

EL POST-NATAL PARENTAL CREADO POR LA LEY 20.545: ESCRUTINIO CONSTITUCIONAL A LA LIMITACIÓN DE LA GARANTÍA DE IGUALDAD

*Amaya Alvez Marín*¹

Resumen

El moderno Estado Democrático Constitucional reconoce que el poder político ejercido por el Ejecutivo y el Congreso Nacional debe estar sujeto a limitaciones. Un modo concreto de limitación de este es el catálogo de derechos y libertades fundamentales. Una consecuencia directa de lo anterior es que los Tribunales de Justicia tienen la facultad de realizar un escrutinio constitucional para establecer si los poderes políticos han cumplido con los requerimientos substantivos en la limitación de derechos constitucionales de los ciudadanos. El desafío, por tanto, es analizar con qué instrumentos cuentan los jueces constitucionales para ocuparse de los naturales desacuerdos en torno a los derechos fundamentales, teniendo como trasfondo los requerimientos de una democracia constitucional. Este trabajo propone utilizar el principio de proporcionalidad o ponderación como mecanismo de adjudicación en el caso de una colisión de derechos constitucionales. El caso concreto que se propone analizar es aquel relativo a la aplicación de lo dispuesto por la Ley 20.545, que instauró el descanso postnatal parental el año 2011 y que impuso limitaciones a la garantía de igualdad respecto de jóvenes trabajadoras madres del sector público (artículo 6). Se intenta demostrar que una normativa que fuera presentada como un gran logro en materia laboral no supera el escrutinio constitucional de la ponderación al establecer una limitación desproporcionada a la garantía constitucional de igualdad.²

¹ Profesora Asociada, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción; PhD in Law, Universidad de York, Canadá; LL.M. in Law, Universidad de Toronto, Canadá; email: aalvez@udec.cl. Agradezco sinceramente a Patricio Mella Cabrera, profesor de Derecho Laboral de la Universidad de Concepción, los comentarios substantivos formulados a este trabajo.

² Creemos que también se afecta en este caso la garantía de integridad física y psíquica del hijo recién nacido (artículo 19 N°1 de la Constitución de 1980) y el derecho de propiedad privada sobre bienes

1. El principio de igualdad y no discriminación en la dogmática constitucional chilena

La igualdad, como principio general, es un concepto muy debatido dada su maleabilidad y su uso como ideal político. Existen numerosas controversias relativas a la noción de igualdad, la relación existente entre justicia e igualdad, los requerimientos materiales y el modo de medir su logro, y su ubicación como parte de una teoría de la justicia.³ La igualdad, junto con la libertad, es presentada en la doctrina política occidental actual como el sustento de un sistema democrático constitucional. Es quizás relevante que la primera frase con que se inicia la Constitución de 1980 no esté ajena a polémica al consagrar que: “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]”: en la tradición liberal republicana, lo que se perseguía históricamente era terminar con la concesión de privilegios basados en la cuna, rango social y, en general, las condiciones en que no intervenga la voluntad de los individuos. Sin embargo, libertad e igualdad pueden estar en tensión, pues a mayor libertad la obtención de la igualdad es menor y viceversa: cuanto más aumenta la igualdad, más disminuye la libertad.⁴ Por ello se habla de una paradoja entre libertad e igualdad, que exige distinguir entre igualdad formal y material. En esta perspectiva, los diversos significados y acepciones de igualdad dicen más bien relación con un concepto de justicia social que con una equiparación matemática en lo que constituye un complejo entramado de principios.

En la doctrina nacional, estas ideas no han sido ampliamente debatidas. Al parecer, la separación entre derecho y política, impensable en la doctrina comparada en materia constitucional, ha impedido que se debata, en torno al modelo creado en la Constitución de 1980, las implicancias del régimen político bajo el cual se redactó la Carta Fundamental y el modo en que el catálogo de derechos fundamentales fue impuesto a la población chilena. Este consenso forzado, desde el punto de vista de los derechos constitucionales consagrados en el texto, así como el modo de interpretarlos, no ha sido objeto de un debate amplio en nuestro país.⁵

incorporales de la funcionaria pública (artículo 19 N° 24, Constitución de 1980), pero, con el objeto de resaltar el efecto discriminatorio, hemos aislado el tratamiento del principio de igualdad en este trabajo.

3 Gosepath, Stefan, “Equality”, en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2011, URL = <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/equality/> [visitado 10/3/2012]

4 Leibholz, Gerhard, “Die Gleichheit vor dem Gesetz”, (C. H. Beck) primera edición, 1925, 1959, p. 16.

5 Un intento por debatir este consenso forzado en materia de derechos constitucionales lo constituye: Alvez Marín, Amaya, “Forcing Consensus: Challenges for Rights-Based Constitutionalism in Chile”,

Humberto Nogueira describe la igualdad ante la ley, la denominada igualdad formal, haciendo una referencia histórica al modo en que la garantía había sido interpretada entendiéndola por ella “igualdad en el contenido de la ley en cuanto norma general, abstracta y atemporal, además de dotar de igual capacidad jurídica a todas las personas sin distinción alguna.”⁶ Esta aplicación mecánica de la ley resultó ser insuficiente al no considerar el contexto social, económico o cultural de la norma jurídica. Durante el siglo XX, y especialmente tras los horrores de ambas Guerras Mundiales, nació un nuevo modo de entender el derecho desde una perspectiva constitucional. En esta nueva concepción, la igualdad adquirió un matiz substantivo, se transformó en igualdad por la ley (en que se intenta subsanar desigualdades fácticas) y en la ley dentro del marco constitucional, lo que exige un análisis relacional.

