Santiago, dieciocho de junio de dos mil trece.

VISTOS:

Con fecha 14 de junio de 2012, los abogados Rafael Pereira Lagos y Patricia Silva Meléndez, en representación de las juezas titulares señoras Carolina Andrea Llanos Ojeda, Luz Adriana Celedón Bulnes y Paola Andrea Rivas Mardones, han requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la primera parte del inciso segundo del artículo 6° de la Ley N° 20.545, de 17 de octubre de 2011, que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental, en cuanto excluye a los funcionarios públicos que ejerzan el derecho al permiso postnatal parental de la aplicación del artículo 153 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Salud, de 2006, que - a su vez - establece que los funcionarios públicos, durante el goce de licencia médica por enfermedad, descanso de maternidad o enfermedad grave del hijo menor de un año, tendrán derecho a la mantención del total de sus remuneraciones y que su pago corresponderá al servicio o institución empleadora.

En efecto, el precepto legal impugnado establece que:

"Artículo 6°.- Las y los funcionarios del sector público a que se refiere el inciso primero del artículo 194 del Código del Trabajo, tendrán derecho al permiso postnatal parental y al subsidio que éste origine en los mismos términos del artículo 197 bis del referido Código. A este subsidio se le aplicarán las normas correspondientes del decreto con fuerza de ley N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978.

A este permiso no le será aplicable lo dispuesto en el artículo 153 del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Salud, de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N°

2.763, de 1979, y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469. Un reglamento dictado por el Ministerio de Hacienda, suscrito además por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, determinará la forma y el procedimiento en que la funcionaria podrá hacer uso del derecho a reincorporarse a sus funciones durante el goce de este permiso. Además, establecerá los criterios que el Servicio o Institución empleadora deberán utilizar para determinar la jornada que le corresponderá cumplir. Para ello podrá considerar la escala de remuneraciones y el grado que ella detente, entre otros factores.

Las normas de este artículo serán aplicables a los funcionarios del sector público que hagan uso del permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis del Código del Trabajo.

Sin perjuicio de lo establecido en los incisos anteriores, las y los funcionarios continuarán percibiendo la asignación de zona a que se refiere el decreto ley N° 249, de 1973, y sus normas complementarias, así como las bonificaciones especiales que benefician a zonas extremas del país, establecidas en el artículo 3° de la ley N° 20.198, el artículo 13 de la ley N° 20.212, el artículo 3° de la ley N° 20.250, el artículo 30 de la ley N° 20.313 y el artículo 12 de la ley N° 20.374. El pago de estas remuneraciones corresponderá al Servicio o Institución empleadora."

La gestión judicial invocada consiste en dos procesos por acciones constitucionales de protección actualmente acumulados, en contra de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, rechazados en primera instancia por sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 7 de junio de 2012, en apelación concedida para ante la Corte Suprema, cuya tramitación está suspendida por orden de esta Magistratura Constitucional, mediante los cuales se pretende ejercer

el derecho al permiso posnatal parental con subsidio, pero sin el tope equivalente a las remuneraciones imponibles, menos impuestos y cotizaciones, establecido en el D.F.L. N°44 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 24 de julio de 1978, a que alude el artículo 198 del Código del Trabajo.

Expone la parte requirente que el nuevo artículo 197 bis del Código del Trabajo permite que las mujeres con un sueldo superior al tope indicado del subsidio, gocen del permiso a medio tiempo con dicho subsidio y se reincorporen al trabajo a media jornada con al menos un 50% de sus remuneraciones, en el entendido que tales remuneraciones son negociables y aquello es el piso, cuestión que en el sector público no puede ocurrir, agregando que antes de la Ley N° 20.545 el subsidio por el descanso de maternidad posnatal para las funcionarias públicas no tenía tope.

Así, detallando los montos de sus ingresos, señalan que de aplicarse el precepto impugnado pierden durante el descanso posnatal parental el 70 % de sus ingresos, que especifican a fojas 12, pues el subsidio actualmente asciende al tope de remuneraciones imponibles, que hoy es de 67,4 Unidades de Fomento, agregando que también se les ha notificado de la pérdida del bono de gestión institucional.

Exponen que el legislador, al dictar la Ley N° 20.545, estableció una alternativa para las mujeres que tienen remuneraciones superiores a ese tope, consistente en trabajar a media jornada y percibir a lo menos el 50% de la remuneración fija subsidiada hasta el tope, más la otra parte de la remuneración que sería variable o negociable, en el entendido que las trabajadoras de ingresos altos gozan de cierta capacidad de negociación que les permitiría obtener una mayor remuneración por la jornada parcial. Sin embargo, dicha solución no puede operar respecto de funcionarias del Estado, las que no

pueden negociar el monto de sus estipendios.

Agregan que, además, sólo se dejó a salvo del tope por subsidio la asignación de zona para los funcionarios de zonas extremas, pues no es imponible y por ende no ingresaba al cálculo del subsidio.

Relatan que, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.545, esta situación estaba salvada, pues las requirentes estaban regidas únicamente por el artículo 153 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del año 2006, del Ministerio de Salud, que dispone:

"Artículo 153.- El derecho a licencia por enfermedad, descanso de maternidad o enfermedad grave del hijo menor de un año del personal afecto a la ley N° 18.834, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se fijó por el Decreto con Fuerza de Ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, se regirá por lo establecido en dicho cuerpo legal.

Estos trabajadores tendrán derecho, durante el goce de la licencia, a la mantención del total de sus remuneraciones y su pago corresponderá al Servicio o Institución empleadora, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley N° 18.196.

La parte de sus remuneraciones sobre la que no han efectuado cotización para los efectos de esta ley, será de cargo exclusivo del Servicio o Institución empleadora."

Tras la entrada en vigencia de la Ley N° 20.545 y frente a una consulta de la Asociación Nacional de Magistrados, la Corporación Administrativa del Poder Judicial, en noviembre de 2011, dictaminó que los funcionarios del Poder Judicial pueden optar entre las siguientes alternativas:

- tomar el descanso post natal parental a tiempo completo con el tope del subsidio;

- tomar el descanso a medio tiempo y trabajar a media jornada para percibir sus rentas sin tope por el tiempo efectivamente laborado; o bien,
- renunciar al descanso postnatal parental.

Cabe tener presente que dos de las requirentes renunciaron al permiso y subsidio en comento, para presentar además licencias médicas por otros motivos clínicos, las cuales fueron rechazadas por coincidir con el período de descanso posnatal parental.

Exponen que a pesar de la respuesta de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, el permiso posnatal parental tiene carácter de irrenunciable, lo que ha sido reconocido por la Contraloría General de la República mediante dictamen N° 4587, de 24 de enero de 2012.

Las requirentes estiman que, de aplicarse el precepto legal impugnado, se vulneraría el artículo 1° de la Carta Fundamental, en lo relativo a la protección constitucional de la familia. Además, el inciso segundo de su artículo 5°, en relación a los artículos 7, a), i) y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en la ONU y publicado en Chile el 27 de mayo de 1989, en cuanto al derecho a un salario equitativo e igual, por trabajo de igual valor, y a la protección de la maternidad. Finalmente, se vulnerarían los artículos 1° y 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, publicada el 9 de diciembre de 1989, en cuanto a la no discriminación de la mujer en el empleo.

Por otra parte, estiman que se han infringido sus garantías constitucionales del derecho a la igualdad ante la ley, de la progresividad del derecho a la seguridad social y el contenido esencial de los derechos fundamentales, en la medida que el subsidio por el descanso posnatal irrenunciable no cubre el total de las remuneraciones a las que se tiene derecho.

En cuanto a la igualdad ante la ley, asegurada en el artículo 19, N° 2°, de la Constitución, hacen suyos los estándares fijados en las sentencias Roles N°s 986, 1273, 1710, 1968 y 1988, para concluir que, en la práctica, sólo para las funcionarias públicas judiciales con remuneraciones superiores al tope imponible no existe el derecho al subsidio por la remuneración completa en el permiso posnatal parental, siendo la maternidad el elemento diferenciador respecto de todos los funcionarios públicos que conservan remuneración completa en todo caso de subsidio, aun cuando concurre el mismo derecho al subsidio contemplado en el DFL N° 44 aludido y la maternidad es la misma para ambos casos, esto es, permiso de maternidad posnatal y permiso posnatal parental.

Agregan que en el caso de licencias médicas por otros motivos distintos de la maternidad, sí tiene aplicación lo dispuesto en el artículo 153 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del año 2006, del Ministerio de Salud, casos en los cuales existe el derecho al pago de las remuneraciones completas sin tope.

Así, concluyen que la norma y la diferencia de trato no superan un examen de proporcionalidad de acuerdo a los estándares fijados por esta Magistratura en su sentencia Rol N° 1419, pues la finalidad -que fue el cuidado de los recursos fiscales- causa un daño evidente y desproporcionado a la maternidad y a la infancia.

En cuanto a que el alto nivel de ingresos de las requirentes pueda justificar la diferencia, señalan ellas que la inexistencia de topes en materia de licencias es una conquista de los funcionarios públicos, que se niega en este caso por razón de maternidad, es decir, por factor de sexo, ya que este derecho parental sólo excepcionalmente lo ejercen los hombres.

Así, consideran vulnerado el deber de progresividad y mayor cobertura posible establecido respecto de los derechos de seguridad social, de acuerdo con el artículo

2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además del derecho a la seguridad social, garantizado en el artículo 19, N° 18°, de la Carta Fundamental.

Por otra parte, en relación a la sentencia de inadmisibilidad Rol N° 2211, de 30 de mayo de 2012, señalan que el objeto del presente requerimiento no es obtener la eliminación de los topes del subsidio, sino la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado, para dar lugar a la aplicación del artículo 153 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2006, del Ministerio de Salud.

Con fecha 19 de junio de 2012, la Segunda Sala de este Tribunal acogió a tramitación el requerimiento, concediéndose la suspensión del procedimiento y confiriéndose traslado para resolver acerca de su admisibilidad.

La parte requerida evacuó el traslado conferido, sosteniendo que la aplicación del precepto legal censurado no es decisiva pues, aunque la norma no existiese, sólo se tiene derecho al subsidio establecido en el artículo 197 bis del Código del Trabajo. Agrega que el precepto legal impugnado es redundante, pues el artículo 153 del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Salud, de 2006, se refiere a la licencia médica y el permiso posnatal no tiene esa naturaleza jurídica ni la requiere, agregando que no existe precepto legal alguno que permita el pago íntegro de remuneraciones que las actoras pretenden.

Con fecha 5 de julio de 2012, las actoras señalan que la norma impugnada se introdujo porque sin ella se debiera pagar íntegramente la remuneración y porque de la lectura del artículo 153 se colige que menciona expresamente el descanso por maternidad. Finalmente invocan pasajes de la historia de la Ley N° 20.545, para concluir que hay menoscabo a los derechos de los

funcionarios públicos.

A fojas 126 se reciben e incorporan las piezas principales del expediente acumulado de la gestión invocada y con fecha 10 de julio de 2012 se declaró admisible la acción. Posteriormente se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

A fojas 223 la requerida evacuó el traslado conferido, dando cuenta de los antecedentes de la gestión invocada y señalando que, de acuerdo al Estatuto Administrativo, se perciben remuneraciones sólo por el tiempo efectivamente laborado, sin perjuicio de permisos, feriados y licencias, motivo por el cual no existe el derecho adquirido a una remuneración concreta, agregando que las licencias de jueces son concedidas por el Presidente de la Corte Suprema.

Luego se refiere detalladamente al régimen de las licencias médicas en el Estatuto Administrativo vigente y en el anterior del año 1960, para llegar al artículo 22 de la Ley N° 18.469, dictada en 1986 y referida al ejercicio del derecho a la salud, que es el antecedente del actual artículo 153 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud.

Agrega que el artículo 89 del Estatuto Administrativo vigente dispone una remisión al Código del Trabajo en materia de protección a la maternidad, lo cual debe entenderse en relación a los artículos 195, 197 y 198 de dicho cuerpo legal laboral.

Así las cosas, las licencias con subsidio sin tope son un privilegio, pues en materia de subsidios la regla general es la remuneración mensual neta, que es la remuneración mensual imponible, todo ello según lo disponen los artículos 7° y 8° del Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que a partir de enero de 2012 es de 67,4 Unidades de Fomento. Posteriormente se refiere al

máximo del subsidio, diferenciando el permiso posnatal del artículo 195 del Código del Trabajo, no tocado por la Ley N° 20.545, del permiso posnatal parental que establece el artículo 197 bis del Código del Trabajo, introducido por dicha ley. Se estableció que ambos subsidios tendrían la misma base de cálculo, constituida por la renta mensual neta, con tope imponible.

En cuanto al privilegio de remuneraciones íntegras y sin tope, señala que se refiere sólo al permiso del artículo 195 del Código del Trabajo y que debe ser interpretado restrictivamente. Agrega que el permiso posnatal parental creado por la Ley N° 20.545 se otorga, según su artículo 5°, sobre la base de licencia médica por reposo posnatal y en base a las instrucciones que imparta la Superintendencia de Seguridad Social, lo que determina además su base de cálculo, según una norma que no ha sido impugnada, por lo que la Corporación no puede hacer el pago íntegro de remuneraciones, por ser éste incausado y contrario a la ley.

