

Santiago, trece de marzo de dos mil catorce.

VISTOS:

Con fecha 1° de agosto de 2013, el abogado Mauricio Andrés Vega Riveros, en representación de Alejandra Loretto Anabalón Zunino, Carolina Angélica Pardo Muñoz, Liada Edith Secchi Azolas, Carolina Cecilia Fuentes Remy-Maillet, Ana Victoria Quintana Olguín, Fiscales del Ministerio Público, y de la Asociación Nacional de Fiscales del Ministerio Público, en favor de las abogadas y Fiscales del Ministerio Público Pamela Andrea Contreras Matus, Gabriela Alejandra Sonia Fuenzalida Suárez y Claudia Marcela Alejandra Barraza Alarcón, ha solicitado la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la primera parte del inciso segundo del artículo 6° de la Ley N° 20.545, que modificó las normas sobre protección a la maternidad e incorporó el permiso postnatal parental.

El precepto cuya aplicación se cuestiona, referido a la base de cálculo del subsidio del nuevo permiso posnatal parental para los funcionarios públicos, dispone:

“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”.

Cabe hacer presente que el precepto aludido en la norma impugnada (artículo 153 del DFL N° 1, del Ministerio de Salud, del año 2006, dispone que los funcionarios públicos tendrán derecho, durante el goce de licencia por descanso maternal, a la mantención del total de sus remuneraciones y que su pago corresponderá al respectivo Servicio o Institución empleadora, en tanto que el nuevo permiso posnatal parental se ve afecto a un

tope máximo de 67.4 Unidades de Fomento y su monto no asciende necesariamente al total de las remuneraciones.

La gestión pendiente invocada es un proceso de protección que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, en contra del Director Ejecutivo Nacional del Ministerio Público, en el cual se señala que ilegal y arbitrariamente dicha institución se ha negado a dar aplicación al artículo 153 del aludido Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, de 2006, al contestar (a través del mencionado funcionario) que no estaba en sus facultades disponer el pago íntegro de remuneraciones, dejando de cumplir con la ley. En dicho proceso, las actoras de protección solicitan el pago de su remuneración íntegra, sin el tope del subsidio, durante el permiso postnatal parental.

Se señala en el requerimiento que la aplicación de la disposición impugnada vulneraría las garantías constitucionales de la igualdad ante la ley, el derecho a la seguridad social y el derecho de propiedad sobre las remuneraciones, respectivamente contenidas en el artículo 19, N°s 2°, 18° y 24°, de nuestra Carta Fundamental, al estimar que se estaría estableciendo diferencias arbitrarias en la norma objetada, por cuanto se discriminaría respecto de otras madres trabajadoras que durante su período de postnatal parental reciben íntegramente sus remuneraciones.

Agrega la parte requirente que además se vulnera el principio de que el Estado debe “garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes” en materia de seguridad social, toda vez que la norma “implica fijar el goce de prestaciones básicas diferenciadas”, en la medida en que se cercenan derechos adquiridos sobre las remuneraciones, pues el nuevo descanso postnatal es sin duda una prolongación del existente con anterioridad a la Ley N° 20.545.

Además, se estiman como vulnerados el Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre protección de la maternidad, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.

La afectación de las remuneraciones que se denuncia, producida por la aplicación del tope del subsidio, fluctúa entre un 33% y un 50% de las mismas; en tal sentido, a fojas 7 y 8 se especifica la situación de maternidad de cada actora, salvo en los casos de Claudia Barraza y Gabriela Fuenzalida.

Con fecha 7 de agosto de 2013, la Segunda Sala de este Tribunal acogió a tramitación el requerimiento, confirmando traslado para resolver acerca de su admisibilidad y ordenando la suspensión del procedimiento en la gestión invocada.

