



**Universidad de Chile**  
**Facultad de Derecho**  
**Departamento de Postgrado**

**APLICABILIDAD DEL FUERO MATERNAL A LAS DOCENTES  
CONTRATADAS (“A CONTRATA”) DEL SECTOR MUNICIPAL REGIDAS  
POR EL ESTATUTO DOCENTE. ANÁLISIS CRÍTICO**

**Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, con mención en  
Derecho Privado**

**CLAUDIA MARGARITA RODRIGO SILVA**

**Profesora Guía: María Eugenia Montt Retamales**

Santiago, 30 de marzo de 2016



## INDICE

<b>RESUMEN</b> .....	<b>vi</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO 1: PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN CHILE</b> .....	<b>8</b>
1.1. Nocións preliminares. Algunos antecedentes históricos sobre el fuero maternal.....	8
1.2. Normas de protección a la maternidad en Chile .....	11
1.3. Conceptualización fuero maternal .....	14
1.4. Conceptualización de bien jurídico .....	17
1.5. Bienes jurídicos protegidos mediante el fuero maternal .....	19
<b>CAPÍTULO 2. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SUBYACEN AL FUERO MATERNAL</b> .....	<b>25</b>
2.1. La maternidad y la vida del <i>nasciturus</i> .....	28
2.2. La igualdad ante la ley y la no discriminación .....	32
2.3. La seguridad social .....	36
2.4. El derecho al trabajo .....	38
2.5. El derecho a la salud.....	39
2.6. La familia.....	40
<b>CAPÍTULO 3: LEGISLACIÓN NACIONAL APLICABLE</b> .....	<b>45</b>
3.1. Constitución Política de la República .....	45

3.2. Normativa Ley N° 19.070 Estatuto de los Profesionales de la Educación .....	48
3.3. Decreto Supremo N° 453 de 1992 del Ministerio de Educación que Aprueba Reglamento de la Ley n° 19.070. ....	52
3.4. Código del Trabajo.....	53
3.5. Leyes de Titularidad Docente .....	55
3.6. Ley N° 20.903 que crea el Sistema de Desarrollo Profesional Docente .	58
<b>CAPÍTULO 4: JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL</b>	
<b>DOCENTES A CONTRATA CON FUERO MATERNAL .....</b>	<b>62</b>
4.1. Jurisprudencia Administrativa .....	64
4.1.1. Dirección del Trabajo.....	64
4.1.2. Jurisprudencia administrativa Contraloría General de la República.	68
4.2. Jurisprudencia judicial.....	71
4.3. Síntesis .....	108
<b>CAPITULO 5. LA SANA CRÍTICA: UNA PROPUESTA DE APLICACIÓN</b>	
<b>PROTECTORA DEL FUERO MATERNAL .....</b>	<b>110</b>
5.1. Los Conocimientos científicamente afianzados .....	113
5.2. Conocimientos científicos proporcionados por la Psicología y la Psiquiatría en relación con el problema del desempleo. ....	118
5.2.1. Psicología .....	118
5.2.2. Neuropsiquiatría .....	128

5.3. Conocimientos científicos proporcionados por la Psicología y la  
Psiquiatría en relación con la etapa de gestación, puerperio y lactancia (bien  
jurídico/derecho protegido: la familia como núcleo fundamental de la sociedad,  
derecho a la integridad psíquica de la mujer, derechos del niño) ..... 130

**CONCLUSIONES** ..... 137

**BIBLIOGRAFÍA** ..... 13744

## RESUMEN

En Chile, todas las trabajadoras son beneficiarias de las normas de protección a la maternidad, y de fuero maternal, sean trabajadoras del sector público o privado, siempre que se encuentren afiliadas a algún sistema previsional. Sin embargo, en la práctica a no todas las trabajadoras acogidas a algún sistema previsional les es respetado íntegramente este derecho. Entre ellas, están las docentes a contrata, regidas por el Estatuto Docente.

El propósito de esta investigación fue analizar críticamente cómo ha sido la aplicación que los operadores del Derecho han hecho de la institución del fuero maternal en este sector de profesionales de la educación, determinando si se otorga una eficiente protección a la maternidad, a la luz de los derechos fundamentales.

