

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señora Rincón y señores Flores, Quintana y Walker, que modifica el Código del Trabajo, con el objeto de reconocer los principios de no discriminación, efectividad de los derechos y prevalencia del interés superior de niñas y niños, en relación al derecho a ser cuidados por sus progenitores durante los primeros meses de vida.

ANTECEDENTES.

Con fecha de 10 de marzo de 2022, entró en vigor la Ley N ° 21.400 que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo, mediante la cual se reformaron, además, normas relativas a la filiación, adopción y técnicas de reproducción humana asistida, reconociendo los vínculos familiares de familias homoparentales y lesbomaternales.

Las disposiciones contenidas en la ley son un manifiesto de la evolución que ha experimentado el Derecho de Familia en nuestro país, en tanto significan:

a) Coherencia en los principios y valores básicos del humanismo. La Constitución Política de la República tienen una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que imponen como deber de los órganos del Estado”, “principios y valores que, no constituyen solo declaraciones programáticas, sino que "mandatos expresos para gobernantes y gobernados"¹.

b) Respeto del carácter universal e indivisibles de los Derechos Humanos. Los derechos humanos son UNIVERSALES, es decir se consagran y respetan para todos y cada uno de los seres humanos, sin excepción; y son INDIVISIBLES, es decir constituyen un todo, tal y como lo es la persona, y que, por tanto, no es sostenible bogar por el respeto de algunos de esos derechos, pero negar otros. La ley N ° 19.947 sobre Matrimonio Civil, en su artículo 2°, establece que “la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello”, siendo lo importante que exista el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

¹ Sentencia TC. N ° 2435, abril 2014 en Informe Concepto de Familia. BCN. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25900/1/Informe_BCN_concepto_familia_vf.pdf

c) Cumplimiento del Acuerdo de Solución Amistosa (ASA) Peralta Wetzel y otros v/s Chile, suscrito en junio del año 2016 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para poner fin al litigio por falta de acceso de tres parejas del mismo sexo al matrimonio civil y al reconocimiento legal de matrimonios contraídos en otros países, por parte del Estado chileno.²

d) Reconocimiento y protección de todo tipo de familias, y no discriminación de niños, niñas y adolescentes por condiciones de sus padres. La Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 24/ 2017 llamó a los Estados a “aprobar el matrimonio igualitario, reconocer los derechos de familias compuestas por dos madres o dos padres y garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales”.³

e) Fin a la discriminación arbitraria y afectación de derechos que sufren niños, niñas y adolescentes por ser hijos, vivir y ser criados por personas de la comunidad LGBTIQ+. Las relaciones filiales y los derechos y deberes que implican no pueden ser entendidas de modo restrictivo, menos después del año 2012, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso Atala Riffo y niñas v/s Chile, sentenciara que la Convención Americana “no define y protege un modelo “cerrado” de familia, mucho menos sólo un modelo “tradicional” de la misma”.⁴

No obstante, todo aquel avance, la protección de niños y niñas que nacen en familias conformadas por dos varones no es completa, pues la ley N ° 21.400, no les reconoce los mismos derechos que a los niños y niñas nacidos en, o adoptados por, parejas heterosexuales y parejas lésbicas.

En efecto, la ley N ° 21.400, en materia de filiación cambia el concepto de padres y madres por el de “progenitores”, incluyendo la homoparentalidad.

Sin embargo, con relación al reconocimiento del vínculo filiativo - o fuentes de filiación- esta se posibilitó en dos hipótesis: respecto de hijos biológicos sin filiación determinada

² <https://www.diarioconstitucional.cl/2017/02/03/cidh-destaca-solucion-amistosa-que-impulsa-avances-sobre-matrimonio-igualitario-en-chile/>

³ https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_24_esp.pdf

<https://www.movilh.cl/presidente-de-la-suprema-afirma-que-opiniones-consultiva-de-corte-interamericana-de-ddhh-son-vinculantes/>

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de la sentencia de 24 de febrero de 2012. Punto 1.2.4

en una familia ensamblada y con relación a hijos procreados por medio de técnicas de reproducción asistida. Pero ello, no se hizo en todos los casos con plena igualdad.

