



DEPARTAMENTO JURIDICO
K. 14489(3311)2015

1646

ORD.: N° _____/_____/031

MAT.: Derechos de la maternidad en caso de medidas de protección judicial que otorguen el cuidado del menor a terceros.

RDIC.: 1) La norma contenida en el artículo 203 inc.8° del Código del Trabajo –modificado por la Ley 20.399 de 23.11.2015- que amplía el derecho de sala cuna al trabajador o trabajadora a quien, por sentencia judicial, se le ha confiado el cuidado personal del menor de dos años, es aplicable también al o a la dependiente que ha asumido dicho cuidado por haber decretado el tribunal competente la correspondiente medida de protección o cautela conforme al ordenamiento jurídico vigente.

2) Los derechos de la maternidad que se extienden al trabajador o trabajadora a quien se le ha entregado el cuidado de un menor como medida de protección dispuesta judicialmente son aquellos que se exponen en el numeral segundo de este informe.

ANT.: 1) Instrucciones de 08.02.2015 de Jefe U. Dictámenes (S).

2) Instrucciones de 18.12.2015 de Jefa U. Dictámenes.

3) Ord. 2137 de 26.11.2015 de DRT Metropolitana Oriente.

4) Presentación de 27.11.2015 de Corporación Misión de María, Hogar de Lactantes.

FUENTES: Código del Trabajo, artículo 203, 199, 199 bis, 200, 206; Ley 20.399; Ley 19.968; Convención sobre los derechos del niño.

SANTIAGO,

21 MAR 2016

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

A : SRA. CRISTINA RODRIGUEZ RIVEROS
CORPORACIÓN MISIÓN DE MARÍA
BREMEN 1316, ÑUÑO A.

Mediante presentación del Ant. 4), la Corporación Misión de María, refiriéndose al alcance del inciso 8° del artículo 203 del Código del Trabajo, modificado por la Ley 20.399, formula las consultas que se resumen del modo siguiente:

1. Si el cuidado personal comprendido en una medida de protección del menor, aun cuando se trate de una medida cautelar provisoria, puede entenderse dentro del concepto de cuidado personal que contempla el artículo 203 inciso 8° del Código del Trabajo al regular el derecho de sala cuna.

2. Si quien tiene el cuidado personal del menor con motivo de una medida de protección, puede gozar de los otros derechos de la maternidad que consagra la normativa laboral.

En respuesta a lo consultado, cumpla con informar a Ud. lo siguiente:

1. En el marco de la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar, regulada en el Título II del Libro II del Código del Trabajo, el artículo 203, al establecer el derecho a sala cuna, dispone en su inciso 8°:

"El trabajador o trabajadora a quienes, por sentencia judicial, se le haya confiado el cuidado personal del menor de dos años, tendrá los derechos establecidos en este artículo si éstos ya fueran exigibles a su empleador."

De la norma transcrita se obtiene que el legislador le ha hecho extensivos los derechos de sala cuna y de traslado del menor al o a la dependiente que, en virtud de una resolución del tribunal de justicia competente, tiene el cuidado personal del niño o niña menor de dos años.

Precisado lo anterior, corresponde determinar si es asimilable a la situación en comento la condición del trabajador o trabajadora a quienes, no siendo padre ni madre del menor (terceros calificados de apoyo familiar), se les ha entregado el cuidado del menor como medida de protección temporal dispuesta por resolución del Tribunal de Familia competente.

Como primera consideración, cabe señalar que, en el ámbito de la Justicia de Familia, la autoridad jurisdiccional tiene amplias facultades para adoptar medidas protectivas en beneficio del menor y sus derechos, las que siempre deberán tener por fundamento el interés superior del niño, niña o adolescente, permitiendo el legislador que, en virtud de esta cautela, el juez competente entregue, en determinados casos, el cuidado del menor a personas que no son sus padres.

En efecto, la Ley 19.968 sobre tribunales de familia, regula las medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes en el Título VI de los Procedimientos Especiales, disponiendo en el artículo 68 inciso 2° que la intervención judicial será siempre necesaria cuando se trate de la adopción de medidas que importen separar al niño, niña o adolescente de uno o ambos padres o de quienes lo tengan legalmente bajo su cuidado.

A su turno, en el artículo 71 de la misma ley se establece que en cualquier momento del procedimiento, y aun antes de su inicio, de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona, cuando ello sea necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente, el juez, entre otras tutelas, podrá adoptar como medidas cautelares la entrega del menor al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia o decretar el ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente indispensable. Del mismo modo, el Artículo 74 permite excepcionalmente al Tribunal adoptar la medida de separación del niño de sus padres, pudiendo confiar su cuidado a un establecimiento de protección si se dan las condiciones que la propia norma señala.