La investigación fue de tipo documental, de carácter teórico descriptivo y analítico, recurriéndose a fuentes secundarias de información, consistentes en libros, artículos científicos, legislación nacional e internacional, sentencias, y dictámenes. Se efectuó un análisis de tipo lógico deductivo, confrontando las evidencias presentadas en los antecedentes sobre el problema, con la pregunta de investigación, con el propósito de verificar la hipótesis, resultando ésta parcialmente verificada.

Los resultados arrojaron que los operadores del derecho han aplicado la institución del fuero maternal de manera parcial y vacilante. Sin embargo, arrojaron también que existen fundamentos jurídicos sólidos para una aplicabilidad protectora del fuero maternal, con base en la normativa de derechos fundamentales contenida en el “bloque de constitucionalidad”.

Por último, se elaboró una propuesta con base en la sana crítica, en los conocimientos científicos aportados por la Psicología y la Psiquiatría, en aras de una aplicabilidad del fuero maternal protectora de los derechos fundamentales.

## INTRODUCCIÓN

El fuero maternal es un derecho que ha sido definido como “una especial forma de protección que, el ordenamiento jurídico en general y el Código del Trabajo en particular, otorga a la mujer embarazada; con el objeto de evitar que sea despedida arbitrariamente, mientras dure su estado de gravidez y hasta un año después de expirado el respectivo descanso maternal”<sup>1</sup>.

Esta institución ha sido considerada elemental en un ordenamiento jurídico democrático, ya que permite el ejercicio del derecho al trabajo a la mujer en un periodo de especial necesidad, de embarazo y lactancia, resguardándola de posibles abusos o discriminaciones en su contra, y protegiendo bienes jurídicos dentro de los más preciados para una sociedad democrática. Así, los derechos fundamentales protegidos por el fuero maternal, son al menos, el derecho al trabajo, a la igualdad ante la ley y la no discriminación, a la seguridad social, y a la integridad psíquica, además de la protección del que está por nacer.

En Chile, las normas de protección a la maternidad se aplican a todas las trabajadoras, independientemente de quién sea su empleador, otorgando protección tanto a las dependientes del sector privado, como del sector público en general. Así, el Código del Trabajo prescribe en el artículo 194: “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 trabajadores de 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

---

<sup>1</sup> LIZAMA, Luis. 2003. Derecho del Trabajo. Santiago, Editorial Lexis Nexis, p. 219.

comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado”, y que “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”. No obstante, en la práctica ha ocurrido que diversos sectores de trabajadoras han sido excluidos en mayor o menor medida de la protección a la maternidad, en específico, de la protección que otorga el fuero maternal. Entre ellas, las docentes contratadas, esto es, bajo la modalidad “a contrata”.

La Ley N° 19.070, que regula el Estatuto de los Profesionales de la Educación, conocida como el Estatuto Docente, no regula el fuero maternal. Luego, y por expresa disposición del legislador, que como se indicó, hace extensivas las normas de protección a la maternidad a casi la totalidad de las trabajadoras, a las profesoras regidas por el Estatuto Docente se les aplicará las normas del Código del Trabajo, sean éstas profesoras titulares o profesoras a contrata. Sin embargo, dentro de aquellas que se encuentran en calidad de contratadas, o “a contrata”, se ha relativizado en mayor medida que en las docentes titulares –y que en las trabajadoras del sector privado-, el derecho a fuero maternal. Y es que el problema de inestabilidad laboral que se presenta en general para los docentes a contrata, se presenta también, y de manera más grave, para la docente a contrata en estado de embarazo o lactancia.

La razón corresponde a una elaboración y desarrollo jurisprudencial que ha atendido a diferentes criterios interpretativos de la normativa aplicable por parte de los operadores del derecho, existiendo jurisprudencia que ha otorgado una aplicación restrictiva a la norma que consagra el fuero maternal contenida en el artículo 201 del Código del Trabajo, relativizando la aplicación supletoria que

tiene el Código del Trabajo en el Estatuto Docente<sup>2</sup>, sosteniendo que el fuero se termina *ipso jure* con el término de la contrata. Y en definitiva, relegando a la docente a contrata de su derecho a fuero maternal.