En el primer caso, en el que uno o ambos miembros de la pareja tienen hijos de una relación anterior, se permite a la pareja del padre o de la madre adquirir el vínculo por medio del acto de reconocimiento. En el segundo caso, en relación con hijos procreados por medio de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)⁵, se reconoce la filiación, pero sólo a parejas de mujeres que se someten a ellas, a partir del hecho del parto de una y la voluntad procreacional de la otra manifestada en el acto de reconocimiento.

Con esta última decisión normativa, en Chile se mantiene la regla general que establece que siempre habrá una filiación materna, determinada por el hecho del parto, y se amplía la vía del “reconocimiento” permitiéndolo, no sólo al hombre, sino también a la mujer que no lo parió, pero que es pareja de la que lo gestó y parió.

A partir de esa decisión del legislador, se reconoce a las parejas lésbicas la filiación y todo el estatuto de derechos y deberes asociado a ese vínculo de familia, respecto de los hijos anteriores a la relación, de cualquiera de las mujeres, y respecto de aquellos concebidos por medio de TRHA. Pero, no se les reconoce filiación, en el caso en que, ambas mujeres padezcan de inviabilidad uterina y ninguna de ellas puede gestar sus hijos, pues en dicho caso, requerirían del acuerdo con una tercera mujer que lo geste en su lugar. Puesto que la ley en Chile no permite al tener objeto ilícito pues los seres humanos no son objetos de comercio.

Del mismo modo, estando biológicamente impedidos para gestar (salvo que uno de sus miembros sea transexual), las parejas homosexuales en Chile no tienen reconocido vínculo filiativo con hijos concebidos por medio de dichas técnicas. Si llegasen a utilizar al efecto un vientre subrogado, ante la ley chilena siempre habrá una madre, que será la mujer gestante del niño o niña. Y, sólo el varón que aporta el material genético a la concepción tendría vínculo filiativo biológico con ellos.

Consecuentemente, la ley no reconoce a los padres de un hijo nacido en una relación entre dos varones, el estatuto de derechos y deberes asociados al estatuto filiativo, y sólo pueden gozar de los derechos que les confiere el estatus de cuidador legal, judicialmente declarado.

⁵ Estimulación Ovárica (EO) · Inseminación Artificial · Fertilización in vitro con transferencia de embriones · Transferencia intratubárica de gametos (TIG) · Inyección Intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)

No obstante, con independencia de la opinión que a cada uno merezca la posibilidad de gestación de seres humanos mediante un vientre subrogado, aun cuando cualquier pacto celebrado en Chile al respecto es nulo, y sabiendo que, ante la ley chilena la madre de ese niño o niña será siempre la mujer que gesta y alumbró, igualmente existen en nuestro país, niños y niñas nacidos de esa manera, y por ende existen niños nacidos en el seno de familias homoparentales.

Por otro lado, es menester distinguir entre los derechos que la ley pueda o no reconocer a la homoparentalidad, y cómo se justifica la discriminación que ello importa, y otra distinta, son los derechos esenciales que tienen los niños y niñas a ser cuidados por sus progenitores y a desarrollar con ellos el vínculo afectivo que corresponde, pues aquellos derechos les pertenecen, y es deber del Estado garantizar su goce efectivo, a todo niño o niña, sin distinción.

DERECHOS DE NIÑOS Y NIÑAS y DEBERES DEL ESTADO.

El presente proyecto de ley busca atender, en esta realidad, a la calidad de sujeto de derecho que tienen los niños y niñas, a sus derechos y a los principios que han de regir la acción del Estado en los asuntos que a ellos conciernen.

El artículo 2° de la Convención de los Derechos del Niño señala en su numeral 1 que “los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”. Y en su numeral 2, añade que “los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

La Convención de los Derechos de los Niños establece en el artículo 18 el derecho de todo niño o niña a ser cuidados y a mantener vínculo afectivo con sus madres y/o padres, que se materializa en el cumplimiento de las responsabilidades de cuidado, crianza y desarrollo, considerando siempre el interés superior de niños y niñas. En su literal 1, señala que los Estados Parte están llamados a “poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño”; que “incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño; y que “su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

De acuerdo con esta ley entonces, es claro que, más allá de las consideraciones que se hayan tenido a la vista para no reconocer a parejas homosexuales un vínculo filiativo con sus hijos, esa negación de derechos a los adultos no puede de modo alguno incidir en el desconocimiento de derechos a niños y niñas, máxime si tales derechos son esenciales para su vida y desarrollo.

