

Santiago, diecinueve de junio de dos mil catorce.

VISTOS:

Con fecha 14 de junio del año 2013, el abogado JUAN LUIS COLLAO CARVAJAL, en representación de doña NORMA ISABEL TRONCOSO DONOSO, ha deducido un requerimiento a fin de que esta Magistratura Constitucional declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los siguientes preceptos legales: el artículo 197 bis, incorporado al Código del Trabajo por la Ley N° 20.545; los artículos 7° y 8° del D.F.L. N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978; el artículo 16 del D.L. N° 3.500, sobre Nuevo Sistema de Pensiones; y el artículo 6° de la Ley N° 20.545, relativo al postnatal parental de las funcionarias públicas.

La gestión judicial pendiente consiste en el recurso de protección Rol I.C. N° 18.963-2013, que se encuentra actualmente en tramitación ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, caratulado "*Troncoso Donoso Norma con Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda y Superintendencia de Seguridad Social*". Dicho recurso fue deducido por la requirente con fecha 12 de abril del año 2013, por sí y en representación de su hijo menor de edad, en contra del acto de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda y de la Superintendencia de Seguridad Social que ordena y limita el pago de sus remuneraciones con un tope de 70,3 Unidades de Fomento. Según se alega en el recurso aludido, dicho acto administrativo, el cual carecería de justificación y proporcionalidad, afectaría el derecho de propiedad, la igualdad ante la ley, la integridad física y psíquica, consagrado en los numerales 1°, 2° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política, además de normas de tratados internacionales ratificados por Chile.

Con fecha 26 de junio del año 2013, la Primera Sala de esta Magistratura admitió a trámite el requerimiento,

decretando la suspensión del procedimiento en que incide, y, posteriormente, mediante resolución de fecha 24 de julio siguiente, lo declaró admisible sólo respecto del artículo 6° de la Ley N° 20.545, que dispone:

“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 acción de constitucionalidad planteada se circunscribe a la contradicción entre el derecho a la remuneración íntegra, consagrado en el artículo 153 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, del año 2006, -que expresamente se establece como no aplicable en la norma impugnada-, y el subsidio sujeto a un tope máximo que la ley establece mientras dure el permiso postnatal parental.

La parte requirente expone que los artículos impugnados producen efectos contrarios a la Carta Fundamental, dado que mientras la norma general aplicable a los funcionarios públicos -contenida en el artículo 153 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1,- consagra el derecho a la mantención del total de sus remuneraciones durante el goce de la licencia, las normas cuestionadas alteran esta situación y someten a las funcionarias públicas a la normativa propia del ámbito privado, específicamente al Decreto con Fuerza de Ley N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, del año 1978, haciéndoles, en consecuencia, aplicable el tope máximo legal de 70,3 Unidades de Fomento, propio del sector privado. De acuerdo a la requirente, la existencia de este tope máximo produce una limitación excesiva, desproporcionada

y por ello arbitraria en desmedro de las funcionarias públicas, en términos que incide en su garantía fundamental de igualdad ante la ley, así como del derecho de protección de la propiedad privada, y constituye una amenaza respecto a la integridad física y psíquica de sus hijos recién nacidos.

La requirente agrega que la afectación de derechos fundamentales se ve agudizada con lo señalado por la Superintendencia de Seguridad Social en su Circular N° 2777, de 18 de octubre de 2011, en orden a que se trata de un beneficio irrenunciable, argumentando que ello fuerza a las funcionarias que han sido madres a hacer uso del permiso.

En la especie, la requirente sostiene que la percepción del subsidio con un tope máximo inferior a la remuneración disminuye drásticamente sus ingresos. Es así como, aplicando el tope ya señalado, de las 70,3 U.F., menos las cotizaciones previsionales y el Impuesto Único a la Renta, pasa de obtener un sueldo bruto de \$4.105.720.- en los meses sin bono de desempeño y de \$4.835.374.- en los meses con bono (montos que no consideran el bono por desempeño individual) a un sueldo bruto de \$1.607.717.- aproximadamente, produciéndose un perjuicio manifiesto y evidente, situación que califica como discriminación arbitraria con efectos expropiatorios sobre su patrimonio de un modo no autorizado por la Constitución, precisando que lo que pretende es que se declare la eliminación de los topes en el monto del subsidio.

Doña Norma Isabel Troncoso Donoso alega que se afecta la igualdad ante la ley, consagrada en el N° 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, puesto que se incurriría en una discriminación arbitraria, no razonable y en definitiva no tolerable, al establecerse una

diferencia basada en la condición socioeconómica de la madre que, en este caso, percibe remuneraciones superiores al tope. Al respecto recuerda que durante la tramitación de la ley nunca se dieron razones acerca de cómo las necesidades del hijo o hija se distinguían de acuerdo a la condición social y económica de la madre, destacando en el requerimiento que la norma tiene un efecto perverso respecto de aquellas mujeres que tras largos años de estudios han conseguido un cierto éxito profesional, ya que a mayor remuneración, menor será el porcentaje que le será cubierto por el subsidio, lo que genera una presión para seguir manteniendo sus emolumentos íntegros o ser madres, dándose una verdadera negación de los supuestos que dieron origen a la Ley N° 20.545, sosteniendo que, también que se produciría una discriminación laboral indirecta basada en su condición de mujer, ya que al hacer uso de este permiso y no tener derecho a percibir sus remuneraciones íntegras queda en desventaja respecto de los funcionarios de sexo masculino.

La señora Troncoso rechaza, por carecer de sentido, la justificación proporcionada para la norma impugnada y que somete al mismo régimen de subsidio tanto a las funcionarias públicas como a las trabajadoras regidas por las normas del Código del Trabajo. En efecto, plantea que los preceptos legales impugnados configuran una discriminación arbitraria en su contra (infringiendo el artículo 19, N° 2°, de la Constitución) al no continuarse con la regla legal aplicable para el beneficio de descanso maternal pre y postnatal. Ella argumenta que lo anterior sostener que la naturaleza jurídica del postnatal parental es completamente distinta a la de los otros permisos por descanso de maternidad (respecto de los cuales no existe tope máximo tratándose de funcionarias públicas) no aparece claramente en la historia fidedigna de la Ley N° 20.545, destacando que el

hecho que origina el beneficio es el mismo para uno como para otro ambos beneficios, esto es, el nacimiento de un hijo.