Vinculado a lo anterior está el nacimiento del principio de no discriminación, rechazando aquello que se consideraba natural en otra época: los hombres son libres en dignidad y derechos y por ello no son aceptables diferencias arbitrarias. Esto genera la dificultad de definir qué debemos entender por diferencia arbitraria. Para Nogueira se trata de un verdadero principio de *ius cogens*, entendido como “la prohibición de toda diferenciación hecha sobre fundamentos no razonables, irrelevantes o desproporcionados”.⁷ Interesantemente, Nogueira propuso en 2006 –antes de que el Tribunal Constitucional chileno utilizara por primera vez el principio de proporcionalidad– que esta era la vía para resolver las infracciones de la igualdad ante la ley.

Las Igualdades, en concepto del profesor Hernán Molina Guaita, requieren diferenciar la igualdad de la identidad. Lo perseguido no es la homologación sino un padrón común, no obstante las diferencias naturales entre individuos.⁸ Para el profesor Molina, la Carta Fundamental Chilena de 1980 no solo consagra la igualdad jurídica, al indicar, como señalé anteriormente, que “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, sino que también consagra el deseo de una igualdad substantiva y material, al señalar como deber del Estado “asegurar el derecho de las personas de participar con

en Harvey, Colin y Schwartz, Alex (eds.), *Rights in Divided Societies*, (Hart Publishing), en preparación, 2012.

6 Nogueira, Humberto, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, en *AFDUCD*, 10, 2006, p. 804.

7 *Ibíd.*, p. 806.

8 Molina, Hernán, *Derecho Constitucional*, Novena edición, (Legal Publishing) 2009, p. 262.

igualdad de oportunidades en la vida nacional” (Artículo 1 inciso primero y final, respectivamente).

El análisis de igualdad en Chile se ha restringido a la denominada igualdad formal en que normativamente se trata igual a aquello que es igual. Esto solo es una aplicación específica de una regla de racionalidad, ya que es irracional, por ser inconsistente, tratar de modo diverso casos iguales sin una razón suficiente. Para algunos existe en esta idea un principio moral básico de justicia. La igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución significa, para Molina, normas jurídicas para todas las personas que se encuentren en análogas situaciones de hecho. Se restringe, por tanto, la garantía solamente a la idea de igualdad formal. Para el autor en comento esto es requerido por el valor de certeza o seguridad jurídica.⁹ Esta igualdad meramente formal ha sido puesta en tela de juicio y considerada una incompleta y muy deficiente comprensión de la garantía. El ex ministro del Tribunal Constitucional Enrique Navarro, a propósito de un caso en que se discutía un caso de igualdad ante las cargas públicas, denominó la igualdad formal, en que solamente se establece que a similitud de situación debe haber similitud de tratamiento, una concepción “primitiva” de la igualdad y llamó a reinterpretarla.¹⁰

En otra perspectiva, el profesor Francisco Zúñiga Urbina, aborda la igualdad relativa, un tipo de igualdad diversa de lo meramente formal: puede ocurrir que las circunstancias fácticas aconsejen un tratamiento desigual, por considerarse a las personas diferentes en aspectos relevantes. Para ello, Zúñiga Urbina se basa en el concepto de discriminación, en su sentido descriptivo y prescriptivo-normativo, consagrado en la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 2.¹¹ Señala que el término discriminación es usado en la Constitución de un modo neutro y por ello es necesario indicar en un determinado contexto normativo qué discriminación es considerada irrazonable o no justificada entre personas. Por ello, para Zúñiga, “el concepto de discriminación es dependiente del concepto de igualdad, al igual que el principio de no discriminación es dependiente y garantista del principio de igualdad. El principio de no discriminación no es un derecho humano aislado, sino el

9 Ibid., p. 263.

10 Tribunal Constitucional, Rol 1254 de fecha 29 de julio de 2009, considerando 47.

11 Zúñiga, Francisco, “Principio de no discriminación, principio de discriminación compensatoria e igualdad constitucional (Discriminación por género y edad)”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, (Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Edeval) 2002, pp. 237-260.

corolario garantista del derecho a la igual protección ante la ley, un corolario de naturaleza principista-garantista que determina el campo de aplicación de la igualdad, sin añadir al catálogo ningún nuevo derecho humano”.¹²

Según este autor, la Constitución de 1980 usa el término discriminación de modo ambivalente: por una parte, en su acepción positiva, se refiere a un trato diferenciado (artículo 19 N° 2 y 22) y, por otra, en su acepción negativa, implica un trato irrazonable o arbitrario (artículo 19 N° 16 inc. 2 y 109 inc. Final). La crítica formulada por la doctrina radica en que este uso ambivalente del texto constitucional no ha sido suplido completamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni de la Corte Suprema. Zúñiga invita a estudiar el amplio reconocimiento que tanto el principio de igualdad como el de no discriminación tienen en el Derecho Internacional.¹³