Por su parte, la Ley N°21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, vigente en el país desde el 15 de marzo del 2022, tiene por objeto conforme “la garantía y protección integral, el ejercicio efectivo y el goce pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en especial, de los derechos humanos que les son reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales y en la ley” (artículo 1°). Establece que “los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho”, que “todo niño, niña o adolescente es titular y goza plenamente de los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes (artículo 6).

En su artículo 27, en concordancia con la CDN, señala que el Estado tiene el deber de velar por la protección y consideración de la familia del niño, niña o adolescente, cualquiera que sea su composición.

En el artículo 7, la ley precisa que “el interés superior del niño, niña y adolescente es un derecho, un principio y una norma de procedimiento”, que en cuanto derecho significa que “que todo niño y niña tiene derecho a que en la toma de decisiones sobre cuestiones que les afecten, se considere primordialmente su interés superior”, precisando que este ha de ser “entendido como la máxima satisfacción posible de los principios, derechos y garantías que le

son reconocidos”. Y, en su artículo 8º, reconoce a todos ellos, el derecho a la igualdad y no discriminación arbitraria en el goce, ejercicio y protección de sus derechos, sin discriminación arbitraria. Agregando que “ningún niño, niña o adolescente podrá ser discriminado en forma arbitraria por características o circunstancias propias, “o en razón de cualquier otra condición, actividad o estatus suyo o de sus padres y/o madres, familia, representantes legales o de quienes lo tengan legalmente a su cuidado”. Y que, “es deber de los órganos del Estado reconocer y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes en condiciones de igualdad y velar por su efectividad”.

A mayor abundamiento, en el artículo 12, se consagra el principio de efectividad de los derechos, en razón del cual “es deber del Estado adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole, necesarias para dar efectividad a los derechos que le son reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes.

DERECHO DE NIÑAS Y NIÑOS A SER CUIDADOS POR SUS MADRES Y/O PADRES, Y DERECHO DE AQUELLOS A PERMISO PRE NATAL Y POST NATAL Y A FUERO LABORAL.

El Libro II del Código del Trabajo “De la Protección a los Trabajadores”, en el Título II sobre “Protección a la Maternidad, la Paternidad y la Vida Familiar”, consagra entre otros, el derecho al permiso pre natal y post natal y el fuero laboral como mecanismos de protección del vínculo afectivo entre progenitores e hijos, que garantizan que esta podrá desarrollarse en la medida requerida para un apego seguro, y sin que la fuente de trabajo de los progenitores se vea afectada. El artículo 195 establece que “las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él”. El artículo 197 bis, que “tendrán derecho a un permiso postnatal parental de doce semanas a continuación del período postnatal, durante el cual recibirán un subsidio cuya base de cálculo será la misma del subsidio por descanso de maternidad a que se refiere el inciso primero del artículo 195”.

A su vez, el artículo 201, en la lógica de garantizar la conservación del empleo al adulto que use sus permisos para dedicarse a cuidado de sus hijos durante los primeros seis meses de vida, dispone que “durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis, la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174”. Luego, agrega que “en caso de que el padre haga uso del permiso postnatal parental del artículo 197 bis también gozará de fuero laboral, por un período equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del mismo”. Fuero del padre que, sin embargo, “no podrá exceder de tres meses”.

Las normas de protección referidas, si bien son propias del derecho laboral, no sólo tienen por fin la protección de “las madres trabajadoras” y su fuente laboral, sino también proteger el derecho de las madres a cuidar de sus hijos.