Evacuando el traslado conferido, el Consejo de Defensa del Estado solicitó la declaración de inadmisibilidad del requerimiento y latamente dio cuenta de los antecedentes de la gestión y de la pretensión de los requirentes. En concreto, solicitó la declaración de inadmisibilidad por aplicación de lo dispuesto en el artículo 84, N° 2°, de la Ley N° 17.997, teniendo en cuenta lo ya resuelto en los fallos de los roles N°s 2250 y 2357. En dichas inaplicabilidades, recaídas en el mismo precepto, se invocaba, como norma constitucional vulnerada, el artículo 19 de la Carta Fundamental, en sus numerales 2°, 18° y 24°, además de la protección constitucional de la familia proclamada en su artículo 1°, siendo descartadas dichas infracciones en ambas oportunidades por motivos de fondo.

Señaló además que la solicitud de inaplicabilidad formulada no afecta los aspectos económicos del postnatal, que el resto del artículo 6° deja firmes, junto al artículo 197 bis del Código del Trabajo y a las

normas del Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Agregó que el artículo 153 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud, norma que daría lugar al pago de la remuneración íntegra, no se refiere al permiso postnatal parental y que aplicarlo extensivamente vulneraría las reglas de interpretación de la ley del Código Civil.

Concluye así que la aplicación de la norma impugnada no es decisiva, pues de ser inaplicada el resultado sería el mismo.

Con fecha 29 de agosto de 2013 se declaró la admisibilidad del requerimiento y se confirió traslado para resolver acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad.

Evacuando el traslado conferido, el Consejo de Defensa del Estado dio cuenta latamente de los antecedentes de la gestión invocada y del requerimiento, para posteriormente analizar los artículos 135, 150 y 153 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud, que establecen el universo de afiliados al régimen de prestaciones de salud, el descanso y el subsidio de maternidad, bajo las normas del texto original de la Ley N° 18.469, que estableció para los funcionarios regidos por el Estatuto Administrativo el derecho a la mantención íntegra de sus remuneraciones.

Señala que la regla general del subsidio es la norma del Decreto con Fuerza de Ley N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, cuya finalidad es proveer los ingresos que la mujer deja de percibir. La base de cálculo es un promedio de la remuneración mensual neta, entendida como imponible, del subsidio o de ambos, devengados en un lapso de 3 meses, con el límite del tope máximo imponible, que hoy corresponde a 70.3 Unidades de

Fomento, que no se vio afectado por la Ley N° 20.545, y que se considera imponible y no es renta para efectos tributarios.

Posteriormente realiza un análisis comparativo de la normativa del sector público y la del sector privado en la Ley N° 20.545.

Al preguntarse cuál es el derecho pecuniario, responde que es un subsidio; al preguntarse la fórmula de cálculo, responde que en el sector privado es la del Decreto con Fuerza de Ley N°44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, y la del artículo 197 del Código del Trabajo. En el sector público, en cambio, rige la norma del artículo 6° de la Ley N° 20.545, con disposición expresa de que no se aplica la norma del artículo 153 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud.

Hace presente que el nuevo permiso postnatal parental es diferente al existente con anterioridad a la dictación de la Ley N° 20.545; que es una figura nueva, con finalidades, titularidad, montos, caracteres y técnica legislativa distintos. Señala que si fueran lo mismo, bastaba con modificar el artículo 195 del Código del Trabajo aumentando el número de semanas.

Expone que tanto este Tribunal como la Superintendencia de Seguridad Social han reconocido esta diferenciación entre los dos permisos, señalando que durante el nuevo postnatal parental corresponde percibir el subsidio y no el pago íntegro de remuneraciones.

Posteriormente se refiere latamente a los elementos y caracteres del derecho al subsidio, concluyendo que no existe discriminación alguna, pues es exactamente lo mismo para los sectores público y privado, agregando que el artículo 153 del Decreto con Fuerza de

Ley N° 1, del año 2006, del Ministerio de Salud, se refiere a otros beneficios.

Posteriormente hace extensa referencia a los permisos maternales en otros países, concluyendo que hay diversidad de sistemas, subsidios y tiempos, para concluir la bondad de la normativa vigente actualmente en nuestro medio.