La requirente sostiene, asimismo, que se afecta el derecho de propiedad sobre las remuneraciones, violándose, por ende, el artículo 19, N° 24°, de la Constitución, argumentando al efecto que un derecho laboral irrenunciable no puede estar asociado a la disminución temporal y dramática de las remuneraciones, salvo que exista una ley que autorice la expropiación, ya que su salario constituye un bien incorporal sobre el que tiene un derecho adquirido, garantizado por la norma constitucional recién aludida.

Igualmente, en el requerimiento se sostiene que se afecta la integridad física o psíquica de su hijo recién nacido, a pesar de que el principal objetivo de la ley fue fomentar la lactancia materna y el desarrollo afectivo entre la madre y el hijo, según se desprende del Mensaje del Ejecutivo. La requirente agrega que el grado de afectación de esta garantía, en el caso de su hijo menor, ha sido leve. debido a la decisión adoptada en orden a permanecer junto a su hijo, haciendo uso íntegro o completo de este supuesto "*beneficio laboral*". En apoyo a su argumentación, invoca el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política y señala que proponer un pago inferior al de sus remuneraciones adquiridas con pleno derecho y con mucha anterioridad al nacimiento se contradice con normas básicas de interpretación en materia de derechos humanos, invocando al efecto los principios de progresividad, *pro homine* y protector.

La requirente plantea, finalmente, como modo de resolver la colisión, que debe efectuarse un análisis de proporcionalidad o ponderación entre el interés general de limitar el gasto fiscal, estrechamente vinculado con

las razones que dieron lugar al tope cuestionado, y la afectación de las garantías constitucionales invocadas. Sobre el particular, la señora Troncoso destaca que este subsidio no se origina en la prestación de servicios de las trabajadoras, sino que es una manifestación de un beneficio por parte del Estado en materia de seguridad social. En cuanto al examen de idoneidad, la requirente sostiene que la finalidad de limitar el gasto público es menor respecto del objetivo final de privilegiar la lactancia materna y el apego madre-hijo, no existiendo un fin constitucionalmente legítimo, ya que se distingue de acuerdo a la condición socioeconómica, reservando la obtención de una remuneración íntegra para quienes perciban una remuneración inferior a 70,3 UF. Respecto al examen de necesidad se subraya que la norma no aprueba dicho test, ya que este tope máximo para el subsidio hace que la finalidad perseguida por la ley de garantizar el mejor cuidado de los hijos, la protección de la maternidad y facilitar la conciliación familia-trabajo se incumpla. Finalmente, en cuanto al test de proporcionalidad en sentido estricto, sostiene que la finalidad de limitar el gasto público es de menor relevancia en relación con la grave perturbación de las garantías constitucionales de la requirente, específicamente en cuanto a su derecho a seguir percibiendo durante su descanso postnatal parental sus remuneraciones y emolumentos en forma íntegra.

Por resolución de fecha 30 de julio de 2013, escrita a fojas 101 y siguientes, se dio traslado sobre el fondo de la cuestión a los órganos constitucionales interesados y a las otras partes de la gestión pendiente, trámite que sólo fue evacuado por la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda y la Superintendencia de Seguridad Social en los términos que se pasa a consignar.

Mediante presentación de fecha 20 de agosto del año

2013, el abogado Sebastián de la Puente Hervé, en representación de la Superintendencia de Seguridad Social, solicitó el rechazo del requerimiento, sosteniendo, en primer término, que la parte requirente en su análisis cambia el orden jurídico o naturaleza jurídica de las normas, calificando como regla general lo dispuesto en el artículo 153 del D.F.L. N° 1, del año 2006, del Ministerio de Salud, norma que claramente es de carácter excepcional. Por esto, al atribuir el carácter de norma excepcional y discriminatoria a la regla contenida en la norma impugnada, no hace más que confirmar la regla general en cuanto a que por las licencias médicas comunes en general y, particularmente, por los permisos de maternidad y de post natal parental todas las trabajadoras tienen derecho al subsidio por incapacidad laboral, de acuerdo con las normas del Código del Trabajo y el D.F.L. N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, régimen que no fue alterado por la Ley N° 20.545.

La Superintendencia señala que un adecuado estudio de las normas que regulan el descanso por maternidad, las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.545 y las normas que incorporan el nuevo permiso postnatal parental ha de llevar necesariamente a la conclusión de que el artículo 6° impugnado no hace más que consagrar la regla general de que las licencias médicas maternas dan derecho a subsidio por incapacidad laboral y no a remuneración, encontrándose los funcionarios públicos y otros personales regidos por estatutos especiales en una situación de privilegio en cuanto a que en los períodos en que gocen de licencias médicas tienen derecho a remuneración íntegra.

Dicha repartición pública expone, además, que el derecho a la licencia médica está previsto en el artículo 111 del Decreto con Fuerza de Ley N° 29, del año 2004,

del Ministerio de Hacienda, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Estatuto Administrativo, el cual luego de definir qué se entiende por licencia médica, en su parte final establece que “[d]urante su vigencia el funcionario continuará gozando del total de sus remuneraciones”. Sin embargo, se argumenta, el permiso postnatal parental no requiere de la emisión de una licencia médica, ya que opera por el solo ministerio de la ley una vez terminado el descanso postnatal, lo que lo aleja de los descansos maternales preexistentes, que sí la requieren, y de la autorización por la entidad respectiva para tener derecho al subsidio por incapacidad laboral.

La Superintendencia afirma que el permiso postnatal parental es un beneficio nuevo y diferente de los otros descansos de pre y postnatal, cuya finalidad es la protección de la madre trabajadora, que no puede afectar garantía constitucional alguna, y, que, por el contrario, no hace aplicable la discriminación contenida en el artículo 153 del D.F.L. N° 1, que, si bien puede tener buenas razones de fondo, establece un trato desigual para los funcionarios públicos, entre otros estamentos.