La igualdad se entiende hoy en día como un parámetro mínimo de vida social, para lo cual, a partir de un principio *prima facie* de igualdad (según la teoría de Robert Alexy), cada entidad política deberá tomar decisiones respecto de la distribución justa de los bienes públicos, decisiones que serán adoptadas por los representantes políticos (Ejecutivo y Congreso Nacional) y también por los Tribunales de Justicia.¹⁴ Zúñiga recalca que la trilogía compuesta por el principio de igualdad, los derechos de igualdad y garantías, y el principio de no discriminación arbitraria y de discriminación compensatoria o inversa, se relaciona con la democracia constitucional en la medida en que busca fortalecer el pluralismo social y la tolerancia, notas esenciales del orden democrático contemporáneo.¹⁵

En cambio, para Humberto Nogueira lo central es la aceptación de la dignidad humana como fundamento último de la igualdad, entendida como “un valor espiritual y moral inherente a toda persona, que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de su propia vida, llevando consigo la pretensión del respeto por parte de los demás y la idea que las personas son siempre sujetos y nunca instrumentos o medios para el desarrollo de otros

¹² *Ibíd.*, p. 242.

¹³ Una estupenda obra que aborda una aplicación concreta es: Gauché Marchetti, Ximena, *Sexualidad diversa y discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, (Editorial Académica Española) 2011.

¹⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2 edición, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 2007.

¹⁵ Zúñiga Urbina, *op. cit.*, pp. 257-258.

fines.”¹⁶ Es sin duda relevante la búsqueda de una fundamentación substantiva para la igualdad. Eso sí, Nogueira no se refiere mayormente a la vaguedad de la noción de dignidad humana y, por lo mismo, la posibilidad de manipularla para mantener el “status quo.”¹⁷ Al adjudicar un caso concreto para el paradigma de la igualdad, lo que en realidad se está haciendo es reevaluar la actual distribución de beneficios y cargas. Se dará vida a una verdadera teoría de la igualdad a través de la fuerza normativa del catálogo de derechos y libertades, lo que es una tarea altamente compleja ya que implica construir a través de la jurisprudencia los fundamentos substantivos de la igualdad.

Jorge Correa Sutil, en cambio, centra su análisis en la búsqueda de un estándar para dotar de un mayor contenido objetivo a la garantía de igualdad consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución de 1980. Es interesante que este ex magistrado del Tribunal Constitucional chileno acepte los desafíos planteados por la textura abierta de la Constitución y reconozca que la jurisprudencia ha dotado solo parcialmente de densidad a las palabras del texto constitucional en materia de igualdad.¹⁸

Su análisis arranca de un dato estadístico: 26 sentencias del Tribunal Constitucional dictadas durante 2010 fueron falladas sobre la base de la garantía de la igualdad. Para Correa Sutil, el balance de la actividad del Tribunal Constitucional en 2010 es relevante, toda vez que se cumplen 5 años de la nueva era en materia de justicia constitucional en Chile, en que los individuos –mediante el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad– pueden recurrir directamente al Tribunal Constitucional. La doctrina ha criticado la conformación de una jurisprudencia tautológica. Para Correa Sutil “en materia de igualdad, ella es vacía o carente de significado, permanece en un nivel de generalidad (cuando no es viciosa repetición de inútiles argumentos) que no pasa de ser un velo tras el cual se esconde un arbitrio judicial que se impone al legislador.”¹⁹ El mayor aporte de Correa Sutil es proponer un test para definir si una conducta sujeta a escrutinio constitucional ha sido o no arbitraria, construyendo sin decirlo expresamente un test para la igualdad, como paso previo a efectuar un análisis de proporcionalidad.

¹⁶ Nogueira, op. cit., p. 801.

¹⁷ Esta visión crítica de la dignidad humana como fundamento de la igualdad ha sido desarrollada entre otros por Reaume, Denisse, “The Relevance of Relevance to Equality Rights”, en *Queen's Law Journal*, Vol. 31, 696, 2006. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1182629>

¹⁸ Correa, Jorge, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliedo de la pura tautología?”, en *Anuario de Derecho Público*, (Universidad Diego Portales) 2011, pp. 96-126.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 101.

2. La Ley 20.545 que crea el postnatal parental como limitación al principio de igualdad

En Chile, en 2011, solamente el 47% de mujeres profesionales tenía un empleo.²⁰ Esta estadística refleja las dificultades de la inserción laboral femenina, determinada en parte por su doble rol de trabajadora y madre. Supuestamente, la Ley 20.545 venía a mitigar este problema permitiendo a las madres permanecer con sus hijos y amamantarlos durante un lapso mayor de tiempo. Así se entiende la emotiva celebración el jueves 29 de septiembre de 2011 de la Ministra del Sernam, Carolina Schmidt, a propósito de la aprobación en el Congreso Nacional del proyecto postnatal parental: “¡Por fin ha nacido el niño! Ha sido un proceso largo, duro, difícil, como todas las cosas que valen la pena en la vida”.²¹ Por lo demás, esta materia constituía una promesa de campaña del Presidente Sebastián Piñera para las madres y los padres trabajadores de nuestro país.