Por otro lado, la doctrina laboralista de manera incipiente ha venido planteando diversas problemáticas que conlleva la aplicación del Estatuto Docente en general, como el problema de los profesionales a contrata<sup>3</sup>, los derechos colectivos<sup>4</sup>, y el concepto de “trabajo precario”<sup>5</sup>. Sin embargo, no se ha realizado una investigación específica respecto de la problemática de las profesionales de la educación a contrata sujetas a fuero maternal.

Asimismo, el 1° de abril de 2016 se publicó la Ley N° 20.903 que crea el Sistema de Desarrollo Profesional Docente; sin embargo, la normativa referida a la dotación docente y la modalidad “a contrata” no fue modificada, manteniéndose vigente el problema de inestabilidad/precariedad laboral que experimentan los profesionales a contrata, y en específico, el problema de las docentes a contrata sujetas a fuero maternal.

Tal vez los principales debates dogmáticos sobre la aplicabilidad del fuero maternal a las profesionales de la educación a contrata están contenidos en la diversa jurisprudencia existente, administrativa –Dirección del Trabajo y

---

<sup>2</sup> De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 19.070 que regula el Estatuto de los Profesionales de la Educación.

<sup>3</sup> Ver ZARATE, Miguel. 2012. Estatuto Docente. Indemnizaciones para Profesores Contratados del Sector Municipal. Santiago, Ed. Legal Publishing.

<sup>4</sup> Ver ZARATE, Miguel. La huelga en la Administración del Estado. El caso de los profesionales de la educación del sector municipal. En: *Estudios Laborales* N° 9, pp. 217-243, Ed. Legal Publishing, Chile, 2013.

<sup>5</sup> Ver QUIROZ, Felipe. La precariedad del contrato laboral de los profesionales de la educación en el sector municipal. En: *Estudios Laborales* N° 6, pp. 93-112, Ed. Legal Publishing, Chile, 2012.

Contraloría General de la República-, y judicial –Tribunales del Trabajo, Cortes de Apelaciones, Corte Suprema-.

**Surge así la siguiente interrogante: ¿Es el fuero maternal una institución que haya sido aplicada por los operadores del derecho de manera eficaz, para la protección de la maternidad y los derechos fundamentales de las trabajadoras profesionales de la educación a contrata regidas por el Estatuto Docente?**

La hipótesis que se sostiene es negativa. Es decir, que la aplicación que los operadores jurídicos han dado al fuero maternal respecto de las mujeres profesionales de la educación a contrata, regidas por el Estatuto Docente, ha implicado una deficiente protección a la maternidad y a los derechos fundamentales de este sector de trabajadoras.

Considerando que los profesionales de la educación a contrata son un sector numérico amplio y creciente<sup>6</sup> -que hasta antes de la Ley de Titularidad Ley N° 20.804 en el año 2014 correspondían al 50% de los docentes regidos por el Estatuto Docente<sup>7</sup>-, que con la reforma de la Ley 20.903 que crea el Sistema de Desarrollo Profesional Docente va a seguir existiendo la modalidad “a contrata”-, y que el 72% de los profesionales de la educación son mujeres<sup>8</sup>, el respeto (o no) del fuero maternal de las profesionales a contrata corresponde a un problema jurídico que afecta a un sector importante de trabajadoras, y que

---

<sup>6</sup> De acuerdo a las Estadísticas de Educación del MINEDUC, al año 2012 existían 200.659 docentes en el país, de los cuales el 44,2% pertenece a colegios municipales, el 45,6% a colegios subvencionados, y el los restantes, a colegios particulares. Ver <<http://unicef.cl/web/educacion/>>

<sup>7</sup> De acuerdo a cifras del Informe de la BCN “Evolución de Dotación Docente Municipal a Contrata. Período 2003-2013. Actualización”. [En línea] <[http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/20936/5/BCN\\_Estimacion%202003\\_%202013%20docentes%20a%20contrata%20sector%20municipal\\_Actualizacion%20\\_2\\_v3.pdf](http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/20936/5/BCN_Estimacion%202003_%202013%20docentes%20a%20contrata%20sector%20municipal_Actualizacion%20_2_v3.pdf)> [consulta: 10 de marzo de 2016]

<sup>8</sup> *Ibíd.*

es necesario abordar, con el fin último de esbozar la interpretación que garantice en la mayor medida posible la protección de los derechos fundamentales de este sector de trabajadoras.