En razón de lo anterior sostiene que la norma resulta irrelevante, no teniendo carácter decisivo a la hora de resolver la controversia planteada en el recurso de protección, ya que no existe norma legal alguna que autorice a pagar a las funcionarias públicas remuneración íntegra cuando hacen uso del permiso post natal parental, derecho que sólo es aplicable cuando las funcionarias hacen uso de licencia médica.

Por otra parte, sostiene que no existe infracción constitucional, en primer término, respecto del numeral 1° del artículo 19 de la Carta Fundamental, toda vez que no existe afectación a la integridad física y psíquica

del menor, porque lo que la norma persigue es favorecer la unión madre-hijo, con claros beneficios para el buen desarrollo de éste, de tal suerte que la disminución temporal de los ingresos en nada afecta el fin último perseguido por la ley.

En segundo lugar, en relación con la afectación de la garantía de la igualdad ante la ley, consagrada en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, la Superintendencia señala que la ley debe buscar el bien común y no propender al favorecimiento de ciertas clases, grupos o estamentos. Agrega que una de las finalidades de la Ley N°20.545 fue otorgar mayor protección a las mujeres e hijos más vulnerables del país. En este sentido, el legislador, al establecer un estatuto único para el permiso postnatal parental y el subsidio asociado a él para todas las trabajadoras y trabajadores del país, lo que hizo fue poner en condición de estricta igualdad a todos y cada uno de los trabajadores, siendo errada la afirmación de la recurrente en cuanto a que el hecho de no poder contar con los mismos emolumentos durante el permiso postnatal genera una presión ilegítima entre el derecho a ser madre y poder seguir optando por mantener sus ingresos íntegros, ya que durante los descansos de maternidad pre y postnatal sus emolumentos no se ven afectados; sólo ocurre temporalmente durante el permiso postnatal parental, pero de ello no puede colegirse que se genere una presión indebida.

Finalmente, respecto de la afectación del numeral 24° del artículo 19 de la Constitución, la Superintendencia señala que el derecho a percibir la remuneración íntegra que se establece en el artículo 153 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud, emana del derecho a la licencia médica y no de las normas de protección de la maternidad. Al respecto expone que el artículo 72 del Estatuto

Administrativo dispone en su inciso primero, primera parte, que por el tiempo que no se hubiere trabajado no podrán percibirse remuneraciones, salvo que se trate de feriados, licencias médicas o permisos con goce de remuneraciones. Dado que por el permiso postnatal no existe emisión de licencia médica, no corresponde aplicar la norma antes referida, de manera que no existe vulneración de un eventual derecho de propiedad, ya que durante este período la funcionaria no tiene derecho a remuneración, sino que a un subsidio, de manera que no se puede expropiar lo que no se tiene. En este sentido, invoca pronunciamientos de esta Magistratura sobre la materia, en sentencias roles números 2250 y 2357.

Mediante presentación de fecha 22 de agosto del año 2013, la Abogado Procurador Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, en representación de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, formuló sus observaciones, solicitando se desestime el requerimiento en todas sus partes, con costas.

Luego de referirse a la gestión pendiente, a la normativa impugnada, al derecho al permiso postnatal parental y al subsidio, el Consejo de Defensa del Estado en lo tocante a las garantías constitucionales invocadas como infringidas sostiene que no se ve de qué manera pudiere haberse afectado la integridad física o psíquica del hijo recién nacido de la requirente, cuestión que, indica, no se explica en absoluto en el requerimiento, como tampoco el carácter leve de dicha afectación, más todavía si se considera que la requirente reconoce haber optado por hacer uso del permiso postnatal parental, con lo que se cumple con la finalidad tenida en vista por el legislador, razón por la cual, afirma que esta garantía no puede resultar afectada de modo alguno.

Respecto de la infracción a la garantía de la

igualdad ante la ley, la abogado del Consejo plantea que, contrariamente a lo que se sostiene en el requerimiento, no existe tal discriminación en perjuicio de la mujer en su condición de tal y de madre y al respecto indica que no se visualiza de qué manera podría producirse la desventaja respecto de los hombres a que se alude en la argumentación, sobretodo cuando quien hace uso del permiso postnatal es el padre, quien queda sujeto a las mismas normas que la madre.

En cuanto a que la disposición no podría justificarse objetivamente, ya que antes, pese a existir el tope, las funcionarias tenían derecho a percibir sus remuneraciones íntegras, el Consejo de Defensa del Estado sostiene que la requirente confunde conceptualmente el descanso por maternidad en sus modalidades pre y post natal con el permiso postnatal parental, que son instituciones distintas. Sobre el punto, indica que la Ley N° 20.545 establece el permiso postnatal parental para todos los trabajadores del país, tanto pertenecientes al sector público como al privado. A todos los trabajadores les reconoce básicamente dos derechos: a hacer uso del permiso postnatal parental y a percibir un subsidio pagado por el Estado mientras hacen uso de este permiso, por lo que no se vislumbra desigualdad de trato.

El único trato desigual se produce por la aplicación de las reglas sobre determinación del monto del subsidio, contenidas en el D.F.L. N° 44, de 1978, ya que quienes perciben remuneraciones superiores al tope tendrán derecho a un subsidio limitado a dicho tope, en tanto que aquellos cuyas remuneraciones sean iguales o inferiores tendrán derecho a percibir un subsidio que coincide con el monto de sus remuneraciones. Agrega que este tope rige para todos los destinatarios de la norma, sin excepción, siendo la esencia de la diferencia de trato el monto de las remuneraciones de los destinatarios, criterio que

califica de objetivo, racional y razonable, con lo que sostiene que la diferencia de trato no es arbitraria, haciendo expresa mención a los recursos escasos a que se refirió el Mensaje del Ejecutivo.

Sostiene que la regulación de beneficios distintos no afecta la igualdad ante la ley, ya que lo que la requirente pretende es que se le mantengan los privilegios económicos, de los cuales no goza ningún otro grupo de trabajadores en el país. En suma, la requirente, según el Consejo, aspira a que se le brinde un trato propio de un grupo privilegiado, cuestión a la que el legislador no está obligado en la regulación de nuevos beneficios y sobre la que, por lo demás, ya se ha pronunciado este Tribunal Constitucional, citando al efecto la sentencia Rol N° 2357.