La publicación de la Ley N°20.545 en el Diario Oficial el pasado 17 de octubre instauró el permiso postnatal parental mediante la modificación del Código del Trabajo, incorporando el artículo 197 bis que establece un descanso de 12 semanas a continuación del periodo post natal. La historia fidedigna de la ley indica claramente que el bien jurídico protegido es la familia, considerada el núcleo fundamental de la sociedad.²²

El Ejecutivo preparó largamente este proyecto a través de la denominada “Comisión Asesora Presidencial Mujer, Trabajo y Maternidad” que, en su informe, señaló entre sus objetivos: (1) establecer un periodo de recuperación posterior al parto para la madre, 9 semanas de reposo y cuidados, lo que incluye lograr la recuperación física de los órganos reproductivos, la adecuación psicosocial a su nueva condición de madre y la identificación precoz de complicaciones derivadas del embarazo y parto; (2) atender los requerimientos del recién nacido para su mayor desarrollo psicosocial como desde un punto de vista nutricional y físico; y (3) garantizar el apego y la lactancia materna tanto para el desarrollo físico como intelectual del menor. El informe muestra evi-

20 Instituto Nacional de Estadísticas, Situación laboral de las mujeres ocupadas y las brechas salariales que inciden en la estructura ocupacional chilena, Análisis de Género y Mercado del Trabajo, diciembre 2011 en: http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/estudios_y_documentos/documentostrabajo/situacion_laboral_mujeres.pdf.

21 Noticia disponible en <http://site.rengocity.cl/2011/09/29/aprobacion-del-postnatal-“demostramos-que-somos-capaces-de-cumplir-la-palabra-empenada”>[visitada marzo 22, 2012]

22 Mensaje 611-358 del Ejecutivo con que se da inicio a esta iniciativa legal, disponible en www.bcn.cl

dencia que los niños alimentados con leche materna son evaluados por especialistas en el área como más sanos, al estar más protegidos contra enfermedades como diarrea, neumonía, sobrepeso y diabetes, entre otras, y teniendo mayores niveles de inteligencia.²³

Los argumentos esgrimidos en este trabajo buscan plantear que la implementación del descanso postnatal parental ha significado una afectación desproporcionada de las garantías constitucionales de jóvenes profesionales del sector público, concretamente, de juezas de la República, lo que en buena medida ha impedido la obtención de los objetivos centrales de la Ley 20.545. La expresión desproporcionada equivale, en este contexto, a arbitraria. Así lo ha entendido la obra clásica del profesor Eduardo Soto Kloss al señalar: “El recurso de protección [arbitrario significa que] la idea en las operaciones debe ser racional, proporcionado, equilibrado, justo. Lo razonable, pues, significa lo conforme a razón, un uso proporcionado de los medios para obtener un fin, proporción del actuar con el fin de conseguir o lograr”.²⁴

En el caso concreto que comentaremos en este trabajo, jóvenes profesionales del sector público decidieron hacer uso del post natal parental ilusionadas de hacer efectivos los objetivos perseguidos por la nueva normativa legal. Sin embargo, les fue informado por el órgano pagador del subsidio legal que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 20.545, “durante los meses siguientes y estando con permiso post natal parental se le pagará con un tope de 66 UF menos las cotizaciones previsionales y el impuesto único a la renta mensual, pasando a obtener un tercio de sus emolumentos mensuales, aproximadamente.”²⁵

23 Comisión Asesora Presidencial “Mujer, Trabajo y Maternidad”, Informe final, documento disponible en www.sernam.cl.

24 Soto, Eduardo, *El recurso de protección: Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, (Editorial Jurídica de Chile) 1982, pp. 188-189.

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

A este permiso no le será aplicable lo dispuesto en el artículo 153 del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Salud, de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979, y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469. Un reglamento dictado por el Ministerio de Hacienda, suscrito además por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, determinará la forma y el procedimiento en que la funcionaria podrá hacer uso del derecho a reincorporarse a sus funciones durante el goce de este permiso. Además, establecerá los criterios que el Servicio o Institución em-

Como consecuencia de lo anterior, además, se les rebajó el bono anual por cumplimiento de las metas de gestión, ya que no se consideraron como trabajados los días con descanso postnatal parental, produciendo una rebaja en el monto del bono de aproximadamente un tercio. A efectos de contextualizar la problemática debatida en el trabajo, podemos indicar que un total de 214 permisos se han cursado por parte de la Corporación Administrativa del Poder Judicial desde la entrada en vigencia de la Ley en el Poder Judicial, 22 funcionarias han renunciado y solamente 6 de ellos han sido traspasados al padre.²⁶

Se debe destacar que el entonces Presidente de la Excm. Corte Suprema don Milton Juica Arancibia reconoció una “colisión entre el derecho esencial del goce a la remuneración total y las normas que establece el postnatal parental”, proponiendo como solución a esta colisión la renuncia al beneficio.²⁷ Creemos que esta solución administrativa –la renuncia del descanso post natal parental para mantener los emolumentos de las personas afectadas– violenta el sentido explícito de la Ley 20.545 y transforma en letra muerta una reivindicación laboral de muchas mujeres que persigue el apego, la lactancia materna y los beneficios que se derivan de esta. Por lo demás, el “descanso postnatal parental” ha sido presentado por la Superintendencia de Seguridad Social al impartir instrucciones a los organismos administradores del régimen de subsidios por incapacidad laboral, en el punto I.I, como un “beneficio irrenunciable”.²⁸ Un derecho laboral irrenunciable no puede estar asociado en un caso en concreto a la disminución temporal de la remuneración, salvo que exista una ley expropiatoria, pues el salario de un funcionario público constituye un bien incorporal

pleadora 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.”