La preceptiva en comento también autoriza medidas cautelares como las ya señaladas en materia de violencia intrafamiliar.

Ahora bien, conforme a la doctrina jurídica del ramo, el cuidado personal del menor *"se refiere al conjunto de obligaciones y facultades derivadas de convivir o compartir la vida cotidiana de los hijos. Como por ejemplo, determinar su residencia, convivir*

con él, cuidarlo, educarlo, etc.”¹, concepto del que participa, al menos para el efecto que nos interesa, la norma del artículo 203 inc.8° del Código del Trabajo, ya transcrita.

En este sentido, no puede sino sostenerse que las medidas de protección que contempla la Ley 19.968, mediante las cuales se entrega el cuidado del menor a un tercero, envuelven en sí el cuidado personal que el legislador pretende resguardar a través de toda la preceptiva que tiene incidencia en la materia, no quedando ajena la modificación que, del artículo 203 del estatuto laboral, ha efectuado la Ley 20.399 citada en la presentación que nos convoca.

Asimismo, tales medidas de cautela, como ya se explicó, sólo pueden ser dispuestas en virtud de resolución de un tribunal con competencia en la sede de familia, por lo que la forma, fondo y aplicación de las mismas se encuentra suficientemente amparada por la autoridad jurisdiccional, cumpliéndose así el requisito que se desprende del artículo 203 inc.8° del Código del Trabajo.

Una interpretación diferente implicaría suponer que el cuidado personal involucrado en medidas de protección como las mencionadas pertenece a una categoría distinta de cuidado o atención del menor, introduciéndose así un factor de discriminación que no encontraría justificación en nuestro ordenamiento jurídico, cuya base institucional precisamente contempla el principio de igualdad y proscripción de la discriminación arbitraria.

A su vez, corresponde interpretar ampliamente la citada norma del artículo 203, desde que el servicio de sala cuna que la ley asegura a la trabajadora cede en beneficio preeminente del menor al proveerle de los cuidados y educación propios de los primeros años de vida, durante el tiempo que su madre dedica al trabajo. En este sentido, resulta ineludible incluir en el examen del caso el parámetro de respeto de los derechos del niño consagrados en instrumentos internacionales que se erigen como norma plenamente vinculante en nuestro país², y, particularmente, la consideración al denominado *interés superior del niño*, el cual, según la jurisprudencia de la E. Corte Suprema, constituye un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico que *alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente y su finalidad cubre, el desarrollo de los potenciales del menor y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida.*³

Del mismo modo, el criterio extensivo es reafirmado mediante el elemento sistemático que es posible aplicar al caso en estudio, por cuanto, al regular la protección a la maternidad, el legislador ha incorporado disposiciones a través de las cuales comprende expresamente los casos en que incide una medida de protección, v.gr., en los artículos 199 inc.2° y 200 inc.1° del Código del Trabajo, que conceden, respectivamente, el permiso por enfermedad grave del hijo menor de un año y el permiso postnatal parental a quienes se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección.

Así las cosas, respecto de la primera consulta que se ha resumido al inicio de este informe, cabe sostener que la norma contenida en el artículo 203 inc.8° del Código del Trabajo –modificado por la Ley 20.399 de 23.11.2015- que amplía el derecho de

¹ Lepin Molina, Cristián; Reformas a las Relaciones Paterno Filiales; Revista de Derecho Escuela de Postgrado N° 3, julio 2013, U. de Chile.

² El 26.01.1990 el Gobierno de Chile suscribió la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y se promulgó el 14.08.1990, mediante el decreto 830.

En su art.2 el Convenio dispone: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación”. Y en el art. 3 N°1 se lee: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

³ SCS.N°620-2010.

sala cuna al trabajador o trabajadora a quien, por sentencia judicial, se le ha confiado el cuidado personal del menor de dos años, es aplicable también al o a la dependiente que ha asumido el cuidado del menor en virtud de resolución del tribunal competente que otorga la correspondiente medida de protección o cautela conforme al ordenamiento jurídico vigente.

2. En cuanto a si es procedente extender otros derechos de la maternidad al trabajador o trabajadora a quien, por aplicación de una medida de protección, se le ha entregado el cuidado de un menor, cabe señalar que el Código del Trabajo se ha encargado de contemplar los siguientes derechos en el ámbito de la protección a la maternidad, paternidad y vida familiar, que, en el evento de darse las pertinentes condiciones, podrían regir en beneficio del referido trabajador o trabajadora:

i) Permiso y subsidio en el caso del menor de un año que requiera de atención en el hogar con motivo de enfermedad grave.