Continúa desarrollando latamente el contenido de la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, con especial énfasis en la jurisprudencia de este Tribunal, para argumentar que ella no se ve infringida al ser razonable la diferencia de trato establecida por la norma cuestionada, agregando que no se afecta el derecho de propiedad ni tampoco los derechos del niño, ya que la norma establece el permiso postnatal parental para el sector público y para el sector privado.

En referencia a la historia del proyecto de la Ley N° 20.545, señala que el Ejecutivo reconoció que el escenario ideal era un subsidio sin tope, cosa que declaró no era posible, dejando patente la necesidad de focalizar el gasto, ya que el 52% de los recursos en este rubro iban al quintil de más altos ingresos y sólo el 5% al más bajo, siendo necesario revertir dicha regresividad.

Posteriormente procede a realizar un ejercicio de ponderación de la diferencia de trato, señalando que el tope de subsidio es general, que afecta sólo a los de ingresos superiores al tope, y que es el nivel de ingresos el motivo de la diferencia entre remuneraciones y monto de subsidio. La escasez de recursos, lo regresivo del subsidio maternal y la necesidad de focalizar el gasto justifican la norma cuestionada, fundada en un criterio objetivo, racional y razonable.

A continuación, señala que se está en presencia de uno de los beneficios de seguridad social para los servidores públicos, preguntándose luego si la sola existencia de tratos privilegiados en la materia obliga al legislador a brindarlos cuando establezca beneficios nuevos, so pena de incurrir en inconstitucionalidades. Señala que la respuesta es no, pues tal obligación sería inconstitucional por irracional y carente de razonabilidad. Justamente lo pretendido es la mantención de un privilegio, que puede justificarse, pero otra cosa es pretender que cada legislación nueva debe dar tratos privilegiados y que si ello no ocurre se vulnere la igualdad ante la ley, cuando es justamente lo contrario, al brindarse un trato privilegiado, cuestión que este Tribunal ha recogido.

Por otra parte, al haber subsidio y no remuneraciones y al no afectarse los derechos del artículo 153 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud, ya aludido, descarta cualquier vulneración del derecho de propiedad.

Recogiendo lo resuelto por este Tribunal, señala que la protección constitucional de la familia tampoco se ve afectada.

Por todo lo expuesto solicita el rechazo del requerimiento.

Concluida la tramitación del proceso, se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 14 de noviembre de 2013 se verificó la vista de la causa.

CONSIDERANDO:

I.- EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO.

PRIMERO: Las requirentes sostienen que les sería inaplicable la primera parte del inciso segundo del artículo 6° de la Ley N° 20.545, de 2011, referido al cálculo del subsidio del nuevo permiso postnatal parental para los funcionarios públicos, por similares razones a las que se invocaron en el rol N° 2357, razón por la cual se sentenciará de igual manera;

SEGUNDO: En primer lugar, la pretendida infracción constitucional se configuraría porque al establecer que no es aplicable el artículo 153 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2006, se introduciría una diferencia de trato injustificada entre funcionarios públicos, respecto de aquellos que tienen una remuneración superior al tope imponible, puesto que las mujeres funcionarias que gozan automáticamente de su permiso postnatal parental, una vez expirado el descanso postnatal por maternidad, ven significativamente reducida su renta, la que alcanza sólo hasta el tope imponible 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;

TERCERO: En segundo lugar, existiría una discriminación arbitraria con respecto a las trabajadoras del sector privado, quienes si bien están afectas al tope del subsidio en caso de permiso postnatal parental, tienen mayores posibilidades de negociación de su remuneración -no permitidas en el ámbito del Derecho Público estatutario para las fiscales- para acordar una mayor en caso que se ejerza el derecho a renuncia parcial del permiso postnatal parental, reincorporándose anticipadamente a sus funciones;

CUARTO: En tercer lugar, porque el no reconocer el derecho a la remuneración íntegra como uno de los componentes del permiso postnatal 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;