El propósito de esta investigación es entonces analizar críticamente cómo ha sido la aplicación que los operadores del Derecho han hecho de la institución del fuero maternal en las profesionales de la educación a contrata regidas por el Estatuto Docente, determinando si se otorga una eficiente protección a la maternidad de este sector de trabajadoras, a la luz de los derechos fundamentales, para finalizar con una propuesta en aras de una aplicabilidad protectora de estos derechos.

Esta investigación abordará el problema jurídico desde una perspectiva multidisciplinar. En primer término, se analizará la institución del fuero maternal, los bienes jurídicos protegidos, su especificidad en el Estatuto Docente, y su aplicabilidad de acuerdo a las tendencias existentes en la jurisprudencia administrativa y judicial. Se revisará la legislación nacional sobre la materia, e internacional de derechos humanos, y las distintas posiciones doctrinales existentes dentro de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, revisión que permitirá comprobar o refutar la hipótesis de investigación. Por último, para una propuesta dogmática *pro operario*, se analizará la institución de la sana crítica, con énfasis en los conocimientos científicos que han aportado las ciencias sociales, en especial aquellos que aporta la Psicología y la Psiquiatría, en relación con los efectos psicosociales desempleo, y con posibles consecuencias derivadas del complejo proceso de gestación, puerperio y lactancia, para comprender las graves consecuencias que puede acarrear la pérdida del trabajo en este período de especial necesidad. Así, a partir de estos conocimientos científicos existentes, se tendrá un sustrato para comprender la magnitud del problema de afectación de derechos fundamentales. En el fondo, aportando elementos para la consecución de

decisiones judiciales que apliquen en una mayor medida las reglas de la sana crítica, contribuyendo en alguna medida en la defensa de los bienes jurídicos y derechos fundamentales de las trabajadoras profesionales de la educación regidas por el Estatuto Docente.

Respecto del diseño y tipo de investigación, ella es de carácter teórico, ya que la fuente de información proviene de conocimientos teóricos o literatura existente, y no de la recogida de datos empíricos, y es de tipo documental, por cuanto la conceptualización e identificación del problema, la hipótesis, y el proceso investigativo se hizo a partir de la información obtenida en documentos, consistentes en jurisprudencia, doctrina, legislación y artículos científicos como principales fuentes bibliográficas.

Asimismo, corresponde a una investigación aplicada, ya que tiene por finalidad, utilizando las fuentes y conocimientos existentes, mejorar o resolver el problema planteado, y de tipo *post facto* dado que el fenómeno investigado ha sido advertido, y en vista de su existencia es que se inició este estudio.

En cuanto a los niveles de investigación, se identifica un estudio teórico-descriptivo y analítico, por cuanto se profundiza en los elementos característicos del objeto de investigación, y se realiza un análisis sistemático del mismo.

Respecto de los instrumentos, se recurrió a fuentes secundarias de antecedentes en relación con el tema investigado. Las fuentes secundarias de interés versaron sobre los temas: bienes jurídicos, derechos fundamentales, estatuto docente, derecho interno, derecho internacional, sana crítica, y por último, psicología y psiquiatría referida a los efectos psicosociales que acarrea el desempleo. El procedimiento consistió en la revisión sistemática de la literatura, mediante la técnica del fichaje, resumen y toma de notas.

Por último, se efectuó un análisis de tipo lógico deductivo, confrontando las evidencias presentadas en los antecedentes sobre el problema, con la pregunta de investigación, con el propósito de verificar la hipótesis, resultando ésta parcialmente verificada.

