constatar que en estos instrumentos internacionales la OIT considera que muchos de los problemas con que se enfrentan todos los trabajadores se agravan en el caso de los trabajadores con responsabilidades familiares, por lo que se reconoce la necesidad de mejorar la condición de estos últimos, mediante medidas que satisfagan sus

---

<sup>37</sup> Preámbulo de la Recomendación 165 de la OIT.

necesidades particulares y a través de medidas destinadas a mejorar la condición de los trabajadores en general.<sup>38</sup>

El Convenio N° 156<sup>39</sup> surge, entonces, de la preocupación de la OIT por complementar los acuerdos adoptados en materia de no discriminación en el empleo (Convenio N° 111 de 1958) y de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres (Convenio N° 100 de 1951), pues ellos no hacen referencia a los trabajadores con responsabilidades familiares, quienes se han visto enfrentados a diferenciaciones de trato y menores posibilidades de integración al mercado de trabajo, no excluidas por dichos acuerdos internacionales. Por tal motivo, a juicio de este organismo internacional, era necesario “*instaurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores de uno y otro sexo con responsabilidades familiares, al igual que entre éstos y los demás trabajadores.*” De esta manera, y a través de la adopción de medidas especiales, se hará posible evitar que los problemas con que se enfrentan todos los trabajadores, se agraven respecto de aquellos que tienen responsabilidades familiares.

Como consecuencia de este cambio de visión, el Convenio N° 156 adopta claramente una perspectiva de redefinición del lugar tradicionalmente asignado a hombres y mujeres en la esfera familiar, buscando promover una distribución más equilibrada de las responsabilidades familiares entre ambos y, en este sentido, mejorar las condiciones para una inserción más equitativa de trabajadores de ambos sexos en el mundo laboral. Por este motivo, su finalidad de compatibilizar trabajo y familia se desarrolla a partir de la idea de conciliación y de corresponsabilidad social.

En particular, el artículo 1 de este convenio define a los "trabajadores con responsabilidades familiares", como aquellos trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella. Asimismo, el inciso 2 de este artículo del Convenio N° 156 de la OIT comprende dentro del concepto de trabajadores con responsabilidades familiares, a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten de su cuidado o sostén, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella. Este sería el caso, por ejemplo, de personas que asumen el cuidado de familiares directos que se encuentran en la tercera edad o que padecen de discapacidad.

La definición anterior es de especial relevancia, toda vez que representa un giro copernicano en la postura de este organismo internacional frente a las implicancias que el trabajo tiene en la vida familiar y viceversa, lo que queda de manifiesto al definir a los trabajadores con responsabilidades familiares incluyendo por igual a hombres y mujeres. Así, entonces, estamos en presencia de un convenio que pretende construir una nueva dimensión de tutela, complementando los tradicionales instrumentos que proscriben la discriminación en el empleo, por la vía de poner el acento en una igualdad de trato que trasunte los atávicos esquemas de producción asociado al trabajo de hombres y de reproducción y cuidado entregado a las mujeres. En la actualidad, tanto hombres como mujeres pueden, deben y desean compartir

---

<sup>38</sup> Preámbulo del Convenio 156 de la OIT.

<sup>39</sup> Este convenio fue aprobado por la Conferencia General de la OIT con fecha 23 de junio de 1981 y fue ratificado por Chile el 14 de octubre de 1994.



roles en el trabajo y en la familia, no pudiendo ello conllevar diferencias de trato odiosas en el empleo. En efecto, apostar hacia la igualdad debe llevar necesariamente aparejada la corresponsabilidad en el cuidado, pues hasta ahora las carreras profesionales masculinas se han sustentado con tiempos cedidos por las mujeres. Sin embargo, dado que el problema de la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral no es únicamente un problema de las mujeres, es fundamental que este tema se integre a otros foros como pueden ser los relativos al empleo y la economía.<sup>40</sup>

En lo que respecta al ámbito de aplicación de este convenio, debemos señalar que éste es amplio, pues comprende “*todas las ramas de actividad económica y todas las categorías de trabajadores,*” sin distinción alguna (artículo 2). Ahora bien, para los efectos de avanzar hacia la concreción de la igualdad de oportunidades de estos trabajadores, se establece una importante obligación para los Estados en el artículo 3 inciso 1 del convenio, pues éstos deberán “*incluir dentro de los objetivos de su política nacional el permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.*” Con esto, se confirma lo ya señalado con ocasión de la referencia a la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en el punto anterior, en el sentido que el fin de asegurar la igualdad de oportunidades de los trabajadores con responsabilidades familiares debe ser, ante todo, un principio o una idea rectora que inspire e integre las políticas sociales del Estado.