QUINTO: Que lo medular del requerimiento se basa en 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 gozan del permiso postnatal parental, que habría dispuesto la primera parte del inciso segundo del artículo 6° de la Ley N° 20.545, en su aplicación al caso concreto de las fiscales requirentes, resulta inconstitucional, al igual que en el caso del Rol N° 2357, porque materializa una discriminación arbitraria, que vulnera los derechos constitucionales de los números 2°, 18° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política. De manera que, para resolver el asunto, es necesario aclarar si existe una desigualdad de trato entre casos esencialmente iguales, carente de fundamento razonable, y si la norma legal impugnada suprime para el caso reclamado el beneficio laboral o social pretendido, de la misma forma que lo hacen las sentencias de los roles N°s 2250 y 2357, de 2013, siguiendo similar razonamiento, especialmente la del último rol señalado;

II.- PERMISO POSTNATAL POR MATERNIDAD Y PARENTAL.

SEXTO: Tal como se ha reiterado por esta Magistratura, el permiso postnatal parental es un nuevo beneficio de seguridad social, de naturaleza jurídica diversa al descanso por maternidad, previsto tradicionalmente en la legislación laboral, sea este último prenatal o post natal puerperal. El descanso por

maternidad está fundado especialmente en la salud de la mujer embarazada, que necesita un período de reposo previo y posterior al parto. El permiso postnatal parental está basado principalmente en el recién nacido y tiene por finalidad el desarrollo psicológico del menor, facilitando el apego del mismo a sus figuras parentales;

SÉPTIMO: Que el descanso postnatal puede ejercerse tanto en el caso del niño nacido vivo como en el caso de que éste fallezca en el parto o durante el período del referido descanso por maternidad, por aplicación del inciso primero del artículo 195 del Código del Trabajo. A su vez, el permiso postnatal parental no procede cuando el niño no nace vivo o perece durante el período del respectivo descanso puerperal o parental, tal como ha sido dictaminado por la Superintendencia de Seguridad Social;

OCTAVO: Que, por otra parte, en el caso del permiso postnatal maternal, estando viva la madre, no es posible ceder tal descanso postnatal al padre, conforme a lo establecido en el artículo 195, inciso tercero, del Código del Trabajo. En cambio, en el caso del permiso postnatal 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, a partir de la séptima semana del mismo, por el número de semanas que ésta indique;

NOVENO: Que, asimismo, la indisponibilidad del descanso por maternidad postnatal 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 postnatal parental, la

mujer puede renunciarlo parcialmente, reincorporándose a su trabajo por media jornada;

DÉCIMO: Que, adicionalmente, entre ambos institutos existen diferencias formales. Para justificar la ausencia al trabajo de la madre, el descanso por maternidad pre y postnatal se otorga sobre la base de una certificación médica o de matrona. De acuerdo al artículo 197 del Código del Trabajo, 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). Es decir, el permiso postnatal ordinario asume la forma de una licencia médica. Por su parte, el permiso postnatal parental no está sujeto a formalidad alguna y rige automáticamente, por el solo ministerio de la ley, una vez vencido el permiso postnatal 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, del Código del Trabajo establece que las trabajadoras tendrán derecho a un permiso postnatal parental de doce semanas a continuación del período postnatal;

DECIMOPRIMERO: Que, por otro lado, hay diferencias en el régimen de fuero laboral. En efecto, tal beneficio rige para la mujer únicamente en caso de postnatal maternal y no en el posnatal parental. Sin embargo, rige para el padre, aunque sólo en caso que sea éste quien haga uso del postnatal parental, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 201 del Código del Trabajo;

DECIMOSEGUNDO: Que en ninguno de los dos tipos de postnatal se trata de un subsidio remuneracional, sino

que constituye financieramente un beneficio neto de seguridad social. Pero en el postnatal maternal está sujeto a licencia médica y opera por incapacidad laboral temporal;