## **CAPÍTULO 1: PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN CHILE**

### **1.1. Nociones preliminares. Algunos antecedentes históricos sobre el fuero maternal**

En Chile las normas de protección a la maternidad -así como otras normas de derecho individual y colectivo-, tuvieron una regulación legal antes de la dictación del primer Código del Trabajo<sup>9</sup> en 1931. Eran las llamadas “leyes sociales”<sup>10</sup>, en un contexto nacional de auge de la “cuestión social”. En relación con la protección a la maternidad y al fuero maternal, se puede mencionar la Ley N° 3.185 de 1917 sobre salas cunas, la Ley N° 4.053 de 1925 sobre contrato de trabajo de obreros, la Ley N° 4.054, que estableció el seguro de enfermedad para el sector obrero, y el DL 442 de 1925. Específicamente en relación con el fuero maternal, la Ley N° 4.053 estableció la prohibición de trabajar a la mujer embarazada 40 días antes del parto y 20 días después del mismo, debiendo el patrón reservarle el puesto de trabajo, la Ley N° 4.054, que comprendía también dentro del seguro, a las enfermedades provocadas por causa de la maternidad, y el DL N° 442, que reguló específicamente la protección a la maternidad obrera y salas cuna, que determinó el pago de un subsidio a la trabajadora correspondiente al 50% de su salario durante el

---

<sup>9</sup> En adelante, también CdT.

<sup>10</sup> Se puede mencionar la Ley N° 2.951 de 25 de noviembre de 1917 sobre Sillas; la Ley N° 3.321 de 25 de noviembre de 1917 sobre Descanso Dominical; la Ley N° 3.915 de 9 de febrero de 1923, sobre Peso de los Sacos de Carguío por Fuerzas del Hombre; la Ley N° 4.053 de 29 de septiembre de 1924 sobre Contrato de Trabajo; la Ley N° 4.055 de 8 de septiembre de 1924, sobre Accidentes del Trabajo; la Ley N° 4.057 de 29 de septiembre de 1924 sobre Organización Sindical; el Decreto-Ley N° 24, de 4 de octubre de 1924, modificado por el Decreto-Ley N° 272 de 1925 sobre Trabajo Nocturno en las Panaderías.

período que hoy se conoce como pre natal, y confirma la obligación del patrón de reservarle el puesto de trabajo.

El 13 de mayo de 1931 se promulga el DFL N° 178, que refunde y sistematiza las leyes del trabajo en el Código del Trabajo, ubicando las normas de protección a la maternidad en el Libro II “De la Protección de los Obreros y Empleados en el Trabajo”, Título III “De la Protección a las Madres Obreras”. En las disposiciones generales de este título se regula de manera amplia esta protección, quedando sujetos a la normativa “todos los establecimientos o empresas industriales o comerciales, sean de propiedad fiscal, municipal o particular, o pertenezcan a una corporación de derecho público o privado”<sup>11</sup>.

Respecto de la protección a la maternidad, se aumenta el período de descanso de maternidad, fijándose en seis semanas antes y seis semanas después del alumbramiento, señalándose expresamente que durante este período, “el patrón o empresario estará obligado, no obstante cualquiera estipulación en contrario, a reservar el puesto de la obrera embarazada”<sup>12</sup>. Es decir, se establece el derecho a fuero maternal durante el período de descanso de maternidad.

Asimismo, en relación con el fuero maternal, otra disposición señala: “El patrón no podrá, sin causa justa, despedir a la mujer embarazada. No se entenderá que es justa causa el menor rendimiento para el trabajo, en razón del embarazo. Se entenderá por justa causa, cualquiera de las causales de expiración enumeradas en artículo 9 de este Texto, con excepción de las señaladas en los números 1, 2 y 4”<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Artículo 307.

<sup>12</sup> Artículo 310.

<sup>13</sup> Artículo 311.