Para el cumplimiento del objetivo central antes indicado, los artículos 4 y 5 del Convenio N° 156 disponen que los Estados deberán adoptar todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para: permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo; tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social; tener en cuenta las necesidades de los trabajadores con responsabilidades familiares en la planificación de las comunidades locales o regionales y desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar.

Asimismo, el artículo 6 del convenio, partiendo del supuesto que la situación social y laboral que enfrentan los trabajadores con responsabilidades familiares tiene un importante componente cultural como base, dispone que: “*las autoridades y organismos competentes de cada país deberán adoptar medidas apropiadas para promover mediante la información y la educación una mejor comprensión por parte del público del principio de la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras y acerca de los problemas de los trabajadores con responsabilidades familiares, así como una corriente de opinión favorable a la solución de estos problemas.*” A su vez, en concordancia con lo anterior, el artículo 7 señala que: “*deberán tomarse medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales, incluyendo medidas en el campo de la orientación y de la formación profesionales, para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades.*”

---

<sup>40</sup> Murillo de la Vega, Soledad, Presentación del número especial de la Revista del Ministerio del Trabajo sobre la Igualdad Efectiva de mujeres y hombres, en Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, España, 2007, p. 1.

Desde la perspectiva referida a la regulación jurídica del trabajo subordinado, el artículo 8 de este convenio prescribe de manera expresa que la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo. Finalmente, el artículo 9 del convenio establece que sus *“disposiciones podrán aplicarse por vía legislativa, convenios colectivos, reglamentos de empresa, laudos arbitrales, decisiones judiciales, o mediante una combinación de tales medidas, o de cualquier otra forma apropiada que sea conforme a la práctica nacional y tenga en cuenta las condiciones nacionales.”*

De estas normas destaca la tendencia de la OIT a proponer acciones amplias a través de las cuales los Estados miembros pueden canalizar la protección a los trabajadores con responsabilidades familiares, sin mencionar ninguna en concreto. Por todo lo anterior, es dable sostener que el Convenio N° 156 es un buen ejemplo de giro normativo y conceptual acerca de la materialización efectiva de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la vida laboral y familiar, incluyendo a los hombres trabajadores en el reconocimiento de derechos que les corresponden como padres, como a su vez, sentando las bases de lo que debe ser la acción de los Estados en la materia, la que no puede limitarse a un mero reconocimiento positivo de estos principios y derechos, sino que debe estar especialmente orientada, en conjunto con la actuación de los actores sociales, a la promoción y desarrollo de acciones positivas que posibiliten un cambio real del viejo esquema del hombre proveedor y de la mujer cuidadora.

Por consiguiente, el Convenio N° 156, de igual manera que la CEDAW, ha establecido un marco amplio y flexible para que los Estados miembros de la OIT comiencen a diseñar políticas sociales en las que se incluya el tema y la problemática asociada a la situación económica, social y laboral de los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, con la finalidad de que esta materia se analice y se discuta sobre la base de las circunstancias o prácticas propias de esa realidad nacional y, en último término, se diseñen y se apliquen medidas específicas conforme a esa realidad – entre las cuales podrían incluirse propuestas de modificación a la legislación laboral, de ser ello necesario – tendientes a concretizar efectivamente el derecho de estos trabajadores a participar en la vida económica y laboral con igualdad de oportunidades frente a los otros trabajadores o las demás personas que no tienen responsabilidades de carácter familiar.