Expone que, como lo señalara esta Magistratura en su sentencia Rol N° 2025, la Ley N° 20.545 creó un nuevo beneficio de seguridad social, adicional y hasta entonces inexistente, estableciendo su base de cálculo y fuente de financiamiento, motivo por el cual no debe ser confundido con el subsidio anteriormente existente.

A fojas 231 se señala que incluso si se acoge el requerimiento, las actoras no percibirían sus remuneraciones sin tope, pues el inciso segundo del artículo 153 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud, exige que el permiso posnatal se use "**durante**" la licencia médica, requisito que en la especie no concurre. Además, las requirentes no han impugnado el primer inciso del artículo 6° de la Ley N° 20.545, que dispone que los subsidios se calculan en base al Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que establece

el tope de las remuneraciones imponibles.

Así, manifiesta que las requirentes se equivocan cuando señalan que la declaración de inaplicabilidad y la aplicación del artículo 153 mencionado les darían derecho a subsidio sin topes, pues el tribunal de protección no puede asimilar el descanso posnatal parental al descanso del artículo 195 del Código del Trabajo, ya que el legislador los ha diferenciado claramente en varias normas. En esta línea, señala que la causa del posnatal parental no es la maternidad, ya que lo puede hacer efectivo incluso el padre, no obstante lo cual el ejercicio argumentativo propuesto en el libelo lleva a que sólo las mujeres tengan remuneraciones íntegras en caso de usarlo.

En cuanto al fondo, descarta cualquier vulneración a la garantía de igualdad ante la ley, citando al efecto jurisprudencia de este Tribunal y señalando que no hay discriminación entre funcionarias públicas y privadas en el subsidio por el permiso posnatal parental, pues la prestación de seguridad social y el cálculo son los mismos. Argumenta que, por el contrario, lo pretendido por las actoras es crear un estatuto especial en su favor sin estar en circunstancias diferentes, además de no haber impugnado la norma idónea.

Aduce que tampoco existe discriminación entre funcionarios públicos, pues no hay un estatuto diferenciado, sino una prestación nueva, de tipo laboral y de seguridad social, con un solo estatuto, que es distinto del subsidio posnatal de las 12 semanas siguientes al parto, existente con anterioridad a la Ley N° 20.545, sin que puedan ser confundidos ni asimilados, pues incluso para efectos del impuesto a la renta tienen tratos diferentes.

Así, se cumpliría plenamente el mandato constitucional de acceso a prestaciones básicas y uniformes de seguridad social, sin que se vulnere la

integridad de la familia, argumentación que es considerada por la requerida como un exceso, sobre todo si se percibe un subsidio que antes no existía.

Por todo lo expuesto, solicita el rechazo del requerimiento.

Con fecha 14 de agosto de 2012 se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

I.- EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO.

PRIMERO: En estos antecedentes se sostiene por las tres señoras juezas requirentes la antinomia constitucional que emergería del hecho de que la Ley N° 20.545, de 17 de octubre de 2011 - que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso posnatal parental, reformando para esos efectos el Código del Trabajo, el Decreto con Fuerza de Ley N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 24 de julio de 1978, que a su vez fija normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado, y el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, de 2006, en materia de derecho a la salud, entre otras normas legales -, en su aplicación concreta, vulneraría derechos constitucionales de las trabajadoras del sector público, desde las siguientes tres perspectivas fundamentales;

SEGUNDO: Que, en primer lugar, toda vez que el inciso segundo, primera parte, del artículo 6° de la mencionada ley, transcrito supra, cuya aplicación en los recursos de protección acumulados roles N°s 5051-2012 y 5827-2012, tramitados ante la Corte de Apelaciones de Santiago, es reprochada por inconstitucional en esta sede, en la medida que establece que no es aplicable el artículo 153 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de

2006, importaría una diferencia de trato injustificada entre personas que se encuentran en una situación básicamente similar (igualdad esencial), entre funcionarios públicos, de aquellos que tienen una remuneración superior al tope imponible, ya que por lo dispuesto en el precepto legal censurado, cuando en el ejercicio del permiso posnatal parental por funcionarias con remuneración superior a ese tope imponible concurre el derecho a subsidio, sólo les corresponde que su institución o servicio les remunere hasta concurrencia de dicho tope. A la inversa, cuando cualquier otro funcionario o funcionaria pública tiene derecho a subsidio, por uso de licencia médica, le resulta aplicable la norma del artículo 153, inciso segundo, del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2006, en virtud de la cual "... Estos trabajadores [del sector público] tendrán derecho, durante el goce de la licencia, a la mantención del total de sus remuneraciones y su pago corresponderá al Servicio o Institución empleadora, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley N° 18.196." (Lo señalado entre corchetes es nuestro). Y la última norma legal aludida en la citada, a su vez, establece la obligación de pago de la entidad responsable del subsidio al servicio o institución empleadora de "...una suma equivalente al mínimo del subsidio por incapacidad laboral que le habría correspondido al trabajador de haberse encontrado éste afecto a las disposiciones del decreto con fuerza de ley N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.";

TERCERO: Que, en otras palabras, según este primer capítulo, se estaría vulnerando la igualdad de trato entre funcionarios públicos de renta superior al tope, puesto que las mujeres funcionarias que gozan automáticamente de su permiso posnatal parental, una vez expirado el descanso posnatal por maternidad, ven significativamente reducida su renta, la que alcanza sólo

hasta el tope durante el permiso posnatal parental, en circunstancias que a todos los otros funcionarios y funcionarias públicas que gozan del subsidio por licencia médica, se les mantiene el total de la remuneración, incluso superior al tope e independientemente de la remuneración que perciban. Ello, además, redundaría en la infracción de otros derechos asegurados constitucionalmente, tales como ciertos derechos garantizados por tratados internacionales de derechos humanos, cuales son el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, las condiciones de trabajo no discriminatorias para la mujer, especialmente en función de sus procesos reproductivos, así como otros derechos establecidos en la misma Constitución, tales como la seguridad social y el derecho a la intangibilidad de la esencia de los derechos garantizados constitucionalmente;

CUARTO: Que, asimismo, en segundo lugar, se sostiene por las requirentes existir discriminación arbitraria con respecto a las trabajadoras del sector privado, puesto que si bien estas últimas también están afectas al tope del subsidio en caso de permiso posnatal parental, tienen sin embargo mayores posibilidades de negociación de su remuneración -no permitidas en el ámbito del Derecho Público estatutario para las juezas- para acordar una mayor en caso que se ejerza el derecho a renuncia parcial al permiso posnatal parental, reincorporándose anticipadamente a sus funciones, única renuncia autorizada por el artículo 197 bis, incisos segundo y siguientes, del Código del Trabajo. Así, sus condiciones de maternidad y laborales resultan disminuidas;

QUINTO: Que, en tercer lugar, se ha sostenido por las requirentes que, por su naturaleza, el beneficio contemplado en el artículo 153 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2006, es de carácter remuneracional, es decir,

retribución por el trabajo y no cobertura del sistema de seguridad social para un estado de necesidad, al menos en la parte que excede el tope imponible para enterar la remuneración íntegra de las funcionarias públicas. Sin embargo, se dice por las mismas que, en materia de permiso posnatal parental, en la dimensión extendida que se le dio a este derecho, que habría quedado de manifiesto durante todo el trámite legislativo de la Ley N° 20.545, se trata de un derecho cuya naturaleza es de seguridad social y que comprende, en conjunto, para las funcionarias públicas, el permiso para ausentarse del trabajo, el subsidio hasta el tope y la mantención de la remuneración íntegra pagada por el servicio o institución empleadora, aunque exceda el tope. De este modo, no reconocer el derecho a la remuneración íntegra como uno de los componentes del permiso posnatal parental, importa vulnerar la obligación del Estado de garantizar el acceso a prestaciones básicas uniformes de seguridad social (para las funcionarias públicas) y la progresividad de las mismas, existiendo también aquí una discriminación arbitraria por causa de la maternidad;

SEXTO: Que, consecuentemente, es dable observar que la sustancia del requerimiento reposa sobre la idea de que la supresión del beneficio del artículo 153 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2006, para las funcionarias públicas que ejercen el permiso posnatal parental, que habría dispuesto el artículo 6°, inciso segundo, primera parte, de la Ley N° 20.545, en su aplicación al caso concreto de las juezas requirentes, resulta inconstitucional, básicamente porque materializa una discriminación arbitraria, que repercute en la vulneración de una serie de derechos constitucionalmente asegurados. De allí entonces que, para dilucidar el asunto sub lite, sea necesario investigar si, efectivamente, (i) existe una desigualdad de trato entre casos esencialmente iguales, carente de fundamento

razonable, y si, efectivamente, (ii) es la norma legal impugnada la que suprime para el caso reclamado el beneficio laboral o social pretendido;

II.- ESENCIA DEL PERMISO POSNATAL PUERPERAL EN RELACIÓN AL PERMISO POSNATAL PARENTAL. DIFERENCIAS SUSTANCIALES.

SÉPTIMO: El permiso posnatal parental es un nuevo beneficio de seguridad social, sui generis, de naturaleza jurídica diversa al descanso por maternidad, previsto tradicionalmente en la legislación laboral, sea este último prenatal o posnatal puerperal. Las diferencias entre ambos son evidentes y las perfilaremos a continuación;

OCTAVO: Que, desde luego, son diferentes su fundamento y fines. En efecto, el descanso por maternidad está fundado preponderantemente en la salud de la mujer que cursa un proceso reproductivo -el que, si bien no es per se una enfermedad, expone a la madre a una mayor vulnerabilidad en su salud- y por ello amerita un tiempo de reposo previo para dar a luz en condiciones adecuadas y un tiempo posterior al parto para recuperarse del puerperio. Ello permite asimilarlo legalmente a una enfermedad, sin ser propiamente tal (véase HUMERES NOGUER, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 190 y ss.). En cambio, el permiso posnatal parental está centrado principalmente en el recién nacido y tiene por finalidad el mejor desarrollo psicológico del menor, fortaleciendo el apego del mismo a sus figuras parentales, es decir, cualquiera de ambos progenitores en sus respectivos roles, aunque principalmente la madre, en términos de identidad y afectividad del menor, al paso que posibilita un mejor cuidado del mismo en las etapas iniciales del desarrollo y estimulación de sus

potencialidades cognitivas y de los rasgos fundamentales de su personalidad (véase OLIVA DELGADO, Alfredo. "Estado Actual de la Teoría del Apego", en Revista de Psiquiatría y Psicología del Niño y del Adolescente, 2004,4 (1) pp. 65-81.). A partir de allí, entonces, se derivan otras diferencias adicionales;

NOVENO: Que, por cierto, el descanso posnatal puerperal puede ejercerse tanto en el caso del niño nacido vivo como en el caso que éste fallezca en el parto o durante el período del referido descanso puerperal, dado que atiende fundamentalmente al restablecimiento de la salud de la madre, toda vez que el artículo 195, inciso primero, del Código del Trabajo no distingue a este respecto. A diferencia del permiso posnatal parental, que no procede cuando el niño no nace vivo o perece durante el período del respectivo descanso puerperal o parental. Así lo ha dictaminado la Superintendencia de Seguridad Social, al señalar que: "...Dado que este permiso tiene por finalidad ayudar al cuidado del menor y apego a sus padres, es necesario que, al inicio de dicho beneficio, el menor se encuentre vivo ... En aquellos casos en que se produzca el fallecimiento del menor durante el período de descanso posnatal, los padres no podrán hacer uso de los beneficios que establece el artículo 197 bis del Código del Trabajo, debiendo la madre dar aviso de dicho evento a la entidad pagadora del subsidio."(Oficio Circular Suseso N° 2777, de 18 de octubre de 2011, 1.1., incisos tercero y quinto). Sin embargo, en ambos tipos de permiso posnatal, si la madre es quien fallece, corresponde la totalidad o fracción restante del mismo permiso puerperal o parental, según el caso, al padre (artículos 195, inciso tercero, y 197 bis, inciso séptimo, del Código del Trabajo);

DÉCIMO: Que, por otra parte, en el caso del permiso posnatal puerperal, estando viva la madre, por la naturaleza de la institución, no es posible ceder tal

descanso de maternidad o posnatal puerperal al padre, conforme a lo establecido en el artículo 195, inciso tercero, del Código del Trabajo. En cambio, en el caso del permiso posnatal parental, incluso estando ambos padres vivos, según dispone el artículo 197 bis, inciso octavo, del Código del Trabajo, si ambos padres son trabajadores, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del permiso posnatal parental, a partir de la séptima semana del mismo, por el número de semanas que ésta indique. Las semanas utilizadas por el padre deberán ubicarse en el período final del permiso y darán derecho al subsidio establecido en dicha norma legal. Porque lo anterior es así, se usa el calificativo mismo de "parental" que denota, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, una referencia a uno o a ambos progenitores (www.rae.es.com, 2. [Consultado el 1° de abril de 2013]). Por lo que no es un referente semántico alusivo exclusivamente a la mujer madre;