Finalmente, indica que no hay afectación al derecho de propiedad respecto de sus emolumentos. La aseveración anterior se funda, en primer lugar, en que el permiso postnatal parental da lugar a un subsidio y no a una remuneración. En segundo lugar, el Consejo argumenta que no hay afectación al derecho de propiedad porque el artículo 153 del D.F.L. ya citado se refiere a derechos distintos al establecido en la Ley N° 20.545, dado que alude a licencias médicas, descansos de pre y postnatal y a las licencias por la enfermedad del hijo menor de un año, y no al permiso postnatal parental. En respaldo a la conclusión precedente, alude a la sentencia de este Tribunal a la que se hizo referencia previamente.

Por resolución de fecha 23 de agosto de 2013, se ordenó traer los autos en relación y la agregación de la causa al Rol de Asuntos en Estado de Tabla, llevándose a efecto la vista de la causa con fecha 17 de octubre siguiente, alegando, luego de escuchar la relación, el abogado Juan Luis Collao Carvajal, por la parte

requiriente, quien dejó minuta de alegato; el abogado del Consejo de Defensa del Estado, Alfonso Perramont Sánchez, por la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, y el abogado Tomás Garro Gómez, por la Superintendencia de Seguridad Social, adoptándose el acuerdo con esa misma fecha.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que doña NORMA ISABEL TRONCOSO DONOSO, ingeniera de estudios de la Superintendencia de Casinos de Juegos, ha deducido ante este Tribunal un requerimiento de inaplicabilidad en el marco de un recurso de protección interpuesto en contra de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda y de la Superintendencia de Seguridad Social, del cual conoce la Corte de Apelaciones de Santiago;

SEGUNDO: Que el precepto legal impugnado sobre cuya compatibilidad constitucional se debe pronunciar este Tribunal es el artículo 6° de la Ley N° 20.545, relativo al permiso postnatal parental a que tienen derecho las funcionarias públicas. Esta norma, ya transcrita en la parte expositiva de esta sentencia, establece, en lo medular y pertinente, lo siguiente: (i) que el referido derecho se tiene en los mismos términos que aquel que le corresponde a las trabajadoras regidas por el Código del Trabajo; y (ii) que durante el goce del permiso aludido las funcionarias públicas recibirán un subsidio estatal afecto a un tope máximo;

TERCERO: Que el derecho al permiso postnatal parental se hace efectivo a continuación del descanso de maternidad postnatal puerperal y puede ejercerse bajo dos modalidades: (i) por doce semanas completas, en cuyo caso la beneficiaria recibirá el 100% del subsidio estatal con el tope o límite máximo pertinente, el cual, en este caso, asciende a 70,3 Unidades de Fomento; y (ii) por

dieciocho semanas trabajando a media jornada, caso en el cual la beneficiaria recibirá el 50% del subsidio aludido. Además, se admite que, bajo ciertas circunstancias, el permiso postnatal parental pueda ser utilizado por el padre en vez de la madre;

CUARTO: Que el permiso postnatal parental constituye un beneficio nuevo y con características diferentes al descanso maternal pre y postnatal. Se confirma, al respecto, lo manifestado por este Tribunal en las sentencias roles N°s 2503, 2357 y 2250;

QUINTO: Que la situación jurídico-fáctica de la cual se origina el reproche constitucional de la norma impugnada por parte de la requirente dice relación con el hecho de que el nuevo permiso postnatal parental, al cual obligatoriamente tiene que acogerse la madre trabajadora, da derecho a percibir un subsidio monetario afecto a un tope máximo, el cual es inferior a su remuneración y, por ende, puede causarle una merma en sus ingresos si ella hubiese podido y querido reintegrarse a su trabajo sin haber hecho uso del aludido permiso. Además, la objeción constitucional se encontraría apoyada, desde el punto de vista de la requirente, por la existencia, para el descanso maternal pre y postnatal, de un diseño legislativo más favorable que el existente en el permiso postnatal parental, en cuanto a la cobertura monetaria de financiación estatal que las trabajadoras del sector público tendrían derecho a recibir. Vale decir, el apoyo económico estatal asociado al descanso maternal pre y postnatal, a diferencia del permiso postnatal parental, le permite a una funcionaria pública la percepción de dinero correspondiente a la totalidad de su remuneración;

SEXTO: Que, en síntesis, se sostiene por la requirente que la aplicación de la norma impugnada produce, en los hechos, una situación de discriminación

arbitraria (artículo 19, N° 2°), con efectos expropiatorios (artículo 19, N° 24°), y con una afectación negativa de la integridad física y psíquica de su hijo menor de edad (artículo 19, N° 1°);

SÉPTIMO: Que, en lo que sigue, se abordará, **en primer lugar**, el reparo constitucional referido a una supuesta discriminación arbitraria que, en opinión de la requirente, significa el no continuar, respecto del nuevo permiso, con el trato más favorable a las funcionarias públicas (en relación con el de las beneficiadas que están sujetas a las normas del Código del Trabajo) establecido en el descanso pre y postnatal (puerperal). **En segundo lugar**, se estudiará el reproche constitucional concerniente a la garantía del derecho de propiedad (artículo 19, N° 24°), esto es, al supuesto efecto adverso de carácter expropiatorio que habría provocado la nueva normativa (establecimiento del permiso postnatal parental) en un pretendido derecho patrimonial de la requirente. **En tercer lugar**, y aunque no se encuentra alegado, se examinará aquella argumentación contenida en votos de minoría de sentencias anteriores de este Tribunal, en virtud de las cuales se sostiene que ante el goce del beneficio postnatal parental existiría un imperativo constitucional a percibir la remuneración íntegra, lo que estaría fundado en que la Constitución asegura a todas las personas que *“la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso a todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes”* (artículo 19, N° 18°). **En cuarto lugar**, se analizará la alegación de la requirente en relación con el derecho a la integridad física y psíquica de su hijo menor de edad (artículo 19, N° 1°). Se concluirá, **finalmente**, que no existe vulneración constitucional alguna, rechazándose, en consecuencia, el requerimiento de autos;

I.- NO SE VULNERA LA IGUALDAD ANTE LA LEY (ARTÍCULO 19, N° 2º, DE LA CONSTITUCIÓN).