DECIMOTERCERO: Que, con todo, en el régimen laboral privado, conforme al artículo 3° del D.F.L. N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, los subsidios serán imponible para previsión social y salud, y no se considerarán renta para todos los efectos legales. Es decir, pese a sus diferencias, los subsidios por postnatal maternal o parental no son constitutivos de renta y por esa razón están exentos de impuesto de categoría. En el régimen del funcionario público, a la funcionaria con licencia médica maternal 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 a la renta si corresponde por su monto;

DECIMOCUARTO: Que lo anterior confirma lo expresado por esta Magistratura 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 postnatal parental, en el sentido de 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;”;

III.- EL RÉGIMEN ESTATUTARIO PARA LOS TRABAJADORES PÚBLICOS Y LOS PERMISOS POSTNATAL MATERNAL Y POSTNATAL PARENTAL.

DECIMOQUINTO: Que, tal como lo dispone el Código del Trabajo, ambos permisos postnatales son aplicables a los trabajadores del sector público. 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 determinación pendiente es en qué consiste esa diferencia de trato y si dicha diferencia es contraria a la Carta Fundamental (sentencias roles N°s 2250 y 2357, ya aludidas);

DECIMOSEXTO: Que, según el artículo 194 del Código del Trabajo, la protección a la maternidad se regirá por las disposiciones del presente título y quedan sujetos a ella 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. Agrega dicho precepto que 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;

DECIMOSÉPTIMO: Que los beneficios de protección a la maternidad y asignación familiar son generales en nuestra legislación, sea que los beneficiarios pertenezcan al sector público o privado. Los permisos postnatales, puerperal o parental, aplicables a las funcionarias públicas, están establecidos en el Código del Trabajo. Ambos permisos postnatales, en cuanto tales, son los mismos, tanto para trabajadoras del sector privado como del sector público;

DECIMOCTAVO: 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 de que gocen de licencia médica, cualquiera sea el motivo - vale decir, no sólo la maternidad -, no se les paga el subsidio del postnatal 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;

DECIMONOVENO: 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, de donde emana el

derecho a percibir la totalidad de la remuneración de la funcionaria pública, y está fundado en el hecho de gozar de una licencia médica, por cualquiera causa, y no en la circunstancia de estar gozando de permiso postnatal puerperal o parental, ni de algunos de los subsidios correspondientes a tales permisos;

VIGÉSIMO: Que el subsidio por incapacidad laboral temporal en caso de licencia médica, corresponde al servicio o institución pública empleadora y no a la trabajadora, según lo dispone el artículo 12, incisos primero y segundo, de la Ley N° 18.196, de 29 de diciembre de 1982;

VIGESIMOPRIMERO: Que, en las condiciones señaladas, resulta obvio que son normas legales las que disponen el beneficio de la remuneración completa durante el goce de la licencia médica, la que sólo se otorga en el caso del permiso postnatal maternal y no en el postnatal 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, 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 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 postnatal en especial. Y, dado que sólo el permiso postnatal maternal se otorga bajo la forma de licencia médica, dicho beneficio no se extiende al permiso postnatal 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;

VIGESIMOSEGUNDO: Que, para esta Magistratura Constitucional, la norma impugnada, primera parte del inciso segundo del artículo 6° de la Ley N° 20.545, es irrelevante, ya que no tiene ninguna influencia decisiva en la resolución del asunto basal sublite. Por lo demás, el alcance del precepto legal es mucho menor del que se sostiene en el requerimiento, y su aplicación no produce efectos inconstitucionales. Ello, porque no por aplicación de dicha norma existe tope para el subsidio por el permiso postnatal parental, sino por lo dispuesto en el inciso primero del mismo artículo 6°, según el cual 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, norma esta última que es la que establece el tope de la cuantía;

IV.- LA NO PRODUCCIÓN DE EFECTOS INCONSTITUCIONALES POR APLICACIÓN DE LA NORMA IMPUGNADA.