26 Informe sobre aplicación de la Ley 20.545, “Permiso postnatal parental en el poder judicial”, Corporación Administrativa del Poder Judicial, Departamento de Recursos Humanos, Subdepartamento de Personal, 2012 [copia en poder de la autora].

27 OF. N° 6 RH, circular N° 218, de fecha 18 de noviembre de 2011, de Milton Juica Arancibia en su calidad de Presidente de la Excm. Corte Suprema a Sres. Presidentes Iltmas. Cortes de Apelaciones, p. I.

28 Superintendencia de Seguridad Social, circular 2.777 de fecha 18 de octubre de 2011.

sobre el cual existe un derecho de propiedad garantizado por la Constitución de 1980. Da cuenta de la impropiedad de la renuncia el que las instituciones de salud hayan generado el subsidio legal incluso a aquellas 22 funcionarias que renunciaron siguiendo la solución ofrecida por la circular N° 218, a pesar de que la Corporación Administrativa del Poder Judicial haya informado de la renuncia de las funcionarias al beneficio.²⁹

Complementariamente, se debe considerar –aplicando a tal efecto el artículo 5° inciso segundo de la Constitución de 1980– que los derechos constitucionales garantizados en nuestro ordenamiento jurídico no solo están constituidos por el catálogo formal del artículo 19, sino que también por los derechos y garantías asegurados por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes.³⁰ En tal sentido, en el caso de las funcionarias judiciales, proponer como solución administrativa la renuncia del post natal para mantener el sueldo contradice normas básicas de interpretación en materia de derechos constitucionales en el ámbito internacional, tales como el “principio de progresividad”, referido a la constante evolución y progreso de los derechos que incorporan condiciones favorables a los ordenamientos jurídicos internos. Diversos tratados internacionales ratificados por Chile contienen este principio. Es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su artículo 26, lo consagra y luego, en el artículo 29 b), señala que “ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda ser reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera Estado Parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados.”³¹ Esta característica de la interpretación “pro homine” lleva a aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas, esto es, la norma que mejor garantice el derecho e indica que una vez otorgado un beneficio no puede restringirse o limitarse sin una justificación substantiva.³²

29 Informe sobre aplicación de la Ley 20.545, op. cit .

30 Nogueira, Humberto, “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 9, 1, 2003.

31 Convención Americana sobre Derechos Humanos, texto disponible en: <http://www.cidh.org>

32 Esta norma está contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 29 c) y 29 d).

4. La proporcionalidad como mecanismo de resolución de la colisión de derechos en el caso concreto de la Ley 20.545

Postulamos que la metodología adecuada para resolver esta colisión de derechos fundamentales con un interés general es el denominado principio de proporcionalidad. Esta metodología de adjudicación en materia de derechos fundamentales no es desconocida en nuestro país: (1) tiene recepción en la doctrina: por ejemplo, en opinión de Humberto Nogueira Alcalá, se deriva de las reglas del estado de derecho y de la garantía de no afectación del contenido esencial de los derechos consagrada en el artículo 19 N°26 en nuestro ordenamiento jurídico³³; (2) ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional en la resolución de numerosos casos³⁴; (3) el legislador ha adoptado expresamente la metodología de la proporcionalidad en el procedimiento de tutela laboral en los artículos 485 y siguientes del Código de Trabajo, que en la parte pertinente indica: “se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando se limita el pleno ejercicio de aquellos de forma [...] arbitraria o desproporcionada [...]”.

La ley de la ponderación señala que, “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.³⁵ Una labor básica en todo análisis de proporcionalidad es establecer cómo se configura la colisión entre derechos constitucionales o entre derechos y principios de interés general.³⁶ En el caso que examinamos, la colisión de normas se produce entre el interés general de “regular el gasto público” y la garantía de la igualdad; debemos establecer el grado de afectación y de satisfacción de las garantías involucradas.

33 Nogueira, op. cit., nota 5, p. 801.

34 El Tribunal Constitucional chileno, a partir de 2006, ha utilizado consistentemente la ponderación o proporcionalidad. Solo a modo de ejemplos: la decisión Rol 546 de fecha 17 de noviembre de 2006, la decisión Rol 825 de fecha 5 de marzo de 2008, la decisión Rol 976 de fecha 26 de junio de 2008, la decisión Rol 1254 de fecha 29 de julio de 2009, la decisión Rol 1345 de fecha 25 de mayo de 2009 y la decisión Rol 1710 de fecha 6 de agosto de 2010; fueron adoptadas mediante el uso de la proporcionalidad como mecanismo de adjudicación.