OCTAVO: Que en el permiso postnatal parental es posible distinguir, para efectos analíticos, dos aristas: (i) el permiso propiamente tal, es decir, el derecho de la madre a ausentarse del trabajo para propender al cuidado del hijo recién nacido; y (ii) el subsidio monetario con que el Estado beneficia a la madre trabajadora durante el período del permiso.

En lo concerniente al primer aspecto, no se plantea discusión alguna debido a que el criterio de elegibilidad es común a todas las madres trabajadoras que estén en la situación que indica la ley. Es en el ámbito relacionado con la segunda arista identificada previamente en donde se produce la discusión. En otras palabras, lo que disputa la requirente es el criterio de distribución de recursos públicos (limitados) que la ley establece para ayudar económicamente a las madres trabajadoras mientras hacen uso del permiso;

NOVENO: Que partiendo de la base que el grupo de personas favorecidas con el permiso postnatal parental no ha merecido reproche constitucional alguno, cabe examinar si el criterio para distribuir recursos estatales entre las personas integrantes de aquel grupo beneficiado con el apoyo económico establece o no una discriminación arbitraria;

DÉCIMO: Que, al respecto, debe considerarse, en primer lugar, que el permiso postnatal parental constituye un nuevo programa social, el cual involucra un gasto fiscal adicional y que no implica una disminución de beneficios sociales anteriores (ver, sobre el particular, el Informe Financiero N° 105, de fecha 6 de septiembre de 2011, de la Dirección de Presupuestos). De hecho, a modo ilustrativo, la ley que consagró este nuevo

beneficio, en contraste con aquel referido al descanso pre y postnatal puerperal, amplió el número de mujeres potencialmente beneficiarias. Así, pues, este nuevo beneficio incluye a aquellas madres que trabajan de forma independiente, a las denominadas "temporeras", y a las madres que no se encuentran trabajando cuando se inicie su embarazo bajo ciertas condiciones, referidas, entre otras, a la calidad de trabajadora dependiente durante cierta cantidad de meses previos, al tiempo de afiliación previsional y al número de cotizaciones (como dependiente) durante ese período (ver el artículo 25 del DFL N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1978, y los artículos 3° y 4° de la Ley N° 20.545);

DECIMOPRIMERO: Que, en segundo lugar, este mayor esfuerzo presupuestario estatal no alcanza, sin embargo, a cubrir completamente la contingencia económica que significa dejar de percibir remuneraciones durante el período no trabajado debido al goce del permiso postnatal parental. Por lo tanto, dado el carácter limitado de los recursos públicos, ha sido el Estado, a través de sus órganos democrático-legislativos, quien ha fijado un determinado sistema de distribución;

DECIMOSEGUNDO: Que, en tercer lugar, la ayuda económica del Estado se ha distribuido, hasta cierto tope o límite, sin distinción entre los integrantes del grupo de beneficiados;

DECIMOTERCERO: Que, en cuarto lugar, este subsidio económico estatal permite cubrir el equivalente al ingreso remunerativo de todas las personas pertenecientes a los nueve primeros deciles de ingresos y de algunas personas pertenecientes al décimo decil o 10% de personas de mayores ingresos del país (ver datos de Encuesta Casen 2011). En otras palabras, el beneficio económico asociado al permiso postnatal parental protege ampliamente los

ingresos de las personas beneficiadas, sin perjuicio de que, en algunos casos, como el de la requirente, el monto de la ayuda económica no cubra el equivalente a la totalidad de su remuneración;

DECIMOCUARTO: Que, en quinto lugar, de lo manifestado precedentemente se puede concluir que el criterio de distribución de recursos estatales para los beneficiarios de este programa social obedeció, dada la escasez relativa de los mismos, a consideraciones basadas en el ingreso (remunerativo) de las personas. Así, de esta forma, el mecanismo de distribución favoreció en un 100% a un vasto porcentaje de las personas integrantes del grupo favorecido, beneficiando en menor medida (en relación al monto de sus ingresos) a un grupo más pequeño de trabajadoras de ingresos remunerativos más altos, tal como es el caso de la requirente, cuya remuneración supera los cuatro millones de pesos. Este criterio no carece de razonabilidad, además de ser el habitual en la focalización del gasto público;

DECIMOQUINTO: Que un criterio distinto (el cual no será objeto de examen constitucional) podría haber consistido en distribuir los recursos monetarios limitados (entre las personas integrantes del grupo favorecido) beneficiando más a quienes trabajan para el Estado y no están regidas por el Código del Trabajo y menos a aquel grupo mayoritario que trabaja bajo la legislación común. Esta última es la posición defendida por los Ministros disidentes;

DECIMOSEXTO: Que, asimismo, otro criterio podría haber sido el fijar un período menor de duración para el goce del permiso en forma tal que los recursos públicos alcanzaran a cubrir el equivalente al total de lo que las trabajadoras habrían recibido como remuneración de haber prestado servicios efectivos al empleador, independiente

de consideraciones relativas a la importancia de una duración extendida del beneficio o de criterios basados en el nivel de ingreso de las personas;

DECIMOSÉPTIMO: Que, igualmente, otro criterio diferente de reparto podría ser aquel en virtud del cual los recursos públicos limitados se asignan de manera proporcional a las remuneraciones de las madres trabajadoras, lo que implicará que el porcentaje de remuneración no “compensada” será proporcionalmente el mismo para todas las integrantes del grupo de trabajadoras favorecidas con el programa social bajo análisis. Dicho de otra manera, si un determinado monto global de recursos públicos se distribuyera de modo proporcional a las rentas remunerativas de las madres trabajadoras, aquellas de bajos ingresos (o incluso aquellas bajo el tope) no recibirían como subsidio un monto equivalente a su remuneración, sino menos. En este sentido, bajo una regla proporcional aquellas trabajadoras con remuneraciones sobre el tope, como la requirente, recibirían, en términos absolutos, una porción mayor de los recursos públicos a repartir que aquellas de ingresos menores;