## 8. LA CONCILIACIÓN DE RESPONSABILIDADES LABORALES Y FAMILIARES: UN NUEVO FIN PARA EL DERECHO DEL TRABAJO

La legislación laboral nacida como respuesta a la problemática social de comienzos del siglo XX fue estructurando un modelo de protección de la mujer que terminó por marginarla paulatinamente del mercado de trabajo y, a la vez, fue consolidando un pacto de producción y reproducción a partir del arquetipo de hombre proveedor y mujer cuidadora. Esto es evidente en la configuración de las normas de protección a la maternidad, las que, de acuerdo a lo ya señalado, desconocen la corresponsabilidad de hombres y mujeres frente al empleo y la familia, limitando fuertemente las posibilidades de desarrollo laboral de las mujeres al responsabilizarlas exclusivamente del cuidado de los hijos. A su vez esta legislación mantiene el esquema tradicional de imposición de obligaciones al empleador en atención a la contratación de mujeres, lo que tiende a desincentivar el empleo femenino.

Es por lo antes expuesto, que en los últimos años legislaciones laborales más desarrolladas que la nuestra<sup>41</sup> y los mismos actores sociales, a través de procesos de negociación colectiva o de diálogo social, han comenzado progresivamente a articular medidas para conciliar el trabajo y la vida familiar en el entendido de que estas representan a corto y largo plazo un factor clave para el desarrollo social y económico de las naciones. En concreto se ha pretendido adoptar medidas para asegurar la igualdad de oportunidades en el trabajo, como asimismo, para alcanzar una distribución más justa de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, contribuyendo a hacer compatible el trabajo con el cuidado de la familia.<sup>42</sup> Es importante considerar como un elemento de juicio adicional que pone de manifiesto la necesidad de avanzar en la adopción de políticas sociales y de ajustes en los tradicionales esquemas normativos de la legislación laboral, el hecho que desde la década de los ochenta del siglo pasado se han tornado cada vez más comunes las familias en las que los dos miembros de la pareja trabajan, así como las familias monoparentales, en especial, aquellas en que las mujeres son jefas de hogar.

Sin perjuicio de lo anterior, no se puede perder de vista que la demanda por alcanzar mayores grados de armonización de trabajo y vida familiar no se limita únicamente a promover una mayor participación laboral femenina, así como a precaver y a sancionar actos de discriminación basados en el sexo, sino que busca también reivindicar el derecho de los trabajadores varones a vivir más intensamente el cuidado de sus familias, permitiéndoles que puedan conciliar efectivamente sus responsabilidades laborales y familiares. De igual manera, se trata de poner de manifiesto que la conciliación de la vida laboral y familiar no incumbe únicamente a hombres y mujeres, sino que a toda la sociedad. Por tal razón se sostiene que la conciliación de trabajo y vida familiar debe ser entendida antes que nada como una materia de política de familia, desarrollada tanto en el marco del mercado de trabajo, como de la protección social.<sup>43</sup>

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 su madre y su padre. En definitiva, este tipo de políticas públicas deberían proteger el derecho de todos los miembros de la familia

---

<sup>41</sup> Este es el caso, por ejemplo, de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, de fecha 22 de marzo de 2007, a través de la cual se incorporan al Derecho interno español la Directiva 2002/73/CE sobre reforma a la Directiva 76/207/CE relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, así como la Directiva 2004/113/CE sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y a su suministro. Véase: Caamaño Rojo, Eduardo, El permiso parental y la progresiva inclusión del padre trabajador en los derechos para la conciliación de trabajo y vida familiar, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (volumen XXXI, Semestre II, 2008), p. 325 s.

<sup>42</sup> En este sentido: Aguilera Izquierdo, Raquel, Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, (Número especial sobre igualdad efectiva de mujeres y hombres, Madrid, 2007), p. 69-70 (disponible en [www.mtas.es](http://www.mtas.es)).

<sup>43</sup> Sobre el rol de los gobiernos y los agentes sociales en la adopción de políticas tendientes a asimilar las realidades sociales y económicas vinculadas a los conflictos entre trabajo y familia y su impacto en la sociedad, el trabajo y la vida de hombres y mujeres, véase: Hein, Catherine, *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares*, ob. cit., p. 43 s.

a la convivencia diaria sin tener que renunciar a la misma por exceso de trabajo de uno o de ambos progenitores.<sup>44</sup>

Por lo anterior, el Derecho del Trabajo ha comenzado reconocer en el último tiempo la demanda creciente para armonizar trabajo y vida familiar, por la vía de reconocer al padre trabajador como titular de derechos específicos en este sentido. Creemos que un análisis como el propuesto es de relevancia para contribuir al perfeccionamiento de la normativa laboral chilena en orden a que ésta pueda efectivamente materializar la igualdad de oportunidades en la vida laboral entre hombres y mujeres. Se sostiene con razón que las medidas, los planes y los instrumentos que permitan la integración de la vida familiar y laboral deben tener como destinatarios a todos, sin exclusión. No pueden ser planes destinados a que las madres trabajadoras concilien – insistiendo en la discriminación de las mujeres y de los hombres que han asumido sus responsabilidades familiares - sino destinados a los padres y a las madres, debiendo contribuir a forzar el cambio de roles y estereotipos en términos de corresponsabilidad.<sup>45</sup>

En la actualidad, las medidas tendientes a facilitar y promover la conciliación de trabajo y vida familiar representan una clara consecuencia de la concreción del principio de igualdad de trato y de no discriminación y de la efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el plano laboral, toda vez que el acceso y permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo depende, en gran medida, de la implementación de estas medidas.

Ahora bien, en esta búsqueda por la integración equitativa de la mujer en el plano laboral es interesante constatar la evolución paulatina que ha experimentado y está experimentando el Derecho del Trabajo y que, según se plantea por la doctrina,<sup>46</sup> podría visualizarse a través de cuatro fases diferenciadas. La primera fase está dada por la aceptación social del doble rol de la mujer como trabajadora y madre, lo que conlleva la necesidad de arbitrar medidas de resguardo que eviten la discriminación en el empleo y que se le proteja en esta doble condición permitiéndole conciliar trabajo y familia. En esta dimensión, la conciliación es, en definitiva cosa de mujeres (los hombres no tienen la carga social de conciliar) y son ellas las que asumen una doble responsabilidad en los ámbitos doméstico y laboral, reproductivo y productivo.

Una segunda fase evolutiva en la conciliación efectiva de trabajo y familia se consolida con el reconocimiento normativo del derecho de los padres trabajadores a hacer uso de parte del permiso de maternidad (por ejemplo, frente a la muerte de la madre o en los casos de adopción, artículo 195 inciso 3 del CdT). Este sería también el estadio en el que se encontraría la legislación laboral chilena luego de la incorporación al CdT de un reducido permiso frente al nacimiento o la adopción de un hijo. Lo particular de esta fase es que sigue representando el reconocimiento de una posición subordinada del padre en la atención y cuidado de sus hijos, pues sus derechos en este sentido son en gran medida una derivación de los derechos que se le

---

<sup>44</sup> López López, María Teresa; Valiño Castro, Aurelia, Conciliación familiar y laboral en la Unión Europea, Consejo Económico y Social, Madrid, España, 2004, p. 12.

<sup>45</sup> Tortuero Plaza, José Luis, 50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2006, p. 34.

<sup>46</sup> En detalle: Alameda Castillo, María Teresa, Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad, en Mercader Uguina Jesús (Coordinador), Comentarios laborales a la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2007, p. 496-498.

reconocen a la madre trabajadora. Como lo señala María Teresa Alameda, “la entrada del padre en el diseño de las políticas de conciliación se produce por la puerta de atrás, pues se diseñan derechos derivados o accesorios y no de titularidad directa.”<sup>47</sup>

A continuación en la tercera fase de evolución del Derecho del Trabajo – de la que Chile se encuentra aún demasiado lejos – se produce un cambio jurídico importante caracterizado por la titularidad indiferenciada (neutra) de los derechos de conciliación, por lo que la legislación laboral reconoce que los derechos de conciliación destinados al cuidado y atención de hijos son derechos individuales de los trabajadores, ya sean estos hombres y mujeres. Se asume por tanto un modelo de familia con una doble fuente de ingresos provenientes tanto del trabajo del hombre como de la mujer y, en relación con el tema de la armonización de trabajo y familia, se consagra el derecho de ambos progenitores, con independencia del sexo a la suspensión del contrato y a las prestaciones de seguridad social por causa de maternidad y paternidad.