VIGESIMOTERCERO: Que, no siendo la norma impugnada la que suprime el beneficio pretendido, este Tribunal estima que la desigualdad inconstitucional que la aplicación de dicha misma norma materializaría tampoco se

produce. Las requirentes sostienen que en este caso sería evidente la diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, toda vez que las funcionarias públicas - fiscales, en este caso - que tienen una remuneración superior al tope imponible, cuando se ejerce el permiso postnatal parental, sólo tienen derecho a que la institución o servicio les remunere hasta un monto equivalente al tope del subsidio, que como se ha señalado es el contemplado en el citado D.F.L. N° 44, de Trabajo, del año 1978. 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;

VIGESIMOCUARTO: Que, sobre el particular, cabe reiterar lo señalado en las sentencias de los roles N°s 2250 y 2357, ya aludidas, en orden a que la situación del permiso postnatal maternal es objetivamente distinta a la del permiso postnatal parental, existiendo entre ambas instituciones profundas diferencias de naturaleza jurídica y las derivadas de ella;

VIGESIMOQUINTO: Que, al evidenciarse dos situaciones distintas, que autorizan un trato diferenciado, éste no es arbitrario, sino fundado en criterios racionales reales que la autoridad legislativa solamente se limita a ponderar. 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 postnatal parental es exactamente idéntico para todas las trabajadoras, tanto del sector público como del sector privado-, sino que su reproche radica en que no se le extiende al permiso postnatal parental el mismo beneficio remuneracional excepcional para los trabajadores públicos de toda licencia médica, más que propio del permiso maternal pre ni postnatal. Si quienes trabajan en el sector público gozan estatutariamente de derechos especiales en materia de licencias médicas por enfermedad, por descansos de maternidad pre y post natal y por las licencias médicas por enfermedad del hijo menor de un año, no es obligación del legislador brindarles similar trato cada vez que se dispongan nuevos beneficios, lo que sería falta de razonabilidad y transformaría a este grupo de trabajadores en un grupo de tratamiento propio permanentemente superior al resto de los trabajadores, materia que la misma garantía constitucional invocada proscribiera de manera expresa;

VIGESIMOSEXTO: Que, respecto 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 debe garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas, debe señalarse que el mismo no se afecta en la especie. Es obvio que el beneficio del permiso postnatal parental es uniforme, por cuanto se aplica sobre la base de parámetros igualitarios a la totalidad de los trabajadores del sector público o privado. El legislador de la Ley N° 20.545 ha creado un beneficio nuevo, que antes no existía y que no ha

afectado el derecho al descanso por maternidad ni pre ni post natal;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que, en virtud de lo señalado precedentemente, tampoco puede considerarse afectada la garantía constitucional del N° 24° del artículo 19, por causa del precepto legal impugnado, que no alude al permiso post natal parental. Los derechos que establece el artículo 153 para los servidores públicos, no han sido afectados por la Ley 20.545, de 2011. Además, tal como se ha reiterado, el permiso post natal parental, desde el punto de vista económico, da lugar al pago de un subsidio y no de la remuneración a los trabajadores, sean del sector público o privado.

Y VISTO lo preceptuado en los artículos 19, N°s 2°, 18° y 24°, y 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, de la Carta Fundamental, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- 1) **QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1, EN CUANTO PIDE SE DECLARE INAPLICABLE LA NORMA CONTENIDA EN LA PRIMERA PARTE DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 6° DE LA LEY N° 20.545, DE 17 DE OCTUBRE DE 2011.**
- 2) **DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 65. OFÍCIESE.**
- 3) **QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR HABER TENIDO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

Los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Juan José Romero y señora María Luisa Brahm Barril 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.