DECIMOCTAVO: Que cabe preguntarse, más específicamente, si es inconstitucional que los recursos públicos se repartan bajo una regla que, en términos relativos, subsidie en forma más íntegra a los que menos tienen o a los que tienen ingresos bajo cierto parámetro. En un fallo anterior, los Ministros disidentes defendieron la constitucionalidad de un criterio opuesto, es decir, de una regla “regresiva” de distribución de ayudas públicas, argumentando, según entendemos, sobre la base de la inexistencia de un principio constitucional sobre la materia (STC N° 2503/2014, considerando 35° de la disidencia). Si se argumenta en el sentido recién expuesto, no se vislumbra razón para aseverar sea

incompatible con la Constitución una regla de distribución de recursos escasos que no beneficie más a los que más ingresos remunerativos tienen;

DECIMONOVENO: Que, como se ha visto, pueden existir diversos criterios. Lo relevante, sin embargo, es que no se ha demostrado por quienes reprochan la constitucionalidad de la regla legal de asignación de ayuda económica que el criterio elegido por el legislador sea arbitrario, irracional o caprichoso. En esta ocasión, el legislador estimó, dentro del margen de apreciación que le corresponde en este tipo de materias, que el criterio de distinción para el reparto de beneficios económicos basado en los ingresos es más apropiado que aquel que distingue según el estatuto regulatorio laboral que los rige;

II.- NO SE INFRINGE EL DERECHO DE PROPIEDAD (ARTÍCULO 19, N° 24°, DE LA CONSTITUCIÓN).

VIGÉSIMO: Que, sobre el particular, existe un escueto alegato de la requirente en virtud del cual parece sostenerse que la aplicación de la norma impugnada sería constitutiva de una expropiación no indemnizada ni autorizada por ley (y, por ende, inconstitucional) de un derecho adquirido a tener una ayuda económica estatal bajo el mismo criterio de asignación utilizado en el beneficio de descanso maternal (no parental). En otras palabras, se infiere de lo expuesto por la requirente el planteamiento que sostiene que, de aplicarse el precepto legal impugnado, existiría una expropiación o privación inconstitucional de una cantidad de dinero a la cual tendría derecho;

VIGESIMOPRIMERO: Que, a diferencia de lo afirmado en el requerimiento, no se ha demostrado la existencia de un derecho susceptible de ser objeto de privación por parte del Estado legislador. En primer lugar, los derechos que

para los funcionarios públicos se establecen en el beneficio de descanso de maternidad pre y postnatal no han sido afectados por la instauración del permiso postnatal parental (STC N° 2503, considerando 27°). En segundo lugar, este último permiso da lugar, desde el punto de vista económico, al pago de un subsidio estatal, no de una remuneración (STC N° 2503, considerando 27°). En tercer lugar, aunque existiere el derecho a una remuneración, lo que se descarta, la requirente no tiene un derecho constitucional a ser inmune frente a todo costo que pueda irrogarle la dictación de una nueva ley;

VIGESIMOSEGUNDO: Que, sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente, además, que en este caso resulta muy difícil estimar la magnitud de la pérdida o costo **neto** que para la requirente pueda, eventualmente, haber tenido la dictación del precepto legal impugnado, ya que junto a la ayuda monetaria que la requirente recibe durante el período de descanso, no puede dejar de considerarse el beneficio que se deriva del goce del permiso propiamente tal (es decir, aquel que da derecho para ausentarse de su trabajo). Adicionalmente, hay que tener en consideración que la requirente no hizo uso del derecho a reintegro parcial, lo cual, por un lado, habría significado un impacto económico negativo menor y, por otro, permite colegir que la valoración del beneficio de estar junto a su hijo recién nacido es mayor que el eventual efecto económico negativo derivado de la dictación de la ley que consagró el postnatal parental;

VIGESIMOTERCERO: Que, asimismo, cabe destacar que, como se ha manifestado por algunos Ministros en la STC N° 2503/2014, no existiría pérdida económica alguna si el postnatal parental no se tratara de un derecho irrenunciable. Si este beneficio fuera renunciabile, la requirente mantendría la posibilidad de elegir qué es lo que más le conviene: ausentarse legalmente de sus labores

para cuidar a su hijo o reintegrarse al trabajo para prestar servicios en forma efectiva y completa, y percibir, a cambio, la integridad de su remuneración y no sólo el tope del ingreso económico garantizado por el Estado;

III.- NO SE VIOLA EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL (ARTÍCULO 19, N° 18°, DE LA CONSTITUCIÓN).

VIGESIMOCUARTO: Que en lo concerniente al derecho a la seguridad social o, más específicamente, al derecho a que la acción del Estado se dirija a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, aludido en el artículo 19, N° 18°, de la Constitución, resulta esencial preguntarse si la situación anterior al establecimiento del permiso postnatal parental resultaba constitucionalmente insuficiente en cuanto al nivel de prestaciones exigibles. Si no se alega ni acredita la insuficiencia, a este respecto, del beneficio de descanso maternal pre y postnatal, mal podría reprocharse la insuficiencia constitucional de un beneficio nuevo. En parte alguna del alegato de la requirente o de la argumentación presentada en votos disidentes anteriores que apoyan su postura se desprende que el descanso maternal (puerperal) no cumple con la básica pretensión prestacional que se reconoce en la referida norma constitucional. Por el contrario, su línea argumental principal procura sustentarse en un hipotético derecho a que el Estado utilice los mismos criterios de ayuda económica existentes en la regulación legal previa respecto de una prestación estatal que antes no existía. De lo anterior se colige que no puede existir un reproche constitucionalmente válido respecto de la suficiencia de una prestación de seguridad social que es adicional y que no altera en modo alguno los beneficios percibidos en virtud de normas legales anteriormente dictadas y que se encuentran plenamente vigentes;

IV.- NO SE INFRINGE EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA (ARTÍCULO 19, N° 1°, DE LA CONSTITUCIÓN).