Y a su vez, el artículo 9, que regula la terminación del contrato de trabajo en general, dispone: “El contrato de trabajo termina: 1° Por expiración del plazo; 2° Por conclusión del trabajo o servicios que dieron origen al contrato; 3° Por fuerza mayor o caso fortuito; 4° Por voluntad de una de las partes, en conformidad con el artículo 10; 5° Por muerte del obrero; 6° Por falta de probidad, vicios de hecho, injurias o conducta inmoral grave, debidamente comprobada, de cualquiera de las partes; 7° Por perjuicio material causado intencionalmente en las máquinas, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías; 8° Por actos, omisiones e imprudencias temerarias, que afecten a la seguridad del establecimiento o de los obreros o a la salud de éstos; 9° Por faltas graves a las obligaciones que impone el contrato; 10° Por no concurrir el obrero al trabajo, sin causa justificada, durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; y 11° Por abandono del trabajo por parte del obrero<sup>14</sup>.

Es decir, la legislación sobre protección a la maternidad no permitía el despido durante el período de fuero maternal. En definitiva, el espíritu de la ley al momento de regular la protección a la maternidad fue, precisamente, la protección a la maternidad, sin hacer distinciones respecto de los contratos a plazo fijo o por obra o faena, considerando como justa causa únicamente las causales subjetivas o de caducidad imputables al trabajador, que hoy están reguladas en el artículo 160 del Código del Trabajo, con la sola excepción de la causal de caso fortuito o fuerza mayor, que está en el artículo 159.

---

<sup>14</sup> Luego, el numeral establece qué se entiende por abandono del trabajo, en una redacción idéntica a la que está en el actual Código del Trabajo.

Recién en 1978, paradójicamente en fecha primero de mayo, se promulga el D.L. 2.200<sup>15</sup>, como parte de las políticas flexibilizadoras de las relaciones laborales en el marco del denominado “Plan Laboral”, que modifica el contenido de la norma del fuero<sup>16</sup>, permitiéndose el desafuero también en los casos de contratos a plazo fijo o por obra o faena como ocurre actualmente, de acuerdo al tenor literal del artículo 174 del CdT.

## **1.2. Normas de protección a la maternidad en Chile**

La protección a la maternidad es una cuestión imperativa en una sociedad democrática, no únicamente porque la familia es su núcleo fundamental de acuerdo a lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución Política de la República, sino por la totalidad de los bienes jurídicos que subyacen a la protección a la maternidad, y de los derechos fundamentales involucrados.

La normativa sobre protección a la maternidad se encuentra contenida esencialmente en el Código del Trabajo, en el Libro II “De la Protección a los Trabajadores”, Título II “De la Protección a la Maternidad, Paternidad y Vida Familiar”<sup>17</sup>, no obstante abarcar a las trabajadoras y trabajadores de manera amplísima<sup>18</sup>, independientemente de quién sea su empleador, otorgando protección tanto a las dependientes del sector privado, como del sector público

---

<sup>15</sup> Que fija normas relativas al contrato de trabajo y a la protección de los trabajadores.

<sup>16</sup> Ver artículo 100 del DL 2200 que establecía el derecho a fuero maternal, en relación con el artículo 22 que regulaba el fuero, y el artículo 13 letras b) y c), que fijaba las causales de término de la relación laboral de vencimiento del plazo o conclusión del trabajo que originó el contrato, respectivamente.

<sup>17</sup> La Ley N° 20.764, publicada en el D.O. el 18.07.14, sustituyó el epígrafe de este título, anteriormente “De las normas de protección a la maternidad”.

<sup>18</sup> La única exclusión, bajo el supuesto de estar acogido a algún sistema previsional, está dada por las trabajadoras de servicios transitorios, que gozan de fuero maternal únicamente hasta el término del servicio en la empresa usuaria, cesando de pleno derecho, de acuerdo a la norma contenida en el artículo 183-AE del Código del Trabajo.

en general, asalariadas o independientes, incluidas aquellas que trabajan en su domicilio.

El artículo 194 dispone: “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 trabajadores de 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 público o privado”, y que “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”. El único requisito que la norma exige entonces, es estar acogido a algún sistema previsional.