Por su parte, el Ministro señor Francisco Fernández Fredes concurre a lo resuelto pero advierte que, en su opinión, el requerimiento debió desecharse por improcedente, toda vez que a su respecto es aplicable la causal de inadmisibilidad prevista en el numeral 2° del artículo 84 de la Ley N° 17.997, desde el momento que hay dos sentencias anteriores de esta misma Magistratura que desestimaron sendas impugnaciones formuladas contra el mismo precepto y por los mismos supuestos vicios de constitucionalidad.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Hernán Vodanovic Schnake, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, sobre la base de las siguientes motivaciones:

I. LA IMPUGNACIÓN.

1°. Que en la presente causa ocho fiscales del Ministerio Público han presentado una acción de inaplicabilidad respecto de la primera parte del inciso segundo del artículo 6° de la Ley N° 20.545, en el marco de un recurso de protección, interpuesto en contra del Ministerio Público, radicado actualmente en la Corte de Apelaciones de Santiago.

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 sus remuneraciones durante el postnatal, siendo de cargo del servicio respectivo el pago correspondiente;

2°. Que las requirentes alegan que la no aplicación del artículo 153, 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 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 parcialmente 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 relevante 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 preciso comprender, por una parte, que esta tarea no corresponde únicamente a las mujeres, tal como lo estableció la Ley 20.680; 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 diciembre de 2013, a dos años de su incorporación a nuestro sistema, este mecanismo había sido utilizado por 193.086 mujeres. El 97,9% 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 514 casos. Asimismo, el número de subsidios se concentra básicamente en el porcentaje de personas cuyos ingresos oscilan entre 1 y 200.000 pesos (el 28,7%), entre 201.000 y 400.000 (33,1%) y entre 401.000 y 600.000 (13,2%). Las personas que ganan sobre 1.400.000, alcanzan al 6,5%. Dicho de otra forma, el 61,8% de los subsidios corresponde a personas con una renta imponible de hasta 400.000 pesos mensuales. Asimismo, disminuyeron en un 55,5% las licencias por enfermedad del hijo menor de un año y en un 92,5% las licencias por enfermedad del hijo de menos de 168 días (Superintendencia de Seguridad Social; Subsidio por permiso postnatal parental. A dos años de su creación; diciembre 2013);

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 puerperal (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, caso en el cual percibe la mitad de sus ingresos, 50% del subsidio y 50% de los estipendios fijos. En este evento, 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 del 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, se equipara al que corresponde a las trabajadoras 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 fiscales 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 propia 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 inadmisibile un requerimiento 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 lo que afirma la mayoría: 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 [completar referencia]).Sin embargo, la propia Ley N° 20.545 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. Lo hace 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 fiscales. Enseguida, quieren hacer uso de su permiso postnatal recibiendo el pago íntegro de sus remuneraciones, pero el Ministerio Público les ha indicado que no es posible acceder a lo solicitado.

Alegan que si bien podrían volver a trabajar media jornada, esto sería sólo por el 50% de sus ingresos, pues para recibir el 100% deben volver a trabajar a jornada completa, dejando de hacer uso del permiso postnatal parental. Ambos escenarios implican graves perjuicios económicos. 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 las 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, en cambio, les entrega a estas funcionarias 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 tengan 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 a la que se

pertenezca. 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 de su artículo 19, N° 22°, 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 distinguos 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 sus 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 1º, Constitución).

Enseguida, de acuerdo al artículo 1º 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 determina que el permiso postnatal parental les disminuya 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 sumarse 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 asignado (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 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 fiscales del Ministerio Público. 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”.

Analicemos 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 objetiva 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 19, N° 18°, constitucional, 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 fiscales requirentes son funcionarias públicas, pertenecientes a un órgano autónomo de la Administración 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 fiscales 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 la Ministra señora María Luisa Brahm Barril; las prevenciones, sus respectivos autores, y la disidencia, el Ministro señor Carlos Carmona Santander.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2503-13-INA.

|

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake,

Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y la Ministra señora María Luisa Brahm Barril.

Se certifica que los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor Francisco Fernández Fredes, concurrieron al acuerdo y fallo, pero no firman, por encontrarse en comisión de servicio en el exterior.

Se certifica que el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma, por encontrarse con permiso.

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