35 Alexy, op. cit., p. 92 y ss.

36 Nogueira, Humberto, “El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica* (UNAM y CECOCH) 2010.

4.1. Afectación de la garantía de igualdad ante la ley

El artículo 19 N° 2 de la Constitución establece la garantía de la igualdad ante la ley. En el caso de autos, sostenemos que la Ley 20.545, su reglamento respectivo y lo ordenado por la Excma. Corte Suprema, a través de la circular O.F. 6 RH N°218, produce una diferenciación arbitraria o no razonable que no cumple con los requisitos establecidos por la propia jurisprudencia constitucional para ser considerada tolerable.³⁷

Primer criterio: el trato diverso solo se justifica en la medida en que las situaciones se diferencien en aspectos fácticos objetivos y relevantes.³⁸ Se considera, en este sentido, lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma son tratados de manera distinta a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. El Tribunal Constitucional ha determinado que, para poder dimensionar esta situación, se requiere una ponderación en el sentido de un examen de proporcionalidad.³⁹ La diferencia establecida por la ley debe basarse en criterios objetivos, no pudiendo el trato diferenciado basarse en características subjetivas adscritas, como edad, sexo, raza o condición social. En opinión del propio Tribunal Constitucional, esta diferenciación resultaría inaceptable.⁴⁰ En el caso de autos, la diferenciación está basada en la condición social de la madre, sin que durante la tramitación del proyecto se hayan dado razones de cómo los requerimientos del hijo(a) se distinguen de acuerdo a la condición social de la madre.

Segundo criterio: para que la diferencia no sea arbitraria, no puede fundarse en supuestos injustificados, conforme a criterios de valor generalmente aceptados. Históricamente han existido grupos en la sociedad a los cuales la ley ha tratado de modo diverso. Con el objeto de terminar con las diferencias basadas en prejuicios, algunos ordenamientos jurídicos han creado las denominadas “categorías sospechosas”, esto es, diferencias creadas por ley sobre grupos considerados históricamente vulnerables, como las mujeres o minorías étnicas o sexuales, respecto a las cuales la ley debe cumplir con

³⁷ Tomo estos criterios de lo propuesto para la jurisprudencia constitucional chilena por Correa Sutil, op. cit., aun cuando mi trabajo de campo es la jurisprudencia de la Corte Suprema canadiense en la materia a través de los casos emblemáticos: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, 1989 SCC (1247); *Law v. Canada*, 1999 SCC (1260); y, *R. v. Kapp* SCC 2008 (1278).

³⁸ Tribunal Constitucional, sentencia Rol 1414 con fecha 14 de septiembre de 2010, considerando 16 .

³⁹ Tribunal Constitucional, sentencia Rol 1307 de fecha 20 de enero de 2011, considerando 15 .

⁴⁰ Tribunal Constitucional, sentencia Rol 977 de fecha 8 de enero de 2008, considerando 10.

un examen especialmente exigente para ser considerada constitucional. Un modo concreto de trabajar esta situación son las acciones positivas, conceptualizadas por José Ignacio Casas como: “el establecimiento de medidas temporales que, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades en la práctica, permitan mentalizar a las personas o corregir, aquellas situaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales discriminatorios”⁴¹ y recogidas expresamente en el derecho comparado en la Carta de Derechos y Libertades Canadienses aprobada en 1982 en el artículo 15 inc. 2: “el inciso (1) no se opone a cualquier ley, programa o actividad que tenga por objeto la mejora de las condiciones de los individuos o grupos desfavorecidos como los que se encuentran en desventaja debido a su raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o estado mental o discapacidad física.”⁴² Así lo ha recogido, parcialmente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno al indicar que “no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona, o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo”.⁴³

Además de la discriminación directa basada en la condición social de la madre, se produciría una discriminación laboral indirecta basada en la condición de mujer de las juezas, al no permitirse el goce íntegro de la remuneración en caso de hacer uso del permiso parental, máxime tratándose de una disposición “que mejora los derechos”, lo que sitúa a las personas de sexo femenino –las únicas que pueden estar embarazadas, naturalmente– dentro del Poder Judicial en una situación de desventaja particular respecto a las personas de sexo masculino. Tal disposición no puede justificarse objetivamente toda vez que, con anterioridad, pese a haber existido un tope, el pago de las remuneraciones se realizaba en forma íntegra. A la mujer trabajadora que se embaraza se la castiga con una merma en sus ingresos de aproximadamente un 66%. En opinión de Eduardo Caamaño, se está frente a una “discriminación laboral indirecta, cuando una disposición o regla formulada neutralmente, esto es, sin referencia a un sexo determinado (cual es el caso de la ley de descanso post natal parental que da la opción de cuidado al padre

41 Citado por González Martín, N., “Acciones positivas: Orígenes, conceptualización y perspectivas”, en Torre Martínez, C. de la (coord.), *Derecho a la no discriminación*, (Ediciones Conapred) 2006, p. 345.

42 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c. 11.