En este particular el artículo 199 inc. 2° dispone:

"Tendrá también derecho a este permiso y subsidio, la trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a un año, respecto de quien se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección."

ii) Permiso en el caso del menor de 18 años que requiera la atención personal de sus padres con motivo de un accidente grave o de una enfermedad terminal en su fase final o enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte.

En lo que interesa, el artículo 199 bis, inc. 2° establece:

"Si ambos padres son trabajadores dependientes, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del referido permiso. Con todo, dicho permiso se otorgará al padre que tuviere la tuición del menor por sentencia judicial o cuando la madre hubiere fallecido o estuviese imposibilitada de hacer uso de él por cualquier causa. A falta de ambos, a quien acredite su tuición o cuidado."

iii) Permiso postnatal parental.

El artículo 200 prescribe en su inc. 1° lo siguiente:

"La trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad, por habersele otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección, o en virtud de lo previsto en los artículos 19 o 24 de la Ley N° 19.620, tendrá derecho al permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis. Además, cuando el menor tuviere menos de seis meses, previamente tendrá derecho a un permiso y subsidio por doce semanas."

iv) Derecho a dar alimento al hijo menor de dos años.

El artículo 206, en lo pertinente, establece:

"Asimismo, ejercerá este derecho la trabajadora o el trabajador al que se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal de conformidad con la ley N°19.620 o como medida de protección de acuerdo con el número 2 del artículo 30 de la Ley de Menores."

Ahora bien, respecto del fuero maternal que se alude en la presentación que nos convoca, cabe señalar que no procedería entenderlo dentro de los derechos que el legislador le ha extendido a los trabajadores a quienes, no siendo los padres del menor, se les ha confiado el cuidado personal de éste con motivo de una medida judicial de

protección. Ello por cuanto el artículo 201 del Código del Trabajo ha limitado la institución del fuero maternal a la madre, al padre que hace uso del permiso postnatal parental del artículo 197 bis, y a la persona soltera o viuda a quien se les confíe judicialmente el cuidado personal del menor en conformidad al artículo 19 de la Ley N° 19.620 sobre adopciones, o se le otorgue la tuición según el artículo 24 de esa ley.

Lo anterior corresponde ser entendido sin perjuicio de la norma contenida en el artículo 195 inc.3° del Código del Trabajo, que dispone que *"Si la madre muriera en el parto o durante el período de permiso posterior a éste, dicho permiso o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo corresponderá al padre o a quien le fuere otorgada la custodia del menor, quien gozará del fuero establecido en el artículo 201 de este Código y tendrá derecho al subsidio a que se refiere el artículo 198."*

A su turno, necesario es señalar que otros derechos de la maternidad, como la prohibición de trabajos perjudiciales para la salud durante el embarazo, el descanso prenatal y postnatal (salvo la situación eventual anotada en el párrafo anterior) más los respectivos subsidios, tienen como titular a la madre, por la propia naturaleza del hecho que los genera, mientras que el permiso por fallecimiento del hijo, le pertenece exclusivamente a los padres conforme se desprende de lo preceptuado en el artículo 66 del Código del Trabajo.

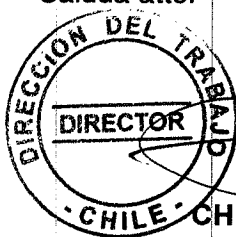
Por último, cabe agregar que las consultas formuladas en los puntos 3 y 4 de vuestra presentación ya se encuentran comprendidas dentro de los párrafos que anteceden, razón por la cual el suscrito omitirá referirse directamente a ellas.

En consecuencia, sobre la base de las normas y consideraciones anotadas, cumplo con informarle lo siguiente:

1) La norma contenida en el artículo 203 inc.8° del Código del Trabajo –modificado por la Ley 20.399 de 23.11.2015- que amplía el derecho de sala cuna al trabajador o trabajadora a quien, por sentencia judicial, se le ha confiado el cuidado personal del menor de dos años, es aplicable también al o a la dependiente que ha asumido dicho cuidado por haber decretado el tribunal competente la correspondiente medida de protección o cautela conforme al ordenamiento jurídico vigente.

2) Los derechos de la maternidad que se extienden al trabajador o trabajadora a quien se le entregado el cuidado de un menor como medida de protección dispuesta judicialmente son aquellos que se exponen en el numeral segundo de este informe.

Saluda atte.



Christian Melis Valencia
CHRISTIAN MELIS VALENCIA
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO



[Signature]
JFCC/LEP/CLCH
Distribución:

- Dest.
- Jurídico – Partes - Control
- Boletín
- Deptos. D.T.
- Subdirector
- U. Asistencia Técnica
- Sr. Subsecretario del Trabajo
- XV Regiones