VIGESIMOQUINTO: Que, al respecto, debe señalarse que se trata de un alegato carente de desarrollo y meramente especulativo. En efecto, la referencia concreta central en la que se funda la requirente para sostener la violación del artículo 19, N° 1°, de la Constitución es la siguiente: *“[e]l grado de afectación de la garantía de integridad física y psíquica de [N.F.T.], hijo menor de edad de la recurrente, en la aplicación del precepto legal al caso concreto ha sido leve, toda vez que como madre optó por ver drásticamente disminuidos sus emolumentos, haciendo uso del supuesto “beneficio laboral” constituido por el permiso post-natal parental, y permanecer junto a su hijo recién nacido durante la duración el (sic) respectivo permiso”* (fojas 17);

VIGESIMOSEXTO: Que la base del argumento de la requirente radica en el efecto económico negativo que le significa a ésta haber hecho uso del permiso, lo que redundaría (como si se tratara de un efecto necesario) en un daño a su hijo. Sin embargo, no toda merma en los ingresos de una trabajadora generará un daño a la integridad física o psíquica de la madre o del hijo, ni menos uno de envergadura significativa. Además, debe tenerse presente que la situación económica (patrimonial) de una persona para enfrentar contingencias (en especial aquellas que puedan afectar la integridad del hijo) no depende exclusivamente del flujo de ingresos que esté percibiendo. La requirente no ha alegado (ni menos demostrado) que se haya encontrado aquejada de una situación de precariedad económica de alto riesgo para la integridad física y psíquica de su hijo. Por último, no debe olvidarse que se está en presencia de un beneficio que tiene por objetivo, precisamente, la protección de la

maternidad y, en especial, el cuidado del hijo recién nacido. A este respecto parece útil citar lo expuesto en el Mensaje del Presidente de la República respecto de la finalidad (no contradicha en la discusión parlamentaria) del permiso postnatal parental: “[q]uien mejor cuida de sus hijos son los padres, especialmente durante sus primeros meses, cuando más necesitan de su protección, cuidado y cariño. [] Necesitamos garantizarles a las familias trabajadoras chilenas el apoyo necesario para el mejor cuidado de sus hijos, especialmente de los más vulnerables. [] Debemos tener claro que la extensión del postnatal no sólo corresponde a un beneficio para la madre sino que se 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” (Boletín N° 7.526-13).

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los N°s 1, 2° y 24° del artículo 19, artículo 93, incisos primero, N° 6°, y undécimo, de la Constitución Política de la República y en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

1°. Que se **RECHAZA** el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1;

2°. Que se deja sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 51. Ofíciase al efecto a la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

3°. Que no se condena en costas a la requirente por estimarse que tuvo motivo plausible para requerir.

El Ministro señor Francisco Fernández Fredes concurre a lo resuelto previniendo que, en su opinión, el requerimiento de autos debió ser declarado improcedente,

a estas alturas del proceso, por concurrir a su respecto la causal de inadmisibilidad contemplada en el numeral 2° del artículo 84 de la Ley N° 17.997, orgánica constitucional de esta Magistratura, toda vez que los preceptos legales impugnados en el mismo ya han sido declarados conformes a la Constitución en varios pronunciamientos anteriores de este Tribunal, motivados por reproches fundados en los mismos supuestos vicios, como ocurrió, verbigracia, con la sentencia del Rol N° 2357.

Los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado y señora María Luisa Brahm Barril previenen que concurren a la sentencia y a los argumentos que la sostienen, pero cumplen con hacer presente, además de lo señalado en el considerando 23°, que el deterioro monetario que afectaría a la requirente 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 y Gonzalo García Pino, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, sobre la base de las siguientes motivaciones:

I. LA IMPUGNACIÓN.

1°. Que en la presente causa una funcionaria pública dependiente de la Superintendencia de Casinos ha presentado un recurso de inaplicabilidad respecto del artículo 6 de la Ley N° 20.545, relativo al post natal parental de funcionarias públicas, en el marco de un recurso de protección interpuesto en contra de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda,

radicado actualmente en la Corte de Apelaciones de Santiago. Según señala, la aplicación de este precepto legal tienen como efecto resultados contrarios a la Constitución;

El precepto legal impugnado establece que al permiso posnatal 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 posnatal, siendo de cargo del servicio respectivo el pago correspondiente;

2°. Que la requirente alega que la no aplicación del artículo 153, en primer lugar, la discrimina. Mientras está en el goce del permiso prenatal, sostiene, se le aplica el artículo 153 del D.F.L. N° 1, del 2006; por lo mismo, tiene derecho a que se le pague por el total de sus remuneraciones. En cambio, la no aplicación de ese precepto en el permiso posnatal parental, hace que tenga sólo un derecho a un subsidio, con un tope. Ello, concluye, le disminuye sus ingresos en más de la mitad. También sostiene que se le afecta su derecho de propiedad sobre derechos incorporales como son sus emolumentos;

II. EL PERMISO POSNATAL PARENTAL.

3°. Que la Ley N° 20.545 incorporó a nuestro sistema el permiso posnatal 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 posnatal 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 posnatal 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 posnatal. 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 posnatal 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 posnatal 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 posnatal, 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 posnatal parental se distingue porque su monto es el del posnatal (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 posnatal 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 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 posnatal 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 posnatal 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 posnatal, en el permiso posnatal 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 posnatal, 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 públicas. 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 posnatal 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 posnatal 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 posnatal 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 posnatal. 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 posnatal 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 posnatal parental, sino el que la requirente reciba 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 la funcionaria se le aplicaría el precepto señalado. Es decir, tendría 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, 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 sea decisiva, porque el permiso pre y posnatal requiere siempre licencia, por aplicación de los artículos 72 y 111 del Estatuto Administrativo, mientras que el permiso posnatal 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. Sin embargo, la propia Ley N° 20.545 modificó el D.F.L. 44, de

Trabajo, de 1978, estableciendo que el permiso posnatal 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 posnatal. 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 posnatal 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 posnatal 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 posnatal estas últimas están sujetas a subsidio con tope, las funcionarias no lo tienen. En cambio, en el permiso posnatal 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 posnatal parental tiene una serie de diferencias con el

permiso pre y posnatal. La principal de ellas es que este último tiene por propósito que la madre se recupere del parto. En cambio, el permiso posnatal 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 la requirente está en la siguiente situación de hecho. Desde luego, es funcionaria pública. Enseguida, quiere hacer uso de su permiso posnatal recibiendo el pago íntegro de sus remuneraciones, pero la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda le ha indicado que no es posible acceder a lo solicitado.