Dentro de los derechos consagrados se puede mencionar el pre y postnatal, el pago de subsidios en dicho período, el derecho de amamantar al hijo menor de dos años y el pago de los pasajes de ida y regreso para tales efectos, el permiso y subsidio en caso de enfermedad grave de hijos menores de un año, la prohibición de determinados trabajos peligrosos durante el embarazo, y el derecho a sala cuna para empresas con veinte trabajadoras o más, hasta que el menor tenga dos años de edad. Además, se puede señalar las normas tendientes a evitar la discriminación por razón de sexo, tales como la prohibición de condicionar la contratación o la permanencia de contrato a la ausencia de embarazo, no pudiendo exigirse exámenes ni certificados médicos para dichos efectos; y, el derecho a fuero maternal.

El fuero maternal está normado en artículo 201 del Código del Trabajo, otorgando estabilidad en el empleo a partir de la concepción y hasta un año después de expirado el descanso de postnatal<sup>19</sup>, es decir, un año y 84 días después del parto. En este caso, el empleador sólo puede desvincular a la trabajadora aforada por las causales de vencimiento del plazo o conclusión de la obra que dieron origen al contrato –art. 159 n° 4 y 5 Código del Trabajo-, o por las causales de terminación -conocidas en doctrina como causales de caducidad- imputables a la trabajadora, contenidas en el artículo 160 del Código del Trabajo, previa autorización judicial de acuerdo a lo prescrito el artículo 174 del mismo Código. Vale decir, para poder desvincular a la trabajadora el empleador debe demandar el desafuero<sup>20</sup>.

Cabe agregar tres normas especiales: en caso de fallecimiento de la madre en el parto, o durante el descanso de postnatal, el padre del hijo asumirá dicho permiso de descanso postnatal o lo que reste del mismo, y gozará del fuero establecido en el artículo 201<sup>21</sup>; en caso de adopciones, o en que se confiera el cuidado personal al padre o madre, el padre o madre gozará de un año de fuero contado desde la sentencia que otorga el cuidado del menor<sup>22</sup>; y 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, por un período máximo de tres meses<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Para el cómputo de este período, la normativa excluye el permiso postnatal parental, considerándose el período postnatal establecido en el artículo 195 del CdT.

<sup>20</sup> En cuanto al procedimiento aplicable, existe una discusión, referida a la utilización del procedimiento ordinario, o bien, al procedimiento monitorio. La jurisprudencia mayoritaria ha considerado la procedencia de la tramitación bajo las reglas del procedimiento ordinario.

<sup>21</sup> Artículo 195 inciso tercero Código del Trabajo

<sup>22</sup> Artículo 201 inciso segundo Código del Trabajo, incorporado por la Ley 19.670, de 15 de abril de 2000.

<sup>23</sup> Artículo 201 CdT.

En esta materia Chile tiene una de las legislaciones más avanzadas de la región<sup>24</sup>, estatuyendo para el término de fuero o inamovilidad un período superior a la mayoría de los países de Centro y Sur América<sup>25</sup>. El único caso en que el legislador ha restringido el fuero maternal, es el caso de trabajadoras de servicios transitorios, quienes tienen derecho a fuero maternal únicamente mientras prestan servicios para la empresa usuaria<sup>26</sup>.

### **1.3. Conceptualización fuero maternal**

El fuero maternal es una figura que no ha sido definida por el legislador, y puede ser conceptualizada de distintas maneras: como un derecho de la mujer en determinadas circunstancias, como una institución que tiene especiales características y regulación, o bien, como un término procesal del que dependen o se condicionan efectos jurídicos especiales, derivados de la inamovilidad en el empleo.

---

<sup>24</sup> A pesar de ello, cabe señalar que de acuerdo a Comité CEDAW, sólo un tercio de las mujeres tiene acceso a tales beneficios. Ver Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2011. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, p. 157.