43 Tribunal Constitucional, sentencia Rol 1414 de fecha 14 de septiembre de 2010, considerando 15.

o madre), en los hechos genera un trato esencialmente menos favorable para trabajadores de un cierto sexo, sin que aquel trato menos favorable pueda explicarse por razones o circunstancias que no digan relación con una discriminación por motivos de sexo”.⁴⁴

4.2. ¿Cuál interés general colisiona con la garantía constitucional de la igualdad?

El interés público que colisiona con la garantía de igualdad antes expuesta es el del Poder Ejecutivo de limitar el gasto fiscal y está directamente vinculado al tope legal del subsidio en 66 UF. Es relevante destacar que este subsidio no se origina en la prestación de los servicios del trabajador, sino que es una manifestación del desarrollo de un beneficio por parte del Estado en materia de seguridad social. Justamente, la existencia de un tope legal para el subsidio y su carácter discriminador fue lo que suscitó una ardua discusión en la votación del proyecto de ley sobre descanso post natal parental en el Senado.⁴⁵

Asimismo, la condición del gasto público como limitación a garantías constitucionales ya ha sido debatida en el Tribunal Constitucional. Así, el ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, en voto disidente, expresó con claridad: “La recaudación e inversión de las rentas públicas constituye una atribución exclusiva del Ejecutivo, que no configura un valor o principio de carácter constitucional, y que, si se concreta desnaturalizadamente en una disposición legal, jamás puede tener preponderancia sobre los derechos esenciales de las personas que reconoce expresamente la Constitución”.⁴⁶

Fue también el interés en mantener el gasto fiscal limitado y controlado lo que llevó al Poder Ejecutivo a interponer un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, fallado en causa Rol 2025-II, en que la litis estaba centrada en la facultad legislativa exclusiva de limitación del gasto fiscal radicada en el Poder Ejecutivo y la carencia de esta facultad por parte de las cámaras del Congreso Nacional.⁴⁷ Comentarios formulados a la sentencia del Tribunal Cons-

44 Caamaño Rojo, Eduardo, “La discriminación laboral indirecta”, en *Revista de Derecho*, vol. xii, (Universidad Austral de Chile) 2001, p. 72.

45 Historia fidedigna de la ley disponible en la Biblioteca del Congreso Nacional, historia de la Ley 20.545, disponible en www.bcn.cl.

46 Tribunal Constitucional, Rol 790-07 de fecha 11 de diciembre de 2007, considerando 7, voto disidente del Ministro Vodanovic.

47 Tribunal Constitucional, sentencia Rol No 2025-II de fecha 20 de julio de 2010, se pronuncia respecto de un requerimiento del Presidente de la República para que se declare la inconstitucionalidad de la actuación del Senado, basado en los artículos 6, 7 y 65 de la Constitución de 1980.

titucional aludieron a una “responsabilidad fiscal reforzada”.⁴⁸ La situación planteada en este trabajo corresponde a la aplicación de la Ley 20.545 a un grupo de funcionarias públicas madres y los efectos concretos en la disminución de sus emolumentos impuesta por el artículo 6 de la ley 20.545.⁴⁹

5. Análisis de proporcionalidad o ponderación como modo de resolver la colisión

Consideramos grave el grado de afectación de las funcionarias públicas respecto de la garantía del derecho a la igualdad y no discriminación, ya que se basa en la condición social de la madre (una categoría considerada sospechosa “per se”) realizando un tratamiento dispar entre quienes perciben una remuneración superior a 66 UF versus aquellas personas que perciben una remuneración menor a dicho tope, a pesar de que la fundamentación de la ley, cual es el apego madre-hijo y los beneficios de la lactancia de libre demanda, no depende en caso alguno de esos factores. La norma tiene un efecto perverso en aquella minoría de mujeres que ha logrado cierto éxito profesional, pues, a mayor remuneración, mayor será el porcentaje que no será cubierto por el subsidio legal. Por ello, la mujer deberá seguir optando entre mantener su empleo o ser madre, lo cual constituye una verdadera negación de los supuestos que dieron cabida a la Ley 20.545. Este trabajo desarrolla la tesis de que quienes se han visto forzadas a renunciar al descanso postnatal parental lo han hecho por las desproporcionadas limitaciones económicas que la implementación impone a las funcionarias. Una prueba concreta de ello es que, de las 22 renunciadas al permiso, todas corresponden a cargos cuyas remuneraciones son superiores a 66 UF (juez, relator, consejero técnico y secretario).⁵⁰

Lo que sostenemos, apoyado en la opinión por ahora minoritaria del ministro Vodanovic en la causa Rol 790-07 ante el Tribunal Constitucional, es que la limitación del gasto fiscal tiene una relevancia leve, aun cuando se considere un interés general, sin consagración expresa en la Constitución y no se puede considerar jerárquicamente superior a derechos fundamentales. A modo de ejemplo, podría indicarse las causas en que se condena al Estado

48 Fallos Públicos N° 18, agosto de 2011, disponible en www.lyd.org.

49 Corresponde, por lo demás, a acciones constitucionales de protección y a un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional, pendientes ante la Corte Suprema y Tribunal Constitucional respectivamente.