DECIMOPRIMERO: Que, asimismo, la indisponibilidad del descanso por maternidad o posnatal puerperal es absoluta, toda vez que conforme al artículo 195, inciso quinto, del Código del Trabajo, los derechos referidos no podrán renunciarse y durante los períodos de descanso queda prohibido el trabajo de las mujeres, tanto embarazadas como puérperas. En cambio, tratándose del permiso posnatal parental, la mujer puede renunciarlo parcialmente, reincorporándose a su trabajo por media jornada, caso en el cual percibe la mitad del subsidio más la mitad de su estipendio pactado y se extiende el permiso bajo ese régimen a dieciocho semanas. Para ello debe dar aviso al empleador mediante carta certificada, a lo menos con treinta días de anticipación al vencimiento del permiso posnatal puerperal. Si se omite dicho aviso rige, automáticamente y sin solución de continuidad, el permiso posnatal parental en régimen general,

inmediatamente después de vencido el permiso posnatal puerperal. Todo ello, conforme al artículo 197 bis, incisos segundo y cuarto, del Código del Trabajo;

DECIMOSEGUNDO: Que, por otra parte, entre ambos institutos posnatales existen también diferencias formales, de consecuencias jurídicas nada baladíes. En efecto, para justificar la ausencia al trabajo de la madre, el descanso por maternidad, tanto pre como posnatal, se otorga sobre la base de una certificación médica o de matrona. El artículo 197 del Código del Trabajo señala que, para hacer uso del descanso de maternidad, deberá presentarse al jefe del establecimiento, empresa, servicio o empleador un certificado médico o de matrona que acredite que el estado de embarazo ha llegado al período fijado para obtenerlo (seis semanas antes del parto y doce semanas después de él). El inciso segundo destaca que:..."El descanso se concederá de acuerdo con las formalidades que especifique el reglamento". Tal reglamento es el Decreto Supremo N° 3, de Salud, de 28 de mayo de 1984, que aprueba el Reglamento de Autorización de Licencias Médicas por la COMPIN e Instituciones de Salud Previsional, el cual establece que, en caso de licencia médica por descanso maternal, sólo se podrá ordenar reposo total. De manera que "(1)a licencia médica que prescribe reposo total confiere al trabajador[a] el derecho a ausentarse de su trabajo durante el tiempo que ella misma determina" (artículo 6°, incisos tercero y cuarto, del Decreto Supremo N° 3 de Salud, de 1984). Es decir, el permiso posnatal ordinario asume la forma de una licencia médica para la madre, entendida como el acto médico administrativo, ulteriormente aprobado por la entidad de control que corresponda, que justifica la ausencia al trabajo de la paciente. En cambio, por su parte, el permiso posnatal parental no está sujeto a formalidad alguna y rige automáticamente, por el solo

ministerio de la ley, una vez vencido el permiso posnatal puerperal, sin necesidad de licencia médica o aviso alguno, salvo que se ejerza el derecho de renuncia parcial o de cesión al padre, ya comentados supra. Es por ello que el artículo 197 bis, inciso primero, primera parte, establece que "(l)as trabajadoras tendrán derecho a un permiso postnatal parental de doce semanas a continuación del período postnatal...". Es decir, si bien se entiende, la licencia médica para el posnatal puerperal de la madre, que marca el cómputo del plazo de ese permiso de maternidad, sirve o se considera para computar también el permiso posnatal parental, cuyo plazo corre inmediatamente una vez vencido el primero, pero durante el permiso parental no está vigente la licencia médica como tal;

DECIMOTERCERO: Que, por otro lado, hay diferencias en el régimen de fuero laboral. En efecto, tal beneficio - en virtud del cual el empleador sólo puede poner término al contrato de trabajo previa autorización judicial y nada más que por ciertas causales estrictas - rige para la mujer únicamente en caso de posnatal puerperal y no en el posnatal parental (aunque el plazo del primero cubre en la práctica buena medida del segundo). Sin embargo, rige para el padre, aunque sólo en caso que sea éste quien haga uso del posnatal parental. Ello, conforme al artículo 201, inciso primero, del Código del Trabajo, que dispone que: "Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis, la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174. En caso de que el padre haga uso del permiso postnatal parental del artículo 197 bis también gozará de fuero laboral, por un período equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso

del mismo. Con todo, este fuero del padre no podrá exceder de tres meses”;

DECIMOCUARTO: Que, además, otra consecuencia derivada de todo lo anterior consiste en el diverso régimen del subsidio correspondiente a cada permiso. Para analizarlo con claridad, trataremos primero las solas diferencias a este respecto entre el permiso posnatal puerperal y parental en régimen laboral privado. Posteriormente, introduciremos la variable del subsidio en el régimen funcionario estatutario de Derecho Público;

DECIMOQUINTO: Que, efectivamente, tanto en el caso de permiso posnatal puerperal como del permiso posnatal parental, procede un subsidio que se calcula de la misma manera, y tiene la misma fuente de financiamiento, pero cuya naturaleza es diversa. Así las cosas, en caso de permiso posnatal puerperal, la licencia médica mediante la cual éste se formaliza, una vez aprobada real o presuntivamente, en los términos de los artículos 25, 26 y 37 del Decreto Supremo N° 3, de Salud, de 28 de mayo de 1984, es la causa del derecho al subsidio, el cual se otorga por incapacidad laboral temporal, es decir, se asimila a una enfermedad común o no profesional o accidental del trabajo. En cambio, en el caso del permiso posnatal parental, el subsidio deriva directamente de la ley que otorga automáticamente el permiso mismo, sin siquiera requerir aviso previo como solución de continuidad, en los términos del artículo 197 bis, inciso décimo, del Código del Trabajo, es decir, es un beneficio de seguridad social per se, puro, que no se asimila a una enfermedad o incapacidad temporal laboral. Con todo, la licencia médica se considera como referente también en este caso, según dispone el artículo 5° del D.F.L. N° 44, de 24 de julio de 1978, conforme al cual: “El subsidio que origine el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis del Código del Trabajo se otorgará sobre la base de la licencia médica por reposo postnatal

y conforme a las instrucciones que imparta la Superintendencia de Seguridad Social". (Lo destacado es nuestro). Porque el subsidio posnatal puerperal en sí, conforme al artículo 15 del D.F.L. N° 44, dura sólo hasta el término de la correspondiente licencia;

DECIMOSEXTO: Que, no obstante, en ambos casos, dicho subsidio se calcula de la misma manera. En efecto, señala el artículo 198 del Código del Trabajo que: "La mujer que se encuentre en el período de descanso de maternidad a que se refiere el artículo 195, de descansos suplementarios y de plazo ampliado señalados en el artículo 196, como también los trabajadores que hagan uso del permiso posnatal parental, recibirán un subsidio **calculado** conforme a lo dispuesto en el decreto con fuerza de ley N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978, y en el artículo 197 bis".(Lo destacado es nuestro). A su vez, el artículo 8°, inciso segundo, del D.F.L. N° 44, de 24 de julio de 1978, referido, modificado en este punto por el artículo 2°, N°2, letra b), de la Ley N° 20.545, impugnada por otro artículo en estos autos, establece el tope al disponer que: "En todo caso, el monto diario de los subsidios del inciso primero del artículo 195, **del inciso segundo del artículo 196 y del artículo 197 bis, todos del Código del Trabajo**, y del artículo 2° de la ley N° 18.867, no podrá exceder del equivalente a las remuneraciones mensuales netas, subsidios o de ambos, devengadas por trabajadoras dependientes en los tres meses anteriores más próximos al séptimo mes calendario que precede al del inicio de la licencia, dividido por noventa, aumentado en el 100% de la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor en el período comprendido por los siete meses anteriores al mes precedente al del inicio de la licencia, e incrementado en un 10%".(Lo destacado es nuestro y corresponde a lo modificado en este punto por la Ley N° 20.545). A su vez, el artículo 7° del D.F.L. N°

44, citado, define lo que se entiende por remuneración neta: "Remuneración neta, para la determinación de las bases de cálculo, es la remuneración imponible con deducción de la cotización personal y de los impuestos correspondientes a dicha remuneración". Por lo tanto, si bien se entiende, la remuneración imponible no es el tope, sino sólo uno de los elementos para calcular el tope del subsidio, criterio que se reafirma en el artículo 8° bis del citado D.F.L. N° 44;

DECIMOSÉPTIMO: Que, por otro lado, con respecto a la fuente de financiamiento de cada subsidio, que se calcula de igual manera según se dijo, no existe diferencia entre ambos posnatales. En efecto, la fuente de financiamiento del subsidio puerperal es pública, y se hace con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidios de Cesantía, constituido por aportes fiscales, independientemente de que la trabajadora esté afiliada a una institución de salud previsional o a FONASA. El subsidio por permiso posnatal parental, conforme al artículo 197 bis, inciso décimo, del Código del Trabajo, también "...se financiará con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidio de Cesantía del decreto con fuerza de ley N° 150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1982." Es decir, en ninguno de los dos tipos de posnatal se trata de un subsidio remuneracional, sino que constituye financieramente un beneficio neto de seguridad social de carácter asistencial, en la línea de las asignaciones familiares. Pero en el posnatal puerperal, está sujeto a licencia médica y opera por incapacidad laboral temporal (véase

[www.supersalud.gob.cl/documentacion\(569/articles-6062](http://www.supersalud.gob.cl/documentacion(569/articles-6062)

[consulta 5 de abril de 2013]);

DECIMOCTAVO: Que, con todo, en régimen laboral privado, conforme al artículo 3° del D.F.L. N° 44, de 1978, "(1)os subsidios serán imponibles para previsión

social y salud, y no se considerarán renta para todos los efectos legales". Es decir, pese a sus diferencias, los subsidios por posnatal puerperal o parental no son constitutivos de renta y por esa razón (no por su monto) están exentos de impuesto de categoría. Como se verá, ello es diferente a lo que ocurre en régimen funcionario estatutario de Derecho Público, en donde a la funcionaria con licencia médica puerperal **no se le paga un subsidio** (que cede en beneficio de la institución en la que presta servicios), **sino su remuneración** - conforme al artículo 153 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2006 -, la cual queda afecta a impuesto de categoría si corresponde por su monto, ya que sí es constitutiva de renta, es decir, tiene otra naturaleza jurídica;

DECIMONOVENO: Que todo lo anterior confirma lo ya expresado por esta Magistratura Constitucional en la causa Rol N° 2025-2011, al resolver la cuestión de la supresión en trámite parlamentario del tope del subsidio, inicialmente previsto en el proyecto de ley, por el permiso posnatal parental, en el sentido que este permiso es diverso del puerperal. En efecto, se declaró que: "de estos antecedentes se concluye lo siguiente: a) El proyecto de ley propuesto en el Mensaje crea un nuevo beneficio de seguridad social hasta ahora inexistente; b) El nuevo beneficio se crea en un nuevo artículo 197 bis que se agrega al Código del Trabajo; c) El texto del nuevo artículo contiene en su inciso primero los parámetros o componentes que fijan el diseño del nuevo beneficio, y le confieren una fisonomía o configuración precisa; d) Uno de estos componentes es que el subsidio a que da derecho a las trabajadoras del sector privado tiene como límite la remuneración de la beneficiaria, con un máximo de 30 unidades de fomento, aplicándose igual tope a los funcionarios de la administración del Estado, y e) El financiamiento previsto para esta iniciativa está calculado sobre esta base;"(sentencia de 20 de julio de

2010, considerando cuadragésimoctavo);

III.- LOS PERMISOS POSNATAL PUERPERAL Y POSNATAL PARENTAL EN RÉGIMEN ESTATUTARIO DE DERECHO PÚBLICO. LAS SITUACIONES CUBIERTAS POR EL ARTÍCULO 153 DEL D.F.L. N° 1 DEL MINISTERIO DE SALUD, DE 2006.

VIGÉSIMO: Que, como se ha señalado, ambos permisos posnatales son aplicables a los trabajadores del sector público, porque así lo dispone el mismo Código del Trabajo. Sin embargo, la manera en que tales beneficios operan para las funcionarias y funcionarios públicos es diferente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 153 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2006, y demás normativa aplicable. La cuestión radica en determinar en qué consiste esa diferencia de trato, si ella está fundada en razones constitucionalmente aceptables y de dónde emana realmente;

VIGESIMOPRIMERO: Que, conforme establece el artículo 194 del Código del Trabajo, "(1) a protección a la maternidad se regirá por las disposiciones del presente título y **quedan sujetos a ellas los servicios de la administración pública**, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado. ... Las disposiciones anteriores comprenden las sucursales o dependencias de los establecimientos, empresas o servicios indicados. ... **Estas disposiciones beneficiarán a todas las trabajadoras que dependan de cualquier empleador**, comprendidas aquellas que trabajan en su domicilio y, en general, a todas las mujeres que estén acogidas a algún sistema previsional. ... Ningún

empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez".(Los destacados son nuestros);

VIGESIMOSEGUNDO: Que, como señala la doctrina más autorizada, "este beneficio de la protección a la maternidad y el de asignación familiar son los únicos en nuestra legislación que son de carácter general, sea que los beneficiarios pertenezcan al sector público o privado". (Cfr. HUMERES NOGUER, Héctor. op. cit., pág. 190, nota 1). Por ende, el régimen de permisos posnatales, puerperal o parental, aplicable a las funcionarias públicas, queda establecido en el Código del Trabajo. En la especie, ello se traduce específicamente - además de lo señalado supra - en un permiso y un subsidio, bajo determinadas condiciones, ya comentadas. En otras palabras, ambos permisos posnatales, en cuanto tales, son los mismos, tanto para trabajadoras del sector privado como del sector público;

VIGESIMOTERCERO: Que, sin embargo, cosa muy distinta es que, como un beneficio remuneracional del sector público, es decir, no emanado de las normas laborales de protección a la maternidad, a las funcionarias y funcionarios públicos en caso que gocen de licencia médica, cualquiera sea el motivo - vale decir, no sólo la maternidad -, no se les paga el subsidio del posnatal u otro que corresponda sino su remuneración íntegra, aunque no hayan trabajado efectivamente, por disposición estatutaria. Y, por ello, el monto del subsidio se transfiere contable y efectivamente en favor de la institución pública empleadora, quien lo recibe en vez de la funcionaria, cualquiera sea su monto;

VIGESIMOCUARTO: Que el mencionado beneficio estatutario está previsto en el artículo 111 del D.F.L. N° 29, de Hacienda, de 16 de marzo de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, al que así aludiremos en adelante, el cual dispone literalmente: "Se entiende por licencia médica el derecho que tiene el funcionario de ausentarse o reducir su jornada de trabajo durante un determinado lapso, con el fin de atender al restablecimiento de su salud, en cumplimiento de una prescripción profesional certificada por un médico cirujano, cirujano dentista o matrona, según corresponda, autorizada por el competente Servicio de Salud o Institución de Salud Previsional, en su caso. **Durante su vigencia el funcionario continuará gozando del total de sus remuneraciones.**"(Lo destacado es nuestro). Pues bien, como se comprenderá, el derecho a percibir la totalidad de la remuneración de la funcionaria pública emana de esta norma legal y está fundado en el hecho de gozar de una licencia médica, por cualquiera causa, y no en la circunstancia específica de estar gozando de permiso posnatal puerperal o parental, ni de algunos de los subsidios correspondientes a tales permisos. Ello se ve confirmado por lo dispuesto en el artículo 72, inciso primero, primera parte, del Estatuto Administrativo, que establece: "Por el tiempo durante el cual no se hubiere efectivamente trabajado no podrán percibirse remuneraciones, **salvo que se trate de feriados, licencias o permisos con goce de remuneraciones, previstos en el presente Estatuto,** de la suspensión preventiva contemplada en el artículo 136, de caso fortuito o de fuerza mayor." (Lo destacado es nuestro). Insistimos en que la remuneración completa, entonces, se percibe por el goce de licencia médica y no por los permisos posnatales, puerperal o parental, per se; ninguno de los cuales es feriado o "permisos con goce de remuneraciones, previstos

en el presente estatuto”, beneficios que se encuentran establecidos en los artículos 108 y siguientes;

VIGESIMOQUINTO: Que, precisamente por lo señalado, el artículo 12, incisos primero y segundo, de la Ley N° 18.196, de 29 de diciembre de 1982, dispone el pago del subsidio por incapacidad laboral temporal en caso de licencia médica, al servicio o institución pública empleadora y no a la trabajadora. En efecto, dicha norma legal establece que: “A contar del 1° de enero de 1983, respecto de los trabajadores regidos por el decreto con fuerza de ley N° 338, de 1960, afiliados a una institución de salud previsional y **que se acojan a licencia médica por causa de enfermedad** de acuerdo con el artículo 94 de dicho decreto con fuerza de ley, la Institución de Salud Previsional **deberá pagar al Servicio o Institución empleadora una suma equivalente al mínimo del subsidio** por incapacidad laboral que le habría correspondido al trabajador de haberse encontrado éste afecto a las disposiciones del decreto con fuerza de ley N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social ... A contar del 1° de enero de 1984, el Fondo Nacional de Salud deberá pagar al Servicio o Institución empleadora, igual suma respecto de los funcionarios que hagan uso del referido beneficio y que no estén afiliados a una Institución de Salud Previsional”.(Lo destacado es nuestro);

VIGESIMOSEXTO: Que, en las condiciones señaladas, resulta de toda evidencia que son las normas legales recién referidas - y no otras - las que acuerdan el beneficio de la remuneración completa durante el goce de la licencia médica, la que sólo se otorga en el caso del permiso posnatal puerperal y no en el posnatal parental. Por lo mismo, lo establecido en el artículo 153 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 24 de abril de 2006, no es sino reconfirmar y reiterar, ahora desde el ángulo o perspectiva de las entidades obligadas al pago del

subsidio por incapacidad laboral temporal derivado de licencia médica (en general, ISAPRE o FONASA), en cualquiera de las hipótesis en que ésta proceda sobre la base de licencia médica (enfermedad, descanso de maternidad - puerperal - o enfermedad grave del hijo menor, entre otros), que se aplica el Estatuto Administrativo, en términos que **“El derecho a licencia...se regirá por lo establecido en dicho cuerpo legal”**. (Artículo 153, inciso primero, del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2006). De donde se sigue que el beneficio se acuerda por el uso de licencia médica y no por el permiso posnatal en especial. Y, dado que sólo el permiso posnatal puerperal se otorga bajo la forma de licencia médica, dicho beneficio no se extiende al permiso posnatal parental, por el solo mérito del artículo 153 citado. Es por ello que el inciso segundo del citado artículo 153 concluye señalando que: “Estos trabajadores tendrán derecho, durante el goce de la licencia, a la mantención del total de sus remuneraciones y su pago corresponderá al Servicio o Institución empleadora, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley N° 18.196”. Es decir, no procede subsidio sino remuneración, aunque el monto del subsidio se traspasa al empleador público;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que, consecuentemente, esta Magistratura Constitucional está en condiciones de concluir que el artículo 6°, inciso segundo, primera parte, de la Ley N° 20.545, impugnado en autos, no tiene ninguna influencia decisiva en la resolución del asunto basal sublite, puesto que el artículo 153 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2006, no es aplicable a dicha especie de todas maneras, es decir, por el solo mérito del mismo artículo 153 referido, en relación al artículo 111 del Estatuto Administrativo, mas no porque dicho artículo 6°, en la parte impugnada, declare que no le es aplicable. Por lo demás, el alcance del precepto legal impugnado es

mucho menor del que se sostiene en el requerimiento - ya que es reiterativo y, a lo más, virtualmente interpretativo -, al paso que su aplicación tampoco produce efectos inconstitucionales. Ello, porque no por aplicación de dicha norma existe tope para el subsidio por el permiso posnatal parental, sino por lo dispuesto en el inciso primero de dicho artículo 6°, según el cual: "Las y los funcionarios del sector público a que se refiere el inciso primero del artículo 194 del Código del Trabajo, tendrán derecho al permiso postnatal parental y al subsidio que éste origine en los mismos términos del artículo 197 bis del referido Código. **A este subsidio se le aplicarán las normas correspondientes del decreto con fuerza de ley N° 44,** del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978". Lo destacado en el texto legal es lo que verdaderamente hace aplicable el tope del subsidio. Pero ni siquiera eso llega a producir efectos inconstitucionales;

IV.- LA APLICACIÓN DE LA NORMA IMPUGNADA NO PRODUCE EFECTOS INCONSTITUCIONALES EN EL CASO CONCRETO.

VIGESIMOCTAVO: Que, sin perjuicio de todo lo analizado precedentemente, en el sentido de que no es la norma impugnada la que suprime el beneficio pretendido por las requirentes, es conveniente hacerse cargo en esta sede del tópico de la desigualdad inconstitucional que la aplicación de dicha misma norma materializaría, efecto o consecuencia que, a juicio de esta Magistratura Constitucional, tampoco concurre en esta especie. Efectivamente, las requirentes sostienen que en este caso sería evidente la diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar (igualdad esencial), toda vez que las funcionarias públicas - juezas, en este caso - que tienen una remuneración superior al tope imponible, cuando se ejerce el permiso

posnatal parental, sólo tienen derecho a que la institución o servicio les remunere hasta un monto equivalente al tope del subsidio (contemplado en el citado D.F.L. N° 44, de Trabajo, del año 1978), al paso que, en cambio, cuando cualquier otro funcionario público tiene derecho a subsidio, le resulta aplicable la norma del artículo 153 del D.F.L. N° 1, de Salud, del año 2006, en virtud de la cual mantienen el total de sus remuneraciones a cargo del servicio o institución empleadora. Ello, más aún, sería particularmente reprochable, puesto que el criterio diferenciador para tal trato distinto sería la maternidad, ya que si las requirentes fueran acreedoras de subsidio por enfermedad, se les pagaría el total de su remuneración. Todo lo cual vulneraría, además del artículo 19, N° 2°, de la Constitución Política, determinados tratados internacionales que garantizan la no discriminación a la mujer;

VIGESIMONOVENO: Que, en verdad, tal como se ha demostrado supra, la situación del permiso posnatal puerperal es objetivamente distinta a la del permiso posnatal parental, existiendo entre ambas instituciones profundas diferencias de naturaleza jurídica y las derivadas de ella. La raíz de tal diferenciación radica en que el permiso puerperal enfoca la maternidad desde el punto de vista biológico de la mujer, asimilando por ello legalmente la etapa terminal e inmediatamente posterior del proceso reproductivo a una enfermedad, sin ser tal, dada la vulnerabilidad y sensibilidad que ella puede provocar en la salud de la mujer. En cambio, el permiso parental se centra fundamentalmente en el desarrollo psicológico del menor, mediante el apego a cualquiera de las figuras parentales progenitoras, aunque primariamente a la madre, de donde se sigue que no se funda en la vulnerabilidad ni sensibilidad de la salud de la mujer, ni aun por asimilación. Consecuentemente, desde la

perspectiva operacional, el permiso posnatal parental no está causado por una enfermedad que se cubra con licencia médica que sirva de base para un subsidio por incapacidad laboral temporal que, a su vez, en el sector público en realidad no se paga, sino que se reemplaza por la mantención de la remuneración, como un beneficio estatutario remuneracional o retributivo que se radica más allá del estado de necesidad de salud propiamente tal, provocado por una enfermedad o un evento legalmente asimilado a ella;

TRIGÉSIMO: Que, en este estado de cosas, se evidencian dos situaciones esencialmente distintas o desiguales objetivamente, que autorizan un trato diferenciado, ya que si bien existe tal diferencia de trato, ella no es arbitraria o creada por la autoridad legislativa, sino fundada en criterios racionales reales que dicha autoridad solamente se limita a ponderar. Todavía más, lo cierto es que lo que se reprocha por las requirentes no es la desigualdad en el otorgamiento legal de un beneficio de seguridad social en sí -ya que el subsidio correspondiente al permiso posnatal parental es exactamente idéntico para todas las trabajadoras, tanto del sector público como del sector privado-, sino que su queja radica en que no se le extiende al permiso posnatal parental el mismo beneficio remuneracional excepcional para los trabajadores públicos de toda licencia médica, más que propia del permiso posnatal puerperal, en circunstancias que - como ha quedado dicho - no procede tal acto administrativo de licencia en estos casos;

TRIGESIMOPRIMERO: Que, a mayor abundamiento, esta Magistratura Constitucional no ha aceptado diferencias de trato legal entre diversas enfermedades que puedan afectar a los jueces y Ministros de Corte, para efectos de percepción de bono por cumplimiento de metas (sentencia Rol N° 1801, de 12 de abril de 2011), siempre que se trate de verdaderas enfermedades, sean o no de

origen profesional o laboral, criterio o parámetro que no concurre en esta especie, por cuanto la causa del permiso posnatal parental no es una enfermedad, ni aun por asimilación, de modo que consiste en un supuesto de hecho no comparable u objetivamente diverso;

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, asimismo, en lo tocante a la eventual vulneración del artículo 19, número 18°, de la Constitución, en cuanto asegura el derecho a la seguridad social mediante la acción del Estado que estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas, no se divisa cómo ello pueda ser afectado en la especie. En efecto, por de pronto, es evidente que el beneficio del permiso posnatal parental en sí mismo es completamente uniforme, por cuanto se aplica sobre la base de parámetros igualitarios a la totalidad de los trabajadores del sector público o privado. Además, consiste en un nuevo beneficio, distinto al permiso posnatal puerperal contemplado desde antes en la legislación laboral, lo que pone de manifiesto la evolución y progresividad positiva de la protección que el Estado garantiza en esta materia. Más aún, no resulta consistente invocar la vulneración de esta garantía de seguridad social y, al mismo tiempo, resaltar que el beneficio que acuerda el artículo 153 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2006, es de carácter remuneracional o retributivo laboral, siendo esto último efectivo y bastante para poner en evidencia, por sí mismo, que esta garantía constitucional no puede resultar afectada en estas condiciones;

TRIGESIMOTERCERO: Que, en virtud de lo señalado precedentemente, tampoco puede considerarse afectada por causa del precepto legal impugnado que rige en esta materia, en su aplicación al caso concreto, a la familia como núcleo fundamental de la sociedad (artículo 1°, inciso segundo, de la Constitución); ni el deber del

Estado de respetar derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (artículo 5°, inciso final, de la Constitución), en relación con los denominados Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En efecto, el permiso posnatal parental y el subsidio estatal asociado a éste se orientan en el sentido preciso de dar cumplimiento a tales normas - independiente de los mecanismos y jerarquía internos de la recepción del Derecho Internacional en Chile - dentro de las posibilidades presupuestarias y apreciando soberanamente el nivel de desarrollo del país compatible con ello, lo que se desenvuelve en el legítimo ámbito competencial del legislador y no puede ser reprochado en esta sede. Mucho menos podrá entenderse que se afecta la esencia de esos derechos, por la manera en que ha sido regulado legalmente el beneficio en esta especie, en los términos del artículo 19, número 26°, de la Constitución Política, toda vez que es de toda evidencia que estamos en presencia de un beneficio que antes no existía, el cual si bien adolece de ciertas limitaciones o es perfectible, no por eso penetra el ámbito de la inconstitucionalidad.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 1°, 5°, 19, números 2°, 18° y 26°, de la Constitución Política, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1, EN CUANTO PIDE SE DECLARE INAPLICABLE LA NORMA CONTENIDA EN EL INCISO SEGUNDO, PRIMERA PARTE, DEL ARTÍCULO 6° DE LA LEY 20.545,

DE 17 DE OCTUBRE DE 2011, EN LOS RECURSOS DE PROTECCIÓN 5051-2012 Y 5827-2012, ACUMULADOS Y TRAMITADOS ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 112, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO.

Los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios e Iván Aróstica Maldonado concurren a la sentencia y a los argumentos que la sostienen. Pero cumplen con hacer presente, además, que el deterioro monetario que afectaría a las requirentes no tiene por causa la norma legal impugnada, en cuanto establece un beneficio plenamente conforme con la Constitución, sino que obedece al carácter de derecho irrenunciable que al mismo se le ha atribuido, por vía de interpretación y aplicación extensiva de los artículos 5° y 195 del Código del Trabajo.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y José Antonio Viera-Gallo Quesney, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, sobre la base de las siguientes motivaciones:

I. LA IMPUGNACIÓN.

1°. Que en la presente causa tres juezas han presentado un recurso de inaplicabilidad respecto de la primera parte del inciso segundo del artículo 6° de la Ley N° 20.545, en el marco de dos recursos de protección, acumulados, interpuestos en contra de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, radicados actualmente en la Corte Suprema.

El precepto legal impugnado establece que al permiso postnatal parental que la Ley N° 20.545 incorporó a nuestro ordenamiento, no le es aplicable lo dispuesto en el artículo 153 del D.F.L. N° 1, de Salud, del año 2006. Este precepto, a su vez, establece que el descanso de

maternidad otorga a los funcionarios públicos el derecho a la mantención del total de las remuneraciones durante el postnatal, siendo de cargo del servicio el pago correspondiente;

2°. Que las juezas requirentes alegan que la no aplicación del artículo 153 que establece la norma impugnada, en primer lugar, las discrimina. Mientras están en el goce del permiso prenatal, sostienen, se les aplica el artículo 153 del D.F.L. N° 1, del 2006; por lo mismo, tienen derecho a que se les pague por el total de sus remuneraciones. En cambio, la no aplicación de ese precepto en el permiso postnatal parental, hace que tengan sólo un derecho a un subsidio, con un tope. Ello, concluyen, les disminuye sus ingresos en más de la mitad. En segundo lugar, sostienen que se les afecta su derecho a la seguridad social, porque el beneficio del postnatal parental no es uniforme en sus prestaciones, por dos razones. Por una parte, porque el prenatal es por el total de las remuneraciones; en cambio, el postnatal parental es sólo por una parte, y con un tope. Por la otra, porque mientras la trabajadora del sector privado puede negociar el monto de sus remuneraciones en el caso de reincorporarse al trabajo, la funcionaria pública no puede hacerlo;

II. EL PERMISO POSTNATAL PARENTAL.

3°. Que la Ley N° 20.545 incorporó a nuestro sistema el permiso postnatal parental, sumándose a una serie de otras normas destinadas a la protección de la maternidad. Estas se ubican casi en su totalidad en el Código del Trabajo, en los artículos 194 y siguientes. Dichas normas son aplicables a todos los órganos del Estado (artículo 194), beneficiando a todas las trabajadoras del país.

La incorporación en nuestro sistema de este permiso constituyó un paso adelante sustantivo en la protección de la maternidad y un avance sustantivo hacia la

corresponsabilidad parental, en que tanto el padre como la madre se hacen cargo del enorme trabajo que significa la crianza. Para ello es relevante comprender, por una parte, que esta tarea no corresponde únicamente a las mujeres; por la otra, que esto no es un peso que éstas deban soportar de manera desigual, asumiendo con ello un perjuicio en su seguridad social.

Ahora bien, de acuerdo al Informe de la Superintendencia de Seguridad Social, de noviembre de 2012, a un año de su incorporación a nuestro sistema, este mecanismo había sido utilizado por 82.000 mujeres. El 96,6% optó por hacer uso del postnatal de jornada completa; el resto bajo modalidad de jornada parcial. El traspaso al padre del permiso ha sido bajo, pues no se superan los 243 casos. Asimismo, el número de subsidios se concentra básicamente en el porcentaje de personas cuyos ingresos oscilan entre 1 y 200.000 pesos (el 26,4%), entre 201.000 y 400.000 (36,5%) y entre 401.000 y 600.000 (13,3%). Las personas que ganan sobre 1.400.000, alcanzan al 5,9%. Dicho de otra forma, el 62,9% de los subsidios corresponden a personas con una renta imponible de hasta 400.000 pesos mensuales. Asimismo, disminuyeron en un 70% las licencias por enfermedad del hijo menor de un año (Superintendencia de Seguridad Social; Subsidio por permiso postnatal parental. A un año de su creación; noviembre 2012);

4°. Que los mecanismos de protección de la maternidad a que aludimos recién, pueden resumirse en los siguientes.

En primer lugar, en que el embarazo no puede ser variable negativa en la relación laboral. Por lo mismo, no puede ser utilizado para condicionar la contratación, la permanencia, la renovación, la promoción o la movilidad en el empleo (artículo 194).

En segundo lugar, a la mujer embarazada no se le pueden asignar trabajos perjudiciales para su salud

(artículo 202).

En tercer lugar, durante el embarazo y hasta un año después, la trabajadora está sujeta a fuero laboral (artículo 201).

En cuarto lugar, las empresas de más de veinte trabajadoras deben tener salas cuna (artículo 203).

En quinto lugar, las trabajadoras tienen derecho a alimentar a los hijos menores de dos años; por lo mismo, gozan de a lo menos una hora al día para tal efecto (artículo 206).

Finalmente, el Estado establece una bonificación por hijo nacido vivo (artículos 74 y siguientes, Ley N° 20.255);

5°. Que otro de los mecanismos de protección de la maternidad es el descanso por maternidad, conocido como el prenatal y el postnatal. Este se extiende seis semanas antes del parto y doce semanas después de él.

Además, este beneficio se caracteriza por ser irrenunciable (artículo 195), por otorgar fuero (artículos 195 y 201) y por permitir que la mujer reciba ingresos mientras dura (artículo 198).

Los ingresos que recibe durante este período son distintos según si la mujer trabaje en el sector público o en el sector privado.

En el sector público, recibe el total de sus remuneraciones (artículo 153, D.F.L. N° 1, Salud, 2006).

Si trabaja en el sector privado, en cambio, recibe un subsidio del Estado, equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba (artículo 198). Sin embargo, este subsidio tiene un tope de 77,4 Unidades de Fomento (artículo 7° del D.F.L. N° 44/Trabajo 1978, en relación con el artículo 16 del D.L. N° 3.500);

6°. Que, por su parte, el permiso postnatal parental es un derecho para todas las trabajadoras (artículo 197 bis). Se caracteriza, en primer lugar, porque dura doce semanas y se hace efectivo a

continuación del postnatal (artículo 197 bis).

En segundo lugar, puede disfrutarlo también el padre, en ciertos casos: si la madre falleció, si el padre tiene la custodia del hijo, o si la madre se lo cede a partir de la séptima semana. Esto último es lo que permite un avance en la corresponsabilidad del padre en el cuidado de los hijos.

En tercer lugar, permite que la mujer trabajadora pueda reincorporarse a su trabajo terminado el postnatal, por la mitad de su jornada, dando aviso al empleador, percibiendo la mitad de sus ingresos, 50% del subsidio y 50% de los estipendios fijos. En este caso, se extiende a dieciocho semanas.

Finalmente, durante su vigencia, la mujer trabajadora recibe un subsidio, con un tope de 77,4 Unidades de Fomento;

7°. Que el subsidio que reciben las mujeres que hacen uso del postnatal parental se distingue porque su monto es el del postnatal (artículo 197 bis); pero su cálculo se hace en base al D.F.L. N° 44, del Ministerio del Trabajo, de 1978, lo que determina que tiene un tope (artículo 7°, D.F.L. N° 44, Trabajo, 1978, y artículo 16, D.L. N° 3.500). También se distingue porque se paga con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares (artículo 197 bis), regulado en el D.F.L. N° 150, de Trabajo, 1982). Dicho fondo es cubierto con dineros fiscales (artículo 20, D.F.L. N° 150, Trabajo, 1982). Además, se distingue porque equivale a un promedio de remuneraciones de los últimos tres meses, sin considerar las remuneraciones adicionales (artículos 8° y 8° bis, D.F.L. N° 44, Trabajo, 1978). Enseguida, este subsidio se devenga por día (artículos 13 y 17, D.F.L. N° 44, Trabajo, 1978). A continuación, se paga con la misma periodicidad que la remuneración (artículo 20, D.F.L. N° 44, Trabajo, 1978). Del mismo modo, es incompatible con el subsidio de cesantía (artículo 26, D.F.L. N° 44,

Trabajo, 1978); pero es compatible con el subsidio por licencia por enfermedad de hijo menor de un año (artículo 25, D.F.L. N° 44, Trabajo, 1978). Finalmente, está afecto a cotizaciones (artículo 7°, Ley N° 20.545);

III. LA NORMA IMPUGNADA.

8°. Que la Ley N° 20.545 se refiere en un artículo especial (el 6°) al permiso postnatal parental de los funcionarios públicos.

A este respecto, señala las siguientes reglas. En primer lugar, establece que los funcionarios del sector público tienen derecho a este permiso. En segundo lugar, establece que este derecho lo tienen en los mismos términos del artículo 197 bis del Código del Trabajo, es decir, del que corresponde a las funcionarias regidas por el Código del Trabajo. En tercer lugar, establece que las funcionarias no reciben el total de sus remuneraciones, sino solamente el subsidio, tal como lo regula el D.F.L. N° 44, Trabajo, 1978. La referencia a este D.F.L. es en los siguientes términos: *“se le aplicarán las normas correspondientes del decreto con fuerza de ley N° 44...”*. En cuarto lugar, expresamente establece que no se les aplica el artículo 153 del D.F.L. N° 1, de Salud, del año 2006. Esta disposición, como ya se indicó, establece que los funcionarios tienen derecho *“a la mantención del total de sus remuneraciones, mientras dure el descanso”*;

9°. Que el mismo artículo 6° convoca a un reglamento para regular la forma de hacer efectivo el permiso postnatal parental. Dicho reglamento es el D.S. N° 1.433, de 2011, del Ministerio de Hacienda.

En este reglamento se establece que el subsidio que tienen derecho a recibir las funcionarias durante el goce del permiso postnatal parental, se calcula sobre la misma base del subsidio por descanso de maternidad. Para tal efecto, indica su artículo 7°, se considera *“la remuneración imponible con deducción de la cotización personal y de los impuestos correspondientes a dichas*

remuneraciones”;

10°. Que, entonces, a diferencia de lo que sucede con el permiso pre y postnatal, en el permiso postnatal parental las funcionarias sólo tienen derecho a un subsidio estatal, con un tope;

11°. Que la existencia del beneficio para las funcionarias de recibir el total de su remuneración durante el goce de su permiso pre y postnatal, es bastante antigua. Desde luego, existía en el D.F.L. N° 338, de 1960 (artículo 6°). Lo mismo hacía su predecesor, el D.F.L. N° 256, de 1953 (artículo 83). De la misma forma, lo regulaban la Ley N° 8.282, de 1945 (artículo 56), y el D.F.L. N° 3.740, de 1930. Sin embargo, la Ley N° 4.054, del año 1924, establecía un subsidio del 25% del sueldo.

Lo que varió a lo largo del tiempo, fue la duración de dicho permiso. Por ejemplo, en el D.F.L. N° 3.740, de 1930, este permiso era de un mes antes del parto y hasta un mes y medio después (artículo 52). En la Ley N° 8.282, era de cuatro semanas antes y seis semanas después (artículo 56). En el D.F.L. N° 338, de 1960, este beneficio se extiende a seis semanas antes y seis semanas después;

12°. Que distintas razones justificaron hasta el día de hoy este beneficio para las funcionarias. Algunas permanecen; otras no.

Desde luego, el pago del beneficio siempre ha sido de cargo del Estado. En cambio, el subsidio a los privados fue financiado por el Estado sólo a partir de 1985. Antes era financiado de manera distinta. Hasta 1952, era responsabilidad de la empresa. Después de esa fecha, era financiado por contribuciones pagadas por empleados y empleadores. Al financiarlo el Estado, el beneficio para las funcionarias está contemplado como gasto en remuneraciones en el respectivo presupuesto. Por lo mismo, es un ítem previsto y financiado.

Enseguida, el permiso postnatal de los funcionarios era más corto que el de los privados.

Otra razón que explica este beneficio, es que los funcionarios no tienen posibilidad de negociar con su empleador beneficios extra. Su régimen jurídico está definido íntegramente por la ley.

Asimismo, históricamente los funcionarios públicos han ganado menos remuneraciones que los del sector privado.

También son un universo más pequeño. El porcentaje del funcionariado en la fuerza laboral ha estado siempre cercano al 10%. De hecho, en la actualidad trabajan para el Estado 207.446 personas (119.348 son mujeres y 88.098, hombres), sobre 7.6 millones de trabajadores (Dipres, Estadísticas de Recursos Humanos del Sector Público 2002-2011; Santiago 2012);

IV. LA NORMA ES DECISIVA.

13°. Que, antes de entrar al fondo del asunto, es necesario señalar por qué, a juicio de estos disidentes, el precepto es decisivo en la gestión pendiente.

Partamos por señalar que el permiso postnatal parental para las funcionarias está regulado en el artículo 6° de la Ley N° 20.545. Esta norma remite a las del Código del Trabajo.

De hecho, la regulación del postnatal parental para las funcionarias públicas es bien compleja, porque se construye sobre la base de tres distinciones. Por de pronto, por las normas del pre y postnatal. Enseguida, por el distingo entre funcionarias regidas por el Código del Trabajo y las regidas por las normas del sector público. Asimismo, se construye sobre la base de normas propias y normas de remisión.

Hay, en consecuencia, normas que tienen que ver con el permiso postnatal parental y otras que tienen que ver con la ayuda pública que se debe entregar a las madres en ese período. Lo que se impugna en el requerimiento no es

el permiso postnatal parental, sino el que las juezas requirentes reciban un subsidio con tope.

El juego de distintas normas, construido sobre la base de sucesivas remisiones, genera problemas de interpretación legal, que esta Magistratura no puede resolver, por ser materia del juez del fondo.

Sin embargo, este Tribunal debe limitarse a verificar que la norma cuestionada puede ser aplicada por el juez que conoce de la gestión pendiente, de una manera determinante en su resultado, cosa que, a juicio de estos disidentes, ocurre;

14°. Que no obstante lo indicado, la norma impugnada es decisiva, en primer lugar, porque establece que las funcionarias no pueden recibir el total de sus remuneraciones. De este modo, sin esta disposición, a las funcionarias se les aplicaría el precepto señalado. Es decir, tendrían derecho a la mantención del total de sus remuneraciones. Por eso el legislador lo estableció. No hay que partir de la base de que es una disposición redundante e inútil. Ello va contra el sentido racional y útil de la legislación.

En segundo lugar, no es argumento suficiente sostener que no se ha impugnado el inciso primero del artículo 6° de la Ley N° 20.545. Desde luego, porque la Primera Sala de esta Magistratura (STC 2211/2011) declaró inadmisibles los requerimientos en que se impugnaba dicho precepto. Enseguida, porque la referencia que hace este inciso es al artículo 197 bis del Código del Trabajo, en términos de que se aplique el subsidio que ahí se establece. El artículo 197 bis, a su vez, remite al artículo 196, que regula el permiso pre y postnatal. En otras palabras, hay un encadenamiento de referencias en el inciso primero. Por lo mismo, impugnar el inciso primero es impugnar remisiones.

En tercer lugar, porque la otra referencia que hace el artículo 6°, inciso primero, es a que se apliquen "las

normas correspondientes" del D.F.L. N° 44, Trabajo, 1978. Dicha referencia tiene que ver con una serie de variables sobre el pago del subsidio, tales como la manera de su cálculo (artículos 8 y 8 bis), quién paga (artículo 19), cuáles son las formalidades (artículo 5°), cuándo se paga (artículo 20). No es automática la referencia al tope del subsidio. Dicho tope se construye en base a dos normas. Por una parte, el artículo 7° del D.F.L. N° 44, Trabajo, 1978, que señala que para determinar la base de cálculo se considera la "remuneración imponible". Y, por la otra, la remuneración imponible se encuentra definida en el artículo 16 del D.L. N° 3.500; su tope equivale a 77, 4 UF. Por lo demás, el tope del subsidio no tiene sentido, en la medida que se aplique el artículo 153 del D.F.L. N° 1, Salud, 2006. Esto es, la norma impugnada;

15°. Que, finalmente, no compartimos que la norma no es decisiva, porque el permiso pre y postnatal requiere siempre licencia, por aplicación de los artículos 72 y 111 del Estatuto Administrativo, mientras que el permiso postnatal parental no la requiere, pues sería automático. Lo que generaría el goce completo de la remuneración sería, entonces, la licencia, no el beneficio maternal ni el artículo impugnado. Así razona el voto de mayoría (considerandos 12° y 24°). Sin embargo, la propia Ley N° 20.450 modificó el D.F.L. 44, de Trabajo, de 1978, estableciendo que el permiso postnatal parental "se otorgará sobre la base de la licencia médica" (artículo 5°). Además, el descanso no surge por tener licencia, así como la obligación de su cobertura. Surge porque es un derecho. Así lo define el artículo 195 del Código del Trabajo. Una cosa es el derecho y otra las formalidades para concederlo;

V. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

16°. Que para entrar al fondo del asunto, es necesario dejar sentados los criterios que guiarán el razonamiento de estos disidentes.

En primer lugar, la Constitución protege la maternidad, si bien de una forma implícita, de distinta manera. Desde luego, garantizando el derecho a la vida (artículo 19 N° 1). También estableciendo que la ley protege la vida del que está por nacer (artículo 19 N° 1). Asimismo, constatando que es deber del Estado dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento (artículo 1°). Finalmente, señalando que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad (artículo 1°) (Caamaño, Eduardo; Mujer, trabajo y derecho; Edit. Abeledo-Perrot; Santiago, 2011, pág. 59);

17°. Que el segundo criterio es que no cabe establecer discriminaciones arbitrarias entre las madres. Para nuestro ordenamiento jurídico no hay madres de primera o de segunda clase; no hay madres que merecen cierta protección y otras que no.

En efecto, la maternidad es una carga para las mujeres. Desde luego, porque deben llevar en su seno un hijo por nueve meses. Enseguida, porque suelen asumir el cuidado inicial del recién nacido. También, porque les implica suspender su trabajo efectivo para cuidarse en la etapa final del embarazo, y en los primeros meses después de él. A esa carga no se le puede sumar otras, como sería asumir un costo económico, vinculado a la disminución de sus remuneraciones, por el hecho de asumir ese rol. La mujer no puede sufrir discriminaciones en razón de su maternidad. Así lo mandan el artículo 19 N° 2 de la Constitución, convenciones internacionales suscritas y ratificadas por Chile (por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 1°, 2° y 11) y la Ley N° 20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación;

18°. Que, en tercer lugar, tampoco hay hijos de primera e hijos de segunda clase. Todos merecen que, recién nacidos, su madre los cuide y esté con ellos. No puede ser legítimo que unos hijos puedan disfrutar de ese

cariño y cuidado, y otros no, dependiendo de si la madre puede solventar la disminución de los ingresos que significa un permiso postnatal. Las normas legislativas deben velar por el interés superior del niño, independientemente de la posición económica de sus padres (artículos 2° y 3°, Convención sobre los Derechos del Niño);

19°. Que, en cuarto lugar, la Constitución no solamente garantiza la libertad de trabajo, sino también su protección (STC 1852/2012). Una de las variables centrales de esa protección es que los trabajadores y las trabajadoras reciban un salario justo, como contraprestación al trabajo que realizan (artículo 19 N° 16), incluso durante los permisos legales;

20°. Que, en quinto lugar, en el problema involucrado hay dos variables centrales vinculadas a la promoción del bien común, finalidad del Estado de acuerdo al artículo 1° de la Constitución. Como dijo el Mensaje del Ejecutivo que acompañó al proyecto de ley que se convirtió en la Ley N°20.545, *“Chile se hace viejo y las familias están optando por tener menos niños. Por esto, debemos entregarles a las madres y padres de nuestro país, el mayor apoyo”*.

En primer lugar, entonces, Chile experimenta un retroceso en su tasa de natalidad. Si en 1970 cada mil habitantes nacían 28,9 niños, en 1990 esa cifra cayó a 23,5. En el año 2010, era de 14,7. También hay que considerar que si en 1990 la cantidad de hijos por mujer era de 2,36, en el 2012 esa tasa cayó a 1,8, siendo una de las más bajas de Latinoamérica, por debajo de Brasil (1,9), Uruguay (2,1), Argentina (2,2), Ecuador (2,4), Paraguay (2,9) y Bolivia (3,3).

Además, la maternidad se concentra en los sectores de ingresos bajos y medios. Las mujeres del quintil 1 tienen una tasa de 2.05 hijos; el quintil 2, de 2.07; el quintil 3, de 2,05; el quintil 4, de 1,96; y el quintil

5, de 1,63.

También hay que considerar que un 15,5% del total de embarazos corresponde a madres adolescentes.

Asimismo, mientras la población menor de quince años era en el año 2002 el 25,7%, el año 2012 era del 21,5%. Paralelamente, la población mayor de sesenta años creció de 11,35% el año 2002, a 14,48% el año 2012.

Por todo lo anterior, todo lo que tienda a facilitar que las mujeres que, por diversas razones, no tienen hijos o tienen pocos hijos, puedan asumir libremente y con un mínimo de seguridad y comodidad la tarea de tener más hijos, contribuye al bien común. En ese grupo se encuentran, si bien no exclusivamente, las mujeres de altos ingresos;

21°. Que la otra variable vinculada al bien común tiene que ver con el porcentaje de la fuerza laboral femenina de nuestro país. En el año 2010, ésta ascendía al 45,2%, mientras que en el resto del mundo era de 52,8%.

Según la encuesta Casen del año 2009, las mujeres con educación superior completa trabajan en cerca del 75%, mientras que para las mujeres sin educación formal la tasa de participación es del 23,9%.

El 59% de las mujeres que están en la fuerza de trabajo se concentra entre los 25 y los 44 años de edad.

El ingreso de la mujer al mundo laboral implica ensanchar sus posibilidades de desarrollo personal, aumentar los ingresos familiares, mejorar las expectativas de desarrollo de ella y de su familia.

Sin embargo, los hijos son un factor determinante en la decisión de entrar al mercado laboral. La tasa de inactividad de las mujeres que tienen dos o más hijos es de 56,2%. Mientras que es sólo de 39% en las que no los tienen.

Hay distintas razones que explican lo anterior. Una de ellas es el lugar donde puedan dejar sus hijos

mientras trabajan. También es relevante la consistente diferencia de salarios entre hombres y mujeres que es posible observar en nuestro país, no obstante legislación destinada a evitar lo anterior (artículo 62 bis, Código del Trabajo). Otro factor tiene que ver con los beneficios de seguridad social asociados al embarazo.

La sociedad tiene que asumir las señales que da en esta materia;

22°. Que a todo lo anterior hay que sumar que estamos analizando una diferenciación enormemente delicada, que afecta una condición esencial de la existencia humana, como es la maternidad. Por lo mismo, la carga argumentativa de la distinción en este ámbito debe ser especialmente contundente y convincente. Estamos frente a variables que deben ser miradas con especial escrutinio, porque se trata de motivos sospechosos de vulnerar la igualdad, ya que comprenden variables como el sexo y la filiación (artículo 2°, Ley N° 20.609);

VI. LA NORMA IMPUGNADA AFECTA LA IGUALDAD ANTE LA LEY.

23°. Que ahora estamos en condiciones de entrar a analizar el fondo de los reproches formulados en el requerimiento.

El primer reproche que formulan las requirentes a la norma impugnada, es que afecta la igualdad ante la ley;

24°. Que el Consejo de Defensa del Estado rechaza este alegato. Sostiene que ello no se produce. Por de pronto, porque la existencia de un goce de remuneración total durante el período pre y postnatal ha generado una regresividad en el beneficio, pues las mujeres que más lo usan son las de altos ingresos. En este sentido, agrega, el permiso postnatal parental, al pagarse con subsidio y con tope, termina esa desfocalización del gasto social, permitiendo distribuir de mejor manera recursos escasos. Se termina, por tanto, con un mecanismo inequitativo.

Enseguida, dicho organismo sostiene que lo que hace

la norma impugnada es volver a las funcionarias a una regla común con las trabajadoras que no se rigen por estatutos administrativos. Mientras que para el permiso pre y postnatal estas últimas están sujetas a subsidio con tope, las funcionarias no lo tienen. En cambio, en el permiso postnatal parental, todas las mujeres quedan sujetas al mismo régimen. De este modo, a juicio del Consejo, se termina un privilegio.

A continuación, el Consejo sostiene que el permiso postnatal parental tiene una serie de diferencias con el permiso pre y postnatal. La principal de ellas es que este último tiene por propósito que la madre se recupere del parto. En cambio, el permiso postnatal parental lo que busca no es recuperar la salud física de la madre, sino que lograr el apego con el hijo. Por lo mismo, el legislador no está obligado a un tratamiento equivalente entre ambos permisos. Existen razones, agrega el Consejo, para tratamiento diferenciado. Al ser un beneficio nuevo, el legislador puede configurarlo como estime conveniente;

25°. Que, para estos disidentes, estos argumentos no son suficientes para justificar la diferenciación.

Partamos por señalar que las requirentes están en la siguiente situación de hecho. Desde luego, son funcionarias públicas; son juezas. Enseguida, quieren hacer uso de su permiso postnatal. Pero la Corporación Administrativa del Poder Judicial les dice que ello significa una merma significativa, que se empina sobre el 50% de sus ingresos. Les agrega que pueden volver a trabajar media jornada, por el 50% de sus ingresos, o pueden volver a trabajar, sin hacer uso del permiso postnatal parental. Finalmente, son madres que no quieren endosar a sus maridos el permiso.

Además, la ley les entrega, por aplicación del artículo 153 del D.F.L. N° 1, Salud, 2006, la mantención del total de sus remuneraciones durante el permiso pre y postnatal. Asimismo, si su hijo recién nacido tiene una

enfermedad, que la lleve a hacer uso de una licencia médica, reciben también el total de sus remuneraciones durante ese período;

26°. Que la pregunta que nos debemos hacer es si estas funcionarias están en la misma situación que el resto de las trabajadoras.

Creemos que no. En primer lugar, porque el resto de las trabajadoras que no son funcionarias, no tienen en el pre y postnatal el goce total de sus remuneraciones. El permiso postnatal parental les entrega menos beneficios.

En segundo lugar, mientras las trabajadoras regidas por el Código del Trabajo pueden negociar beneficios adicionales con su empleador, vía contrato individual o contrato colectivo (artículo 197 bis, inciso segundo, Código del Trabajo), las funcionarias no pueden hacerlo, porque su régimen es estatutario, es decir, sus derechos y obligaciones están establecidos en la ley, sin que quepa una modificación de éstos por vía contractual.

En tercer lugar, porque tampoco están en igual situación que el resto de las funcionarias. Si una funcionaria gana menos del tope del subsidio, seguirá manteniendo durante el permiso el total de sus remuneraciones. En cambio ellas, por recibir un ingreso mayor, verán mermadas sus remuneraciones, porque pierden todo lo que exceda del tope que establece la ley.

Finalmente, la regla general en caso de licencia es que se pague toda la remuneración al funcionario (artículos 72 y 111 del Estatuto Administrativo). Por lo mismo, en caso de postnatal parental, en que se requiere licencia (artículo 5°, D.F.L. 44, Trabajo, 1978) y en que no se paga más que un subsidio con un tope, se hace excepción a esta regla;

27°. Que, entonces, hay una objetiva diferenciación. Comparadas sus situaciones con cuatro parámetros, quedan peor. Lo que debemos explorar a continuación es si esta diferenciación es razonable y objetiva, y si es una

medida tolerable por el destinatario;

28°. Que la justificación para este tratamiento diferenciado es, primero, que el goce total de remuneraciones durante el permiso pre y postnatal era "regresivo": lo usaban mayoritariamente las mujeres de altos ingresos.

Al respecto, cabe señalar que la Ley N° 20.545 no modificó este beneficio que se califica como regresivo. Lo mantuvo. Las funcionarias siguen recibiendo durante el pre y postnatal el 100% de su remuneración. Y en el Mensaje del Ejecutivo que dio origen a la Ley N° 20.545 se dijo que éstos eran "*derechos laborales adquiridos, que respetamos y protegemos*".

A pesar de eso, se sigue argumentando como si el legislador hubiera cometido un error al establecerlo.

¿Podemos seguir considerándolo ilegítimo? Se trata de una ley vigente, no reprochada constitucionalmente. Es, por tanto, un parámetro legítimo a considerar.

Esta Magistratura puede perfectamente tomar como punto de comparación una ley vigente y desechar un argumento crítico respecto de los eventuales beneficios que ésta conlleva. Al fin y al cabo, mientras una es un mandato legal, la otra es una opinión.

Además, la justificación del Consejo de Defensa del Estado es cuestionar un beneficio vigente, que se dijo durante la tramitación legislativa que "*respetamos y protegemos*", para, a partir de ahí, construir un argumento que le permita validar el nuevo beneficio.

El problema con ese tipo de argumentación es que lo que está sometido al examen de constitucionalidad no es el antiguo beneficio, sino que el nuevo.

También, tal argumentación abre un cuestionamiento para las trabajadoras regidas por el Código del Trabajo, que perfectamente podrían alegar que no es justo que mientras las funcionarias públicas reciben el total de sus remuneraciones durante el pre y postnatal, ellas no.

Asimismo, hay que considerar que el subsidio por el pre y postnatal tenía un problema claro de cobertura. Por una parte, porque alcanzaba sólo al 35,4% del total de los nacidos. Por la otra, cubría sólo al 55% del total de las madres que tenían un vínculo con el mercado laboral formal. Eso determinaba que se concentrara en los quintiles superiores de ingreso (90% en el quintil 5, 77% en el 4 y 65% en el 3; mientras que en el quintil 2, la cobertura era 49% y en el quintil 1, de 33%) (Informe Comisión Asesora Presidencial, Mujer, trabajo y maternidad). Además, hay que considerar que la tasa de participación en el mundo laboral de la mujer, va creciendo en la medida que aumenta el quintil de ingresos. Así, en el quintil 1 es de 25,5; en el 2, de 35,1; en el 3, de 43,3; en el 4, de 51,7; y en el quintil 5, de 58,7.

Por lo tanto, la regresividad tiene que ver de manera importante con las condiciones del mercado laboral nacional, que hace que las mujeres de los quintiles más bajos tienen trabajo más precario (sin contrato, sin previsión, sin capacitación) y con ingresos más bajos, que las de los quintiles superiores.

No obstante, se sostiene que precisamente por esa regresividad era necesario que el nuevo permiso postnatal parental no se estructurara sobre la misma base. Veamos esta justificación;

29°. Que, para hacernos cargo de este argumento, debemos tener en cuenta que la remuneración de los funcionarios públicos tiene ciertas características que la hacen distinta a la del sector privado. Desde luego, ella está definida por ley. Lo que un funcionario gana no lo negocia, sino que está determinado por el grado que ocupa en una escala de sueldos determinada. Su remuneración, entonces, no depende de un acto personal o de un acto negocial, pues está predefinida. Enseguida, los sueldos son equivalentes, en el sentido de que son

los mismos para todos aquellos que se encuentran en el mismo grado de la escala de sueldos. Asimismo, los fondos para pagarlos se determinan en la Ley de Presupuestos. En ese sentido, se encuentran financiados y programados. Su pago no implica un mayor gasto, pues está contemplado, desde el inicio del año presupuestario, como un egreso;

30°. Que lo anterior es relevante, porque por un hecho ajeno a las funcionarias, es decir, por la fijación por ley de sus ingresos, la norma impugnada las diferencia, al establecer que si ganan más de 77,4 UF, deben sacrificar todos sus ingresos que superen ese monto.

Se dice que recibirían, sin el tope, un inmenso subsidio. Sin embargo, se silencian dos cosas. Por una parte, que el subsidio se determina en base a la remuneración. Si ésta es alta, el subsidio también lo es. Por la otra, que el subsidio sustituye a la remuneración.

Además, dado que la remuneración de los funcionarios está prevista en el presupuesto anual, no sólo no hay más gasto si se paga con subsidio con tope, sino que hay un ahorro por parte del Estado. Las platas de la remuneración que no se paga, pueden transferirse dentro del mismo presupuesto o pasar al presupuesto del año siguiente como saldo inicial de caja. Es decir, no hay más gasto, sino ahorro;

31°. Que, además, mientras a una trabajadora regida por el Código del Trabajo el Estado le sustituye su remuneración con el pago del subsidio, en el caso de un funcionario, esa sustitución es relativa. Igual se reemplaza la remuneración. Pero es el mismo Estado el que paga el subsidio y la remuneración;

32°. Que continuemos revisando el argumento de la eventual regresividad.

Debemos preguntarnos si la regresividad es un estándar constitucional. Es decir, si por el solo hecho de que ciertos beneficios, directos o indirectos, llegan

a personas de ingresos medios o altos, ello es injustificado;

33°. Que la pregunta anterior es válida, porque la Constitución aborda el tema de los subsidios a propósito del artículo 19 N° 22 de la Constitución, es decir, a propósito de lo que se denomina la actividad de fomento. Ahí establece, como regla de justificación, el que los beneficios no sean arbitrarios. El Estado puede transferir ayudas públicas en la medida que tenga buenas razones para ello (STC 1295/2009).

Recordemos que, en base a esta disposición, el Estado subvenciona actividades económicas de la más diversa naturaleza, con el fin de incrementar su desarrollo. En ello no tiene en cuenta si los receptores son de bajos o altos ingresos. De hecho, muchas subvenciones están destinadas a actividades lucrativas;

34°. Que en el caso de las funcionarias de autos, hay que considerar también que lo que ellas reclaman es que se afecta su justa retribución al hacer uso del permiso postnatal parental. Invocan, entonces, un derecho que se ve afectado.

Asimismo, hay que tener presente que el beneficio lo reciben como madres. Ese es el eje articulador del análisis. Del beneficio de seguridad social que estamos hablando, no pueden hacerse distinciones artificiales. Los ingresos que recibe la madre, los usa para mantener sus condiciones de vida. Ello impacta necesariamente en el hijo. Por tanto, no puede haber hijos de primera e hijos de segunda; no puede diferenciarse entre hijos de una madre profesional que no negocia su salario, y el hijo del resto de las madres del país. La Constitución exige que el desarrollo espiritual y material sea respecto de "todos y cada uno" (artículo 1°);

35°. Que, por lo demás, cuando el ordenamiento jurídico ha querido establecer focalización o no regresividad, lo ha dicho expresamente. Por ejemplo, para

programas sociales (artículo 3°, letra d), Ley N° 20.530). Pero aquí estamos haciendo un examen de constitucionalidad, no una definición de programas o políticas. Y no se ha demostrado que la no regresividad de las ayudas públicas sea un principio constitucional, que se afinque en alguna norma de modo categórico. Más si se está discutiendo una prestación de seguridad social, que no cubre únicamente necesidades provenientes de la pobreza;

36°. Que la segunda justificación que se entrega para establecer la diferenciación, es que el permiso postnatal parental termina con un privilegio de las funcionarias públicas, pues en el pre y postnatal éstas reciben el total de los ingresos.

Al respecto, cabe señalar, por de pronto, que nos sorprende que se hable de privilegios, porque se trata de un derecho de seguridad social. Las funcionarias públicas tienen un derecho, no un privilegio. Reciben los ingresos durante su pre y postnatal porque el legislador, durante ya casi 80 años, así lo ha establecido.

Asimismo, las medidas de protección de la maternidad son medidas de discriminación positiva, en que el Estado favorece a las madres, como una manera de compensar o corregir la situación de desventaja en que quedan por ese hecho. No se genera, por tanto, una situación activa de ventaja que sustraiga a cierto grupo de reglas comunes de manera abusiva y sin justificación. Lo que se busca es, precisamente, generar una regulación que permita nivelar la cancha respecto de las madres. Se materializa el mandato constitucional de *"promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación"* y *"asegurar" la "igualdad de oportunidades en la vida nacional"* (artículo 1°, Constitución).

Enseguida, de acuerdo al artículo 1° de la Constitución, el Estado debe perseguir la *"mayor realización espiritual y material"* de las personas. Por

lo mismo, hay un mandato de optimización, no de regresión. En ese sentido, la nivelación no debe ser hacia abajo.

Además, el Estado no puede, al mismo tiempo, sostener argumentos contradictorios. Por una parte, decir en el Mensaje del proyecto que se transformó en la Ley N° 20.545 que dicho beneficio era un derecho que “respetamos y protegemos”, y luego decir en la inaplicabilidad que ese beneficio de seguridad social tiene carácter regresivo. Por la otra, no puede utilizar el argumento de la regresividad para justificar, precisamente, el no darlo en un sistema nuevo y mantenerlo en el antiguo;

37°. Que, asimismo, no es caprichoso el que las funcionarias tengan en el pre y postnatal el beneficio de recibir toda su remuneración. Desde luego, hay razones históricas. El beneficio prácticamente nació para las funcionarias de esa manera. También, siempre lo cubrió el Estado. Recordemos que hasta antes de 1952, para las trabajadoras del Código del Trabajo, el subsidio se financiaba por el empleador. Y en algún momento, para estas trabajadoras, también el sistema les cubría el 100% de sus ingresos. Enseguida, las funcionarias no pueden negociar beneficios compensatorios con su empleador, por su régimen estatutario. Además, para el Estado no hay más gasto, pues la remuneración se encuentra contemplada en el presupuesto anual. Asimismo, para los funcionarios la regla general es que por las licencias éstos gocen del total de sus remuneraciones (artículo 111, Ley N° 18.834);

38°. Que una tercera razón que se entrega para establecer la diferenciación, es que ambos permisos tienen finalidades diferentes. Mientras el permiso maternal es para la recuperación física de la madre, el permiso postnatal parental persigue apoyar a la familia en la crianza del niño.