<sup>25</sup> En Argentina, el fuero es de 7,5 meses antes o después del parto; en Bolivia y en la República Bolivariana de Venezuela es desde el embarazo y hasta un año contado desde el nacimiento; en Brasil, desde el embarazo y hasta cinco meses después del nacimiento; en Colombia y Costa Rica es desde el embarazo y hasta tres meses después del nacimiento; en Ecuador, es de dos semanas anteriores y diez posteriores al parto; en Perú, desde el embarazo y hasta noventa días posteriores al parto; en República Dominicana el fuero maternal es desde el embarazo y hasta seis meses después del parto; en Uruguay no existe un período especificado por la ley, pero la jurisprudencia ha entendido que es desde el embarazo y seis meses a partir del reintegro de la trabajadora. En Paraguay y en el Salvador, el fuero es desde el embarazo y por el período de licencia postnatal -que es de 6 semanas después del parto, y se puede extender por todo lo indispensable; en Nicaragua, el fuero se extiende desde el embarazo y por el período de licencia de postnatal – ocho semanas posteriores al parto-. Ver “Trabajo y Familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social”, OIT-PNUD, 2º ed., Ginebra, 2009, págs. 89 y 92.

<sup>26</sup> De acuerdo a la norma contenida en el artículo 183-AE del Código del Trabajo.

Macchiavello ha definido al fuero como “una medida de protección para los trabajadores que se encuentran en situaciones especiales, que les impide cumplir sus deberes contractuales en forma normal, y estando en situación de vulnerabilidad, se le protege con la conservación del cargo o puesto; la suspensión del derecho del empleador de terminar el contrato; la exigencia de obtener una autorización judicial previa para despedir; la anulación de los despidos de hecho; la reincorporación imperativa y retribuida del trabajador despedido”<sup>27</sup>.

Riquelme ha conceptualizado al fuero maternal como “una forma de protección establecida por la ley para ciertos trabajadores y trabajadoras que están en un especial estado de vulnerabilidad. Consiste fundamentalmente en que no podrán ser despedidos, por alguna de las causales que dispone la ley, sin una previa autorización judicial”<sup>28</sup>.

Lizama lo entiende como “una especial forma de protección que, el ordenamiento jurídico en general y el Código del Trabajo en particular, otorga a la mujer embarazada; con el objeto de evitar que sea despedida arbitrariamente, mientras dure su estado de gravidez y hasta un año después de expirado el respectivo descanso maternal”<sup>29</sup>.

Por su parte, Ansoleaga, ha señalado que “El fuero o inamovilidad laboral es la institución protectora que impide el despido o cambio de condiciones laborales de una trabajadora por encontrarse embarazada, como la reducción horaria o que menoscaben su condición o la desfavorezcan y que se extiende

---

<sup>27</sup> Citado por CAAMAÑO, Eduardo. *Mujer, Trabajo y Derecho*. Santiago, Ed. Legalpublishing, 2011, p. 87.

<sup>28</sup> RIQUELME, Verónica. 2011. *La Maternidad Castigada. Discriminación y malos tratos*. Aportes al Debate Laboral N° 25. Santiago, Dirección del Trabajo, p. 31.

<sup>29</sup> LIZAMA, L. 2003. *Derecho del Trabajo*. Santiago, Editorial Lexis Nexis, p. 219.

por un año desde el momento desde que la mujer está embarazada hasta un año desde expirado la licencia de maternidad. El despido requiere de una autorización judicial a través de un juicio de desafuero, y si ha mediado despido la justicia lo puede declarar nulo”<sup>30</sup>.

De acuerdo a la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, fuero maternal es “una forma de protección que tiene por objeto mantener el empleo de la mujer embarazada, para que esta tenga asegurado el origen de sus ingresos y pueda alimentar y criar a su hijo durante el lapso de un año”<sup>31</sup>.

Caamaño, sin entregar una definición del fuero maternal, ha señalado que “El fuero maternal es, sin duda alguna, una de las instituciones más importantes para asegurar una adecuada protección a la maternidad, representando un derecho de gran significación para la madre trabajadora, ya que su finalidad es asegurar que la trabajadora pueda conservar su puesto de trabajo durante un período de tiempo previsto por la ley, reconociéndole estabilidad en su empleo y, sobre todo, garantizándole que contará con ingresos que le hagan posible la manutención y crianza de su hijo”<sup>32</sup>.

El común denominador de estas definiciