Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E 195773 (1483) 2021

ORD N°: 147

ACTUACIÓN: Aplica doctrina.

MATERIA:
Protección a la maternidad. Trabajador transgénero masculino embarazado.

RESUMEN:
El trabajador transgénero masculino en estado de embarazo tiene derecho a las garantías que otorgan todas las normas protectoras de la maternidad, paternidad y vida familiar reguladas en el Título II del Libro II del Código del Trabajo, resultando por tanto obligatorio para el empleador en el caso concreto proveer el mismo trato conferido a las trabajadoras mujeres en dicho estado.

ANTECEDENTE:
1) Instrucciones de 17.01.2022 de Jefe de Departamento Jurídico y Fiscal.
2) Instrucciones de 05.01.2022 de Jefa de Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.
3)Correo electrónico de 02.11.2021 [redacted]

SANTIAGO, 26 ENE 2022

DE: JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL

A: [redacted]

Mediante solicitud de ANT. se ha pedido a este Servicio un pronunciamiento que determine la situación de un trabajador transgénero que transitó desde el sexo femenino al masculino, identificándose en la actualidad como hombre, con cambio de nombre y sexo registral conforme lo establecido en la Ley N°21.120 de Identidad de Género.

Añade la solicitud que dicho trabajador se encuentra en la actualidad en estado de embarazo, por lo tanto, la consulta consiste en saber si como empleador debe otorgarle el mismo trato que se otorga a las mujeres en estado de embarazo.

Al respecto cumplo con informar a Ud. que el artículo 1° de la Ley N°21.120 de Identidad de Género señala que: "*El derecho a la identidad de género consiste en la facultad de toda persona cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de éstos.*

Para efectos de esta ley, se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento.

Lo dispuesto en los incisos anteriores podrá o no involucrar la modificación de la apariencia o de la función corporal a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, siempre que sean libremente escogidos".

En el ámbito internacional, la identidad de género se ha entendido en los principios de Yogyakarta como: "*la profundamente sentida experiencia interna e individual del género de cada persona, que podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo el sentido personal del cuerpo (que, de tener la libertad para escogerlo, podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole) y otras expresiones de género, incluyendo el vestido, el modo de hablar y los amaneramientos*"[1].

Por otra parte, el artículo 5° de la Ley N°21.120 de Identidad de Género, estableció en el ordenamiento jurídico a los principios de: la no patologización, la no discriminación arbitraria, la confidencialidad, la dignidad en el trato, el interés superior del niño y la autonomía progresiva. En base a lo anterior, dicho cuerpo normativo garantiza en su artículo 3° que: "*Toda persona tiene derecho a ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género, una vez realizada la rectificación que regula esta ley, en los instrumentos públicos y privados que acrediten su identidad respecto del nombre y sexo, en conformidad con lo dispuesto en esta ley. Asimismo, las imágenes, fotografías, soportes digitales, datos informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuren en los registros oficiales deberán ser coincidentes con dicha identidad*".

Asimismo, la parte 1ª del literal c) del artículo 4° de la ley en comento garantiza a toda persona: "*Al libre desarrollo de su persona, conforme a su identidad y expresión de género, permitiendo su mayor realización espiritual y material posible*".

A su vez, la doctrina de este Servicio contenida en Dictamen N°823/26 de 17.02.2017, ha concluido que: "(...) *cualquier trabajador o trabajadora que sea sujeto de una migración de género, tiene, como todos, el derecho a ser respetado en su autopercibida identidad de género, pudiendo la lesión de ésta resultar*

[1] Citado por Martínez Martínez, Pamela. "Informe en derecho respecto de la procedencia del fuero maternal a persona transgénero masculino embarazado". Diciembre 2021.p.3.

atentatoria a la dignidad, así como al derecho al trato igualitario y a otros derechos esenciales, lo cual deviene contrario al ordenamiento jurídico vigente".

Además, encontramos en la normativa laboral el inciso 4° del artículo 2° del Código del Trabajo, que señala como motivaciones de discriminación a las distinciones, exclusiones o preferencias basadas —entre otras—, en la identidad de género.

Las anteriores disposiciones normativas limitan, por lo demás, el ejercicio de las facultades con que cuenta el empleador según lo dispone el inciso 1° del artículo 5° del Código del Trabajo que señala: "*El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.*"

El derecho a la identidad de género, que ha sido ejercido en el caso planteado, descansa sobre el concepto de la dignidad humana que la Carta Fundamental consagra en el inciso 1° del artículo 1° al señalar que: "*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*".

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha destacado en su jurisprudencia que la dignidad humana es: "*la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardadas*"[2].

En armonía con lo anterior, la doctrina ha definido que el concepto de dignidad humana puede ser entendida como autonomía o como igualdad, concepciones que no son excluyentes[3]. Sin embargo, desde el punto de vista de la dignidad como autonomía: "(...) *la Constitución resalta la condición de agencia moral de los seres humanos y su posibilidad de discernimiento en el obrar y actuar. Se trata, en consecuencia, de una comprensión que remarca la idea de libertad, abarcando la idea occidental del libre albedrío. Los seres humanos, por lo tanto, son entes autónomos que merecen reconocimiento y protección jurídica en virtud de su posibilidad de optar racionalmente por su distinto proyecto de vida*"[4].

Luego de la anterior revisión normativa, corresponde referirse a la regulación que el Código del Trabajo, en el Título II del Libro II, dedica a la protección de la maternidad, paternidad y vida familiar. En este caso, el artículo 194 del Estatuto Laboral, otorga un amplio ámbito de aplicación. Los tres primeros incisos de tal norma legal establecen lo siguiente: "*La protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar se regirá por las disposiciones del presente título y quedan sujetos a ellas los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho*

---

[2] STC Rol N°389-03.
[3] García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo. "Diccionario Constitucional Chileno", Cuadernos del Tribunal Constitucional, N°55, Año N°2014, p. 396.
[4] Op. Cit.

público o privado. Las disposiciones anteriores comprenden las sucursales o dependencias de los establecimientos, empresas o servicios indicados. Estas disposiciones beneficiarán a todos los trabajadores que dependan de cualquier empleador, comprendidos aquellos que trabajan en su domicilio y, en general, a todos los que estén acogidos a algún sistema previsional".

De esta forma, no se observa un sesgo de la normativa que favorezca en forma exclusiva a la madre trabajadora. Por el contrario, se otorga una amplia protección que se extiende a todos los trabajadores sin exigir el cumplimiento de requisitos previos como la pertenencia a un género o estado civil determinado.

Por otra parte, la doctrina de este Servicio contenida en Dictamen N°4951/78 de 10.12.2014, al referirse al derecho a la sala cuna, destacó la importancia de interpretar la normativa en un sentido finalista. Señala tal pronunciamiento lo siguiente: "*Enseguida, dada la trascendencia de los fines perseguidos por las normas revisadas precedentemente, no cabe sino entender que el artículo 203 del Código del Trabajo, debe interpretarse en un sentido finalista que asegure tanto la debida protección del hijo menor de dos años, que concilie o haga compatible el trabajo con la vida familiar y personal y que permita a la madre trabajadora desarrollar su capacidad de tal. Al mismo tiempo, debe cumplir con el mandato constitucional de velar por el adecuado ejercicio de la seguridad social, considerando que la persona y los que de ella dependen se encuentran expuestos a contingencias sociales que requieren de protección y cuidado".*

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por el Estado de Chile en 1990, obliga en el N°1 del artículo 3° a que: "*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*". Asimismo, en el artículo 6° Ns°1 y 2 se consagra que: "1.*Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño*".

Por lo anterior es preciso concluir, que el ejercicio del derecho a la identidad y expresión de género, en este caso del trabajador transgénero masculino embarazado, en ningún caso puede significar una exclusión o disminución de las normas protectoras que consagra el Título II del Libro II del Código del Trabajo en favor de la maternidad, la paternidad y la vida familiar.

Esto se debe traducir en que el trabajador transgénero embarazado, tiene derecho a un descanso de maternidad pre y post natal, sala cuna, derecho a alimentar a hijos menores de 2 años, permiso postnatal parental, entre otros. También debe cumplirse la norma del artículo 202 del Código del Trabajo que, entre otras disposiciones, prohíbe realizar trabajos considerados por la autoridad como perjudiciales para la salud del trabajador transgénero embarazado. Por cierto, también concurre en su favor la protección que otorga el fuero maternal regulado en el artículo 201 del Código del Trabajo.

Finalmente, cabe precisar que la Ley Nº 21.400, no obstante entrar en vigor el 10.03.2022, introduce modificaciones en diversos cuerpos legales para regular,

en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo. En este sentido, incorpora en el nuevo Artículo 207 ter del Código del Trabajo que*: "Los derechos que correspondan a la madre trabajadora referidos a la protección a la maternidad regulados en este Título, serán aplicables a la madre o persona gestante, con independencia de su sexo registral por identidad de género. A su vez, los derechos que se otorgan al padre en el presente Título, también serán aplicables al progenitor no gestante".*

De esta manera, el tratamiento del caso particular está garantizado por la entrada en vigencia de la Ley N°21.400, que considera en forma específica la aplicación de las normas protectoras de la maternidad regulados en el Título II del Libro II del Estatuto Laboral a la madre o persona gestante con independencia de su sexo registral por identidad de género.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, disposiciones legales citadas y jurisprudencia administrativa aludida, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

El trabajador transgénero masculino en estado de embarazo tiene derecho a las garantías que otorgan todas las normas protectoras de la maternidad, paternidad y vida familiar reguladas en el Título II del Libro II del Código del Trabajo, resultando por tanto obligatorio para el empleador en el caso concreto proveer el mismo trato conferido a las trabajadoras mujeres en dicho estado.

Saluda atentamente a Ud.,

DIRECCIÓN DEL TRABAJO
26 ENE 2022
OFICINA DE PARTES

JUAN DAVID TERRAZAS PONCE
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

DIRECCION DEL TRABAJO
JEFE
DEPTO. JURIDICO

JDTP/LBP/AMF
Distribución:
- Jurídico
- Partes