Al respecto, cabe señalar, en primer lugar, que lo

que estamos discutiendo es si esa razón justifica que entre ambos permisos haya sistemas remuneratorios diferentes. Sobre todo porque en el Mensaje del Ejecutivo que dio origen a la Ley N° 20.545 se sostenía que ambos fines eran equivalentes. Así se señalaba que el proyecto tenía por objeto *“garantizar el mejor cuidado de nuestros hijos”*. Específicamente se afirmaba: *“debemos tener claro que la extensión del postnatal no sólo corresponde a un beneficio para la madre sino que vela para que el futuro de nuestro país, nuestros hijos, tengan una mejor salud y desarrollo y establezcan lazos de mayor apego con sus padres”*. Se buscaba *“permitir el mejor cuidado de nuestros hijos e hijas y de la madre”*. Argumentando sobre los beneficios que tiene para madre e hijo estar juntos los primeros meses, se indicaba que con el postnatal de doce semanas, por una parte, se interrumpía la lactancia materna. Sólo un 14% de las madres que trabajan fuera del hogar mantiene la lactancia exclusiva de los niños hasta los 6 meses versus el 55% de las que se quedan en la casa. Y esa lactancia permite evitar una serie de enfermedades. Por la otra, se indicaba, volver al trabajo tan pronto, llevando a los niños recién nacidos, los exponía a temperaturas y ambientes no adecuados para su salud.

En segundo lugar, este distingo no era recogido por la jurisprudencia previa de este Tribunal, que apuntaba a que el fundamento del instituto era simplemente la protección de la maternidad (STC 2025/2010, c. 41°; 2113/2012, c. 13°).

En tercer lugar, no hay una separación radical entre ambos permisos. En efecto, en la ley (artículo 197 del Código del Trabajo), el beneficio del postnatal parental se establece *“a continuación del período postnatal”*, no estableciendo una barrera infranqueable entre ambos sistemas. De hecho, la regulación del permiso postnatal parental se hace en base a las normas del permiso

postnatal, con ciertos ajustes. Y entre ambos permisos hay una serie de elementos comunes: ambos protegen la maternidad; tienen financiamiento público; producen la suspensión de la obligación de trabajar; son irrenunciables; están cubiertos por fuero;

39°. Que, en cuarto lugar, no consideramos que sea más valiosa la recuperación física de la madre que la crianza del niño, para que ello se traduzca en que se pague en un caso más y en otro menos.

Diversas razones sustentan lo anterior. Desde luego, porque es muy difícil darle valor económico a cada etapa y justificar en base a eso una diferenciación de pago salarial. Asimismo, ambos permisos son beneficios de seguridad social destinados a proteger la maternidad. En ambos beneficios, manteniéndose la relación laboral, se suspende la obligación de prestar el trabajo. Enseguida, ambos permisos intervienen en un momento clave de la existencia humana. También, porque ambos permisos distribuyen socialmente el costo de la maternidad. Y, en fin, porque ambos permisos buscan facilitar la incorporación de la mujer al trabajo;

40°. Que no consideramos, por tanto, que exista una justificación razonable y objetiva para el distingo que se hace entre el pago durante el pre y postnatal y durante el postnatal parental;

41°. Que el tercer elemento del análisis de la igualdad, luego de haber examinado la situación de hecho y de si había o no una distinción razonable y objetiva, es el examen de si la medida debe ser tolerable por el destinatario;

42°. Que consideramos que la medida que contiene la regla impugnada es desmedida. En primer lugar, porque las funcionarias de autos lo que reclaman es que se les pague su remuneración. Ni más ni menos. No están exigiendo un sobresueldo por haber sido madres. Y la regla impugnada establece que el permiso postnatal parental les disminuye

sus rentas;

43°. Que, en segundo lugar, es un hecho objetivo que la maternidad es un costo para las mujeres, pues aun cuando se trate de un embarazo deseado, las mujeres deben cargar al hijo por nueve meses. Y, una vez nacido, asumir las consecuencias de su condición de madre (por ejemplo, amamantar al recién nacido). Además, deben dejar de trabajar por un tiempo. Asimismo, adquieren un compromiso de por vida, en conjunto con el padre.

A todo ello debe sumar la rebaja de su remuneración;

44°. Que, en tercer lugar, los compromisos económicos que tiene la mujer no disminuyen proporcionalmente a la rebaja de sus ingresos. De hecho, algunos se agravan. Por ejemplo, las cotizaciones previsionales. La mujer sigue afiliada a sus seguros de salud. Y éstos son montos fijos y reajustados, sobre todo en Isapres, que no están definidos como porcentajes de la remuneración. Lo mismo sucede en materia de AFP, en que una cotización menor impacta en la jubilación final;

45°. Que, en cuarto lugar, estos impactos se acumulan, pues la mujer podrá ser madre más de una vez. Por lo mismo, no es que reciba una rebaja de remuneraciones por una vez en su vida, sino cada vez que sea madre. Esto claramente afecta de manera desigual respecto del hombre el tamaño del patrimonio acumulado luego de una vida de trabajo;

46°. Que, además, la Contraloría General de la República ha sostenido, mediante dictamen 4587/2012, que el permiso postnatal parental es irrenunciable para todas las madres trabajadoras que tengan hijos menores a 24 semanas de vida. Ello es consistente con el artículo 5°, inciso segundo, del Código del Trabajo, que declara la irrenunciabilidad de los derechos establecidos por leyes laborales. Los permisos pre y postnatal tienen este carácter irrenunciable expresamente (artículo 197, Código del Trabajo). Y al permiso postnatal parental se le

aplican esas reglas. Más todavía si el permiso pre y postnatal no mira únicamente al interés individual del renunciante (artículo 12, Código Civil). Asimismo, con este carácter de irrenunciable fue concebido en el mensaje del Ejecutivo que dio origen a la Ley N° 20.545, que incorporó el postnatal parental a nuestro sistema jurídico.

Por lo mismo, las juezas requirentes están expuestas a una opción extremadamente gravosa: porque o aceptan recibir el subsidio o se reintegran por jornada parcial por el 50 % de sus ingresos. No tienen posibilidad de reintegrarse por el 100% de su jornada y, por tanto, recibir el 100% de su remuneración;

47°. Que, por lo mismo, la maternidad no debe ser un costo individual, sino que social. La sociedad debe hacer tolerable esta carga de las mujeres. Ello pasa por algo básico: que no disminuyan sus ingresos durante ese período;

48°. Que, además, no hay que perder de vista que en este caso requieren de inaplicabilidad juezas. Su labor es extremadamente delicada y sensible para la sociedad. Realizan una función constitucional. Requieren, por lo mismo, la máxima tranquilidad para llevar a cabo su labor sin presiones externas y con independencia. No contribuye a ello la disminución de sus ingresos;

49°. Que, por otra parte, hay que considerar que cuando el Ejecutivo fundamentó la incorporación del postnatal parental en el Mensaje del proyecto que se transformó en la Ley N° 20.545, se esgrimieron razones que excedían el interés de la madre por cuidar al hijo. Se afirmó, en efecto, que ese cuidado repercutía en mejores niveles de salud pública de los recién nacidos. El menor que permanece con su madre más tiempo los primeros meses de vida y es alimentado con leche materna, se dijo, es más sano y se desarrolla mejor. Expresamente, se sostuvo: *“La protección de la maternidad trae*

beneficios a la sociedad completa... La maternidad se considera un bien social". Por lo mismo, no es razonable que persiguiendo esos propósitos de bien común, el Estado haga radicar en la madre el costo de aquello;

50°. Que, finalmente, siendo la familia el "*núcleo fundamental de la sociedad*" (artículo 1°, Constitución), el lugar donde los niños desarrollan y forjan sus competencias y habilidades, el Estado debe ser particularmente cuidadoso con esas relaciones. En el postnatal están en juego las vinculaciones de la madre con el hijo recién nacido; se están formando vínculos primordiales en la existencia humana. Por lo mismo, no se puede establecer normas que atenten contra ella, por la vía de hacer de costo personal algo que puede asumirse mediante el gasto público;

51°. Que, por estas razones, estos disidentes consideran que la norma impugnada efectivamente vulnera la igualdad ante la ley, por tratar de manera hostil la maternidad de funcionarias públicas por el solo hecho de recibir un sueldo más alto que el tope del subsidio;

VII. SE AFECTA LA SEGURIDAD SOCIAL.

52°. Que el segundo reproche que se formula al precepto impugnado es que compromete seriamente un beneficio de seguridad social de las requirentes;

53°. Que el Consejo de Defensa del Estado sostiene que esto no se produce, pues se trata a todas las funcionarias de igual forma, ya que todas están sujetas a las mismas reglas. Además, el mismo beneficio rige tanto para funcionarias como para mujeres sujetas al Código del Trabajo;

54°. Que al respecto cabe señalar que la Constitución, para asegurar el derecho a la seguridad social, obliga al Estado "*a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes*".

Analícemos esta disposición. Desde luego, obliga al

Estado a un rol activo, pues debe garantizar. Es decir, debe comprometerse a que eso ocurra (STC 1572/2010); debe realizar acciones de protección. Es, por tanto, más que una obligación de medios, una obligación de resultados.

Enseguida, lo que debe asegurar el Estado es el acceso a ciertas prestaciones. El acceso implica no solamente ingresar o alcanzar el goce de éstas, sino que hacer todo lo posible para que se reciban estas prestaciones de modo completo.

Las prestaciones, por su parte, son aquello en que se objetiviza el rol protector o garantizador. El Estado entrega dinero, servicios, especies, para cubrir, sea previniendo, reparando o superando, de manera adecuada y suficiente, necesidades singulares y diferentes. Es decir, contingencias. Estas son hechos o infortunios definidos por el legislador (vejez, enfermedad, muerte, maternidad, etc.) que impactan en los ingresos del trabajador negativamente. Cada necesidad protegida tiene mecanismos específicos de cobertura. Esas son las prestaciones, las que pueden o no vincularse a las cotizaciones, es decir, pueden o no ser contributivas.

Asimismo, el acceso que el Estado debe garantizar es a *"todos los habitantes"*. Se trata, como se observa, de una titularidad amplia, en que no se discrimina por edad, sexo, nacionalidad, etc. El único requisito es que se trate de *"habitantes"*. Es decir, que vivan en el país de un modo permanente. La expresión *"todos"* es inclusiva. Como ha dicho este Tribunal, se consagra aquí el principio de universalidad subjetiva de la seguridad social (STC 1572/2010). Ello implica rechazar o disminuir al mínimo los mecanismos de selectividad en la cobertura de los riesgos.

Finalmente, la Constitución establece que las prestaciones que deban percibir las personas, tienen dos características. Por una parte, deben ser básicas. Esto no quiere decir mínimas, sino que necesarias o

fundamentales. El concepto se contrapone a prestaciones complementarias. Por la otra, debe tratarse de prestaciones uniformes. Esto quiere decir que a lo menos deben ser equivalentes y semejantes para cubrir las mismas necesidades;

55°. Que, para estos disidentes, la norma impugnada vulnera el artículo N° 19, N° 18, en primer lugar, porque hace de cargo de la funcionaria asumir la rebaja de la remuneración que significa recibir el subsidio con tope. El Estado no cumple con su rol de "garantizar el acceso" cuando pone una barrera de esta naturaleza, porque fuerza a las madres a una alternativa extremadamente gravosa: o aceptan lo que les dan o deben volver a trabajar parcialmente para seguir recibiendo al menos la mitad de su remuneración;

56°. Que, en segundo lugar, contraría lo que la Constitución establece al señalar que se debe garantizar el acceso a "todos los habitantes".

En efecto, las juezas requirentes son funcionarias públicas, pertenecientes a un poder del Estado. Cumplen el requisito de ser "habitantes".

Sin embargo, no se les entrega una prestación suficiente para afrontar la contingencia de maternidad. Mientras en el pre y postnatal se les cubre la necesidad con el total de sus remuneraciones, en el postnatal parental se les cubre hasta un tope. Ante una misma necesidad (la maternidad) se establecen mecanismos de protección distintos y más gravosos;

57°. Que, en tercer lugar, está en juego una prestación básica y fundamental: los dineros con que las personas se desenvuelven en su vida cotidiana. A las juezas requirentes se les afectan sus remuneraciones, que ven reducidas a la mitad;

58°. Que, finalmente, pone en jaque la finalidad de la seguridad social, que es proporcionar sosiego frente a contingencias determinadas. La seguridad social no puede

ser fuente de angustias y desvelos (STC 1572/2010); no puede significar que la madre trabajadora tenga que asumir con sus ahorros o su capacidad financiera esta contingencia. La seguridad social existe para cubrir, precisamente, estos riesgos que son difíciles de enfrentar individualmente. Eso es lo que la hace distinta de un seguro privado: que los asume la sociedad, que no dependen de los ingresos y que se entregan con certeza cuando la contingencia se produce;

59°. Que, por todas estas razones, estos disidentes consideran que el presente requerimiento debe acogerse.

Redactó la sentencia el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza; la prevención, el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y la disidencia, el Ministro señor Carlos Carmona Santander.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Ro1 N° 2250-12-INA.

Se certifica que los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios y José Antonio Viera-Gallo Quesney no firman, no obstante haber concurrido al acuerdo, por haber cesado en su cargo.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente subrogante, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, la Ministra señora Marisol Peña Torres y los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.