Finalmente, en una última etapa en la evolución del cambio de roles de hombres y mujeres en el plano familiar y laboral se puede vislumbrar que, al margen de la ley y como consecuencia de su efectividad, se genera un cambio cultural que implica la materialización y puesta en práctica de las medidas de conciliación. Si tradicionalmente el derecho ha entrado a regular cambios sociales una vez producidos éstos, en este caso la norma incide directamente en la realidad social, actuando como motor del cambio y de la superación de los clásicos modelos de reparto de responsabilidades familiares que marginan al hombre en el cuidado y atención de sus hijos.<sup>48</sup>

Como lo afirma Tortuero,<sup>49</sup> la participación del padre en el cuidado de los hijos constituye la pieza nuclear del cambio social necesario que además producirá resultados positivos en múltiples direcciones. Si bien es cierto que los cambios sociales son complejos y de transición lenta, sobre todo cuando vienen marcados por una larga tradición cultural, es preciso avanzar e incorporar nuevos elementos reformadores que contribuyan a potenciar y a facilitar la participación del padre desde una posición dinámica y promocional. Desde esta perspectiva, a juicio del autor citado, la creación de instrumentos nuevos como el permiso parental obligatorio como derecho laboral irrenunciable a favor del padre, no transferible a la madre, de duración significativa y desvinculado del hecho del nacimiento para no confundirlo con los permisos por nacimiento, así como la consagración de una prestación única por paternidad son medidas básicas que pueden potenciar el cambio social necesario para hacer realidad una efectiva conciliación de trabajo y vida familiar entre hombres y mujeres.

En definitiva, no basta con medidas que únicamente apunten a garantizar la igualdad formal de oportunidades de hombres y mujeres frente al empleo, prohibiendo y sancionando los actos de discriminación, sino que se requieren medidas concretas que permitan, por un lado, a la consecución de una distribución más justa entre mujeres y hombres de sus responsabilidades familiares y, por otro, hacer de verdad compatible el trabajo con el cuidado de la familia. Ahora bien, aun cuando no es tarea del Estado establecer modelos concretos de convivencia familiar, no es menos cierto que los poderes públicos deben tratar de eliminar al máximo todos los

---

<sup>47</sup> Alameda Castillo, María Teresa, Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar, ob. cit., p. 497.

<sup>48</sup> Ídem, p. 498.

<sup>49</sup> Tortuero Plaza, José Luis, 50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral, ob. cit., p. 101 s.

obstáculos o dificultades que afectan directamente a la familia, para que dentro del ámbito privado existan verdaderas posibilidades de elección.<sup>50</sup>

Por lo tanto, el legislador debe sentar las bases para que el reequilibrio de responsabilidades pueda ser efectivo y para que pueda compatibilizarse el tiempo de trabajo y el tiempo de atención a la familia. Sólo de esta forma, creemos, se puede dar un paso significativo para el cambio de los rígidos patrones de género que hemos heredado de una cultura laboral y social que entra directamente en contradicción con el sentir y las aspiraciones de una buena parte de las nuevas generaciones de hombres y mujeres trabajadores.<sup>51</sup>

Para concluir, cabe señalar que en América Latina nos estamos enfrentando recién a la necesidad de avanzar más profundamente hacia un modelo de relaciones laborales que se construya en términos reales y efectivos en torno a la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, por lo que la reflexión crítica sobre la actual legislación laboral resulta imprescindible con miras a poder materializar una sociedad más justa, inclusiva y solidaria.

Por lo tanto, es preciso poner el acento en la obtención de mayores grados de armonización entre las responsabilidades laborales y familiares de trabajadores y trabajadoras que permitan una verdadera corresponsabilidad de los progenitores en el cuidado de las personas que estén bajo su dependencia y, muy especialmente de sus hijos. Como lo dispone la Convención de los Derechos del Niño en su preámbulo, la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, quienes tienen derecho a recibir de sus padres la protección y la asistencia necesarias para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad y así poder crecer en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para lo cual, sin duda alguna, un cambio en los roles laborales y familiares de trabajadores y trabajadoras constituye un presupuesto ineludible.

## BIBLIOGRAFÍA

Alameda Castillo, María Teresa, Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad, en Mercader Uguina Jesús (Coordinador), Comentarios laborales a la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2007.

Alemany Zaragoza, Eduardo, Evolución histórica del trabajo de la mujer hasta nuestros días, en Revista Aranzadi Social N° 22, 2004, disponible en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es).

Aguilera Izquierdo, Raquel, Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, (Número especial sobre igualdad efectiva de mujeres y hombres, Madrid, 2007).