No obstante, ese derecho también tiene a los niños y niñas como sujetos de derechos protegido. De modo que estos derechos laborales, también existen para garantizar la efectividad del derecho de niños y niñas a ser cuidados por sus progenitores y a mantener con, al menos uno de ellos, un contacto directo y permanente durante los 6 primeros meses de su vida, que asegure la formación de un apego seguro, base para su pleno desarrollo futuro. Y, ese derecho que, como todo derecho esencial, es universal y aplicable a todo niño o niña sin discriminación.

Conforme a la ley de Matrimonio Igualitario, en las parejas lésbicas que conciben hijos por medio de TRHA, la madre que gesta resulta ser titular de los derechos a permiso pre natal y post natal y al fuero laboral asociado, y por ende, los hijos o hijas nacidas en el seno de una familia lesbomaternal, tienen garantizado en la ley su derecho a contar con, al menos, una de sus madres con 45 días para preparar y disponerse para la llegada del bebe a la familia, y ciento por ciento disponible durante 6 meses para atender sus necesidades y desarrollar con ellos y ellas un vínculo de apego seguro.

En cambio, los hijos e hijas que nacen de un vientre sustituto, tanto porque sus madres no pueden gestarlos por inviabilidad uterina de ambas, como porque sus padres no pueden por inviabilidad biológica, no gozan del mismo derecho. Ninguno de esos niños y niñas cuentan con ninguno de sus madres y/o padres preparado y dispuesto – sin obligaciones laborales- para su llegada a la familia, ni cien por ciento disponible durante 6 meses para atender sus necesidades y desarrollar con ellos y ellas un vínculo de apego seguro.

IGUALDAD DE DERECHOS y NO DISCRIMINACIÓN.

La cuestión esencial es ¿cuál sería la razón que justificaría seguir manteniendo una discriminación respecto de niños y niñas que nacen en familias conformadas por parejas de hombres?

Junto con el nacimiento de los Estados modernos surge el concepto de persona, como tenedora de derechos individuales que el Estado reconoce y protege precisamente para evitar que el poder político o cualquier otro tipo de poder cultural, religioso, económico, fáctico, lo someta a sus designios.

El heteropatriarcado⁶, sistema de creencias extendido por el cristianismo y base ideológica de los constructos jurídicos occidentales tradicionales, incluye el postulado de familia patriarcal, monogámica y heterosexual sobre la base de su concepto de que los géneros humanos son binarios, es decir, son sólo dos y no confundibles, son complementarios, pero la mujer subordinada al varón. De ahí que quienes adscriben a esas creencias, no conciben, y se opongan, a cualquier idea de diversidad de géneros.

El heteropatriarcado postula también que existe un correlato indivisible entre género, sexo biológico, identidad de género y rol de género, es decir que, quien es biológicamente un hombre, pertenece al género masculino, debe sentirse hombre, parecer y actuar del modo que la misma cultura patriarcal dominante ha definido culturalmente como “masculino”, y sólo debe desarrollar relaciones afectivo-sexuales con personas del género femenino. Y viceversa. En términos de esos roles y funciones sociales, solo a las mujeres corresponden las funciones de cuidado y crianza de la prole.

De ahí se deriva la resistencia a concebir la figura masculina como una figura cuidadora de niños y niñas, como una figura que requiere prepararse física y mentalmente para la llegada de un recién nacido al seno familiar, y que debe dedicarse en exclusiva al cuidado de ese hijo durante los primeros seis meses de su vida, que resultan esenciales en la formación del vínculo paternofilial, vital en el futuro desarrollo cognitivo y emocional del niño o niña.

⁶ Sistema de relaciones sociales caracterizado por la supremacía de lo masculino y la heterosexualidad, lo que genera mecanismos de discriminación por razón de sexo y orientación sexual hacia mujeres y personas LGTBI (lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales). El patriarcado en sí es heterosexual. Hablar de heteropatriarcado es enfatizar una de sus características fundamentales, en un momento en el que la diversidad sexual está siendo cuestionada y atacada (con llamamientos como el del cardenal arzobispo de Valencia, Antonio Cañizares, [contra 'el imperio gay y el feminismo'](#))

No hay otra razón que explique, y menos justifique, que, en caso de homoparentalidad, o de lesboparentalidad con inviabilidad uterina, los hijos/as de estos progenitores se vean privados del derecho a contar con, al menos, uno de sus padres lo suficientemente descansado, enfocado y preparados para recibirlo, y disponible para mantener con él el apego necesario para su buen desarrollo neurobiológico durante sus 6 primeros meses de vida.