Alega que si bien podría volver a trabajar media jornada, esto sería sólo por el 50% de sus ingresos, pues para recibir el 100% debe volver a trabajar a jornada completa, dejando de hacer uso del permiso posnatal parental. Ambos escenarios implican graves perjuicios económicos. Finalmente, se trata de una madre que no quiere endosar a su marido el permiso.

Además, la ley le 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 posnatal. Asimismo, si su hijo recién nacido tiene una enfermedad, que la lleve a hacer uso de una licencia médica, recibe también el total de sus remuneraciones durante ese período;

26°. Que la pregunta que nos debemos hacer es si esta funcionaria está 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 posnatal el goce total de sus remuneraciones. El permiso posnatal parental, en cambio, le entrega a esta funcionaria 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 está 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 ella, por recibir un ingreso mayor, verá mermada sus remuneraciones, perdiendo 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 posnatal 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. Comparada su situación con cuatro parámetros, queda 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 posnatal 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. La funcionaria sigue recibiendo durante el pre y posnatal 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 posnatal, ellas no.

Asimismo, hay que considerar que el subsidio por el pre y posnatal 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 posnatal 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 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 la funcionaria de autos, hay que considerar también que lo que ella reclama es que se afecta su justa retribución al hacer uso del permiso posnatal parental. Invoca, entonces, un derecho que se ve afectado.

Asimismo, hay que tener presente que el beneficio lo recibe como madre. Ese es el eje articulador del análisis. Del beneficio de seguridad social que estamos hablando, no pueden hacerse distingos 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 posnatal parental termina con un privilegio de las funcionarias públicas, pues en el pre y posnatal 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 posnatal 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 posnatal 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 posnatal 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 posnatal 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 posnatal 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 posnatal parental se establece *“a continuación del período postnatal”*, no estableciendo una barrera infranqueable entre ambos sistemas. De hecho, la regulación del permiso posnatal parental se hace en base a las normas del permiso posnatal, 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 posnatal y durante el posnatal 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 la funcionaria de autos lo que reclama es que se le pague su remuneración. Ni más ni menos. No está exigiendo un sobresueldo por haber sido madre. Y la regla impugnada establece que el permiso posnatal parental le 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 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 posnatal 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 posnatal tienen este carácter irrenunciable expresamente (artículo 197, Código del Trabajo). Y al permiso posnatal parental se le aplican esas reglas. Más todavía si el permiso pre y posnatal 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 posnatal parental a nuestro sistema jurídico.

Por lo mismo, la requirente está expuestas a una opción extremadamente gravosa: porque o acepta recibir el subsidio o se reintegra por jornada parcial por el 50 % de sus ingresos. No tiene 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 requiere de inaplicabilidad un funcionaria de la Superintendencia de Casinos de juego. Su labor fiscalizadora es extremadamente delicada y sensible para la sociedad. Realiza una función fundamental y requiere, 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 posnatal 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 posnatal 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 una funcionaria pública, 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 la requirente;

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 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, la requirente es funcionaria pública, perteneciente a un órgano de la Administración del Estado. Cumple el requisito de ser *“habitante”*.

Sin embargo, no se le entrega una prestación suficiente para afrontar la contingencia de maternidad. Mientras en el pre y posnatal se le cubre la necesidad con el total de sus remuneraciones, en el posnatal parental se le 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 la funcionaria requirente se le afectan sus remuneraciones, que ve 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.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, quien estuvo por acoger el requerimiento fundado, además, en las siguientes consideraciones:

1°. Que, curiosamente, el derecho común -que se considera desbordado o superado por las exigencias planteadas por legislaciones protectoras- es preterido cuando su aplicación sirve al ejercicio de ciertos derechos de la persona frente al Estado.

2°. Que, al contrario de lo que se sostiene, los derechos sociales (a la seguridad social, entre otros) no los configura el legislador.

Tales derechos están reconocidos por la Constitución -con mayor o menor pormenorización- y, por ende, el texto fundamental los configura. El legislador solo puede "*regular su ejercicio*", constreñido a no afectarlos en su esencia ni imponer requisitos que los impidan.

Desde ese punto de vista, el precepto impugnado lesiona la garantía del número 18° del artículo 19 de la Constitución Política, afectando en su esencia el libre ejercicio del derecho litigado;

3°. Que, por otra parte, el criterio de restricción presupuestaria como fundante de la disminución del derecho en cuestión, no resiste un examen de proporcionalidad, atendida la diversa entidad del valor y principio en pugna y la falta de legitimidad del mero arbitrio económico para justificar la lesión de un beneficio prestacional;

4°. Que de los antecedentes tenidos a la vista se concluye inequívocamente que la aplicación de los preceptos impugnados provoca una sustancial disminución de la remuneración de la requirente, afectando el goce de este derecho esencial y menoscabando la "*justa retribución*" del trabajo a que se refiere el estatuto constitucional.

5°. Que el citado derecho es la contraprestación básica de la ejecución de un trabajo en la relación laboral, sea ésta de carácter contractual o estatutaria. Sobre el mismo -bien incorporal- se radica el derecho de dominio, del que su titular no puede ser privado sin previa indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado.

No obsta a lo anterior la calificación de subsidio que se atribuye a la remuneración en este caso, porque la naturaleza de las cosas se determina por su contenido y no por su denominación.

En consecuencia, en la especie se ha transgredido la garantía que consulta el N° 24 del artículo 19 de la Constitución.

Redactó la sentencia el Ministro Juan José Romero Guzmán, la prevención, sus autores; el primer voto disidente, el Ministro Carlos Carmona Santander y, el segundo, su autor.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Ro1 N° 2482-13-INA.

Sr. Vodanovic

Sr. Fernández

Sr. Carmona

Sr. Aróstica

Sr. García

Sr. Romero

Sra. Brahm

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres y por sus Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril.

CERTIFICO: Que la Presidenta, señora Marisol Peña Torres y los Ministros, señores Raúl Bertelsen Repetto y Domingo Hernández Emparanza, no firman, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de esta causa, por encontrarse en comisión de servicio.

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