Caamaño Rojo, Eduardo, El derecho a la no discriminación en el empleo, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2005.

---

<sup>50</sup> Aguilera Izquierdo, Raquel, Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ob. cit., p. 69-70.

<sup>51</sup> Véase: Caamaño Rojo, Eduardo, Mujer, trabajo y derecho, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, Chile, 2011, p. 116 s.

Caamaño Rojo, Eduardo, El permiso parental y la progresiva inclusión del padre trabajador en los derechos para la conciliación de trabajo y vida familiar, en Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (volumen XXXI, Semestre II, 2008).

Caamaño Rojo, Eduardo, Mujer, trabajo y derecho, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, Chile, 2011.

Brito Peña, Alejandra, De mujer independiente a madre. De peón a padre proveedor, La construcción de identidades de género en la sociedad popular chilena, colección Historia y Memoria, Ediciones Escaparate, Concepción, Chile, 2005.

Conde-Pumpido, María Teresa, La maternidad y la conciliación familiar dentro de la tutela de la igualdad, en Cuadernos de Derecho Judicial, volumen XVII, Consejo General del Poder Judicial, España, 2006.

De Castro Sánchez, Claribel, Los derechos de la mujer 60 años después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en Aguilar Cavallo, Gonzalo (editor), 60 años después: enseñanzas pasadas y desafíos futuros. Conmemoración de los 60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2008.

Folguera, Pilar, La equidad de género en el marco internacional y europeo, en Maqueira, Virginia, (editora), Mujeres, globalización y derechos humanos, 2ª edición, Madrid, España, 2010.

Garriguez Giménez, Amparo, La maternidad y su consideración jurídico – laboral y de seguridad social, Colección Estudios N° 159, Consejo Económico y Social, Madrid, España, 2004.

Hein, Catherine, Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares, Informes OIT, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, España, 2006.

Henríquez, Helia; Riquelme, Verónica, Trabajo y maternidad: los pasos pendientes, Temas Laborales N° 3, documento elaborado por la Dirección del Trabajo, disponible en [www.dt.gob.cl](http://www.dt.gob.cl).

Hunneus, Carlos, La guerra fría chilena, Editorial Random House Mondadori, Santiago, Chile, 2009.

Hutchinson, Elizabeth, Labores propias de su sexo. Género, políticas y trabajo en Chile urbano 1900 – 1930, Editorial Lom, Santiago, Chile, 2006.

Jevons, William S., El Estado y los trabajadores, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, España, 2006.

López López, María Teresa; Valiño Castro, Aurelia, Conciliación familiar y laboral en la Unión Europea, Consejo Económico y Social, Madrid, España, 2004.

Melis Valencia, Christian, Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2009.

Murillo de la Vega, Soledad, Presentación del número especial de la Revista del Ministerio del Trabajo sobre la Igualdad Efectiva de mujeres y hombres, en Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, España, 2007.

Pérez-Beneyto, José, Jornada y conciliación del trabajo, en Cuadernos de Derecho Judicial, volumen XVII, Consejo General del Poder Judicial, España, 2006.

Rivas, Ana María; Rodríguez, María José, Mujeres y hombres en conflicto. Trabajo, familia y desigualdades de género, Ediciones HOAC, Madrid, España, 2008.

Rodríguez Manzano, Irene, Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, desarrollo y paz, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, Editorial Catarata, Madrid, España, 2008.

Supiot, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Colección Informes y Estudios N° 11, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

Todaro, Rosalba; Yáñez, Sonia, *El trabajo se transforma*, CEM Ediciones, Santiago, Chile, 2004.

Tortuero Plaza, José Luis, *50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral*, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2006.

Ugarte Cataldo, José Luis, *Derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2013.

Uribe-Echeverría, Verónica, *Inequidades de género en el mercado laboral: el rol de la división sexual del trabajo*, en Cuaderno de Investigación N° 35, Dirección del Trabajo, noviembre 2008.

Walker Linares, Francisco, *Lecciones elementales de economía social y legislación del trabajo*, editor Flavio Valencia Guevara, Santiago, Chile, 1933.

Yáñez Andrade, Juan Carlos, *La intervención social en Chile*, RIL Editores, Santiago, Chile, 2008.