50 Informe sobre aplicación de la Ley 20.545, op. cit.

a indemnizar el daño moral tomando como base la garantía del artículo 19 N° 1 de la Constitución de 1980 y en las cuales el Fisco de Chile no puede excusarse de cumplir so pretexto de no tener los fondos o no haber una partida al efecto en la Ley de Presupuestos de la Nación.

Una vez fijada la colisión, es necesario revisar las etapas de la proporcionalidad, a partir del supuesto de que no existen derechos absolutos que siempre prevalezcan sobre otros; en cada colisión es necesario llevar a cabo una ponderación de los derechos constitucionales en juego para establecer cuál de ellos, basado en las circunstancias del caso, prevalecerá en el caso concreto.⁵¹

Primero: el examen de idoneidad persigue establecer si la medida restrictiva de derechos fundamentales constituye un medio adecuado para el logro de la finalidad de la ley. La Ley 20.545 tuvo por objeto cumplir el deseo de la sociedad chilena de fomentar la familia en sus diversas especies, el apego a los hijos, el amamantamiento con todos los beneficios de salud que ello conlleva y el cuidado personal de los hijos.⁵² La finalidad de limitar el gasto público es solo una finalidad menor respecto del declarado objetivo principal. Por lo mismo, el tratamiento diferenciado establecido en el precepto legal no conduce a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. La obtención de una remuneración íntegra, que permita hacer efectivos los objetivos de la ley, se limitó solo a ciertas madres, aquellas que perciban una remuneración menor a 66 UF.

Segundo: el examen de necesidad analiza si la medida adoptada es la más adecuada a la finalidad perseguida o si esta podría reemplazarse por otra que cumpla la misma finalidad pero que limite en menor medida los derechos constitucionales afectados. La necesidad requiere que las diferencias hechas por el legislador resulten adecuadas y necesarias para alcanzar el fin lícito que se proponen. Se indica que no aprueban el test de necesidad aquellas medidas que establecen medidas dañinas que puedan razonablemente evitarse por caminos alternativos. En el caso de autos, el tema de la limitación del gasto fiscal es sin duda relevante, pero estimamos que el establecimiento de este límite provoca que la finalidad perseguida por la Ley 20.545 se incumpla. El Tribunal Constitucional ha invocado a su homólogo español indicando que “para que

⁵¹ Alvez Marín, Amaya y Campos Díaz, Manuel, “El principio de proporcionalidad como mecanismo de adjudicación constitucional, Su uso en el derecho comparado”, en Estado de Derecho y derechos fundamentales de los ciudadanos: Las Convenciones Europea y Americana sobre los Derechos Humanos, *European Public Law Series*, Vol. xciii (Esperia Publications) 2009, pp. 319-330.

⁵² Historia fidedigna de la Ley 20.545 disponible en www.bcn.cl.

la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que ella persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resulten de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador, supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.”⁵³ Para las funcionarias públicas tratadas es este caso, los objetivos de la ley –garantizar el mejor cuidado de sus hijos y la protección de la maternidad, y facilitar la conciliación entre familia y trabajo– se cumplen a costa de obtener un tercio de sus emolumentos mensuales; creemos que la diferencia establecida es dañina y la finalidad perseguida puede lograrse por medios alternativos.

Tercero: el examen de proporcionalidad en sentido estricto se focaliza en realizar una ponderación, desde el derecho constitucional, de las ventajas e inconvenientes de la aprobación del acto estatal limitativo de los derechos constitucionales y el bien que se lograría respecto del bien común o interés público. Respecto de esta situación, el Tribunal Constitucional ha indicado que “el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que puede considerarse proporcionales.”⁵⁴ Todas estas razones antes planteadas nos llevan a sostener la irrefutable privación y perturbación de la garantía constitucional de igualdad de las funcionarias públicas en aras de proteger un interés general de rango infraconstitucional.

6. Reflexión final

El mandato constitucional de examinar la legislación implica aceptar la superioridad jerárquica de la Carta Fundamental. No estamos ajenos, en cuanto miembros de la comunidad jurídica, a las dificultades que esta tarea implica, incluyendo la textura abierta del texto constitucional, la necesidad de interpretación más allá de la mera exégesis y el deber de conocer y aplicar los tratados de derechos humanos que han sido ratificados por Chile. Sin embargo, creemos haber ofrecido una argumentación contundente relativa al principio de

53 Tribunal Constitucional, sentencia Rol 1584 de fecha 15 de junio de 2010, considerando 20.

54 Tribunal Constitucional, sentencia Rol 790 de fecha 11 de diciembre de 2007, considerando 22 .

proporcionalidad y la necesidad de buscar una salida menos exigente que esté a la altura de los requerimientos de nuestra justicia constitucional.

Creemos que el espíritu de la Carta Fundamental y de las garantías constitucionales invocadas es considerar una solución a la colisión de derechos fundamentales –que, por lo demás, está expresamente reconocida– mediante la aplicación de un examen de proporcionalidad.

Así, en el caso de las funcionarias del Poder Judicial, el tope al subsidio legal establecido por la Ley 20.545, que instauro el post-natal parental, está sujeto a una limitación desproporcionada, arbitraria y, por lo mismo, inconstitucional.