No obstante, atendido que el Estado moderno es laico, y que el fundamento ético del Derecho se halla en la igual dignidad y libertad de los seres humanos, las instituciones jurídicas han de concebirse desprendidas de exclusiones culturales, más cuando éstas oprimen, estigmatizan y marginalizan formas de ser, sólo por no ajustarse a tales concepciones.

El deber de tomar todas las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos fundamentales de niños y niñas, y su interés superior, son deberes que corresponden a todos los órganos del Estado. No obstante, la Constitución Política de la República , en su artículo 65 números 4 y 6 , otorga iniciativa legislativa exclusiva al Presidente de la República en materia de beneficios de cualquier clase para el personal de la Administración del Estado y de seguridad social o que incidan en ella , tanto en el sector público como en el privado, de modo tal que la incorporación de licencias pre y post natales y de fuero parental para progenitores que no gestan, sean masculinos o femeninos, no puede ser objeto de una iniciativa legislativa parlamentaria.

No obstante, el deber de no discriminación, de tomar todas las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos fundamentales de niños y niñas, y el de hacer primar su interés superior por sobre todo otro tipo de consideración, obliga a presentar una moción parlamentaria que interrelacione el Derecho del Trabajo con el Derecho de los derechos fundamentales, en particular con la ley N ° Ley 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, vigente en el país desde el 15 de marzo del 2022. Y en tal sentido, posibilitar que se relacionen de modo sistémico **las normas relativas a licencias pre y post natales y de fuero parental con los principios de no discriminación, efectividad de los derechos y prevalencia del interés superior de niños y niñas, en particular, en lo relativo al derecho de todo niño y niña a ser cuidado por sus progenitores.**

Entendemos que en este escenario, corresponde al Ejecutivo en su rol de co legislador, y único facultado para extender esos beneficios a todo padre y/o madre, **el deber de adoptar las medidas concretas necesarias para garantizar a todo niña y niño el disfrute efectivo de su derecho a ser cuidado por sus padres durante sus primeros meses de vida.**

Debido a todo lo expuesto, venimos en proponer el siguiente proyecto de ley:

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO ÚNICO

Modificase el decreto con fuerza de ley N ° 1, de 2002, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo, en el siguiente sentido:

1. Incorpórese en el artículo 195 un inciso final nuevo del siguiente tenor:

“Tratándose de progenitores del mismo sexo o género, el Estado adoptará todas las medidas legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter necesarias para hacer efectivo el derecho de todo niño o niña a ser cuidado por sus progenitores durante los seis primeros meses de su vida, adoptando decisiones en las que su interés superior prevalezca por sobre toda otra consideración, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2° letras b) y c), 7°, 8° y 12° de la ley N° 21.430. Al mismo efecto, las leyes se interpretarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° del mismo cuerpo legal”.

2. Modifíquese el artículo 197 bis del siguiente modo:

a) Agregase al inicio del texto del inciso octavo, seguida de una coma, la siguiente frase:
“En caso de hetero parentalidad”

b) Incorporase el siguiente inciso noveno, pasando los actuales incisos noveno, décimo y decimoprimeros, a ser incisos décimo, decimoprimeros y decimosegundo, respectivamente:

“En caso de homoparentalidad, si ambos progenitores trabajan, el Estado actuará de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 195, de modo que los niños y niñas nacido en el seno de esas familias no sean discriminados respecto de los que nacen en familias heteroparentales”.

3. Incorporase en el artículo 201, el siguiente inciso segundo nuevo, pasando el segundo a ser tercero, y así sucesivamente:

“En caso de homoparentalidad, el Estado se regirá por las normas referidas en el inciso final del artículo 195, para asegurar que quienes cuiden a sus hijos los primeros seis meses de su vida no vean afectadas su fuente laboral, por dicha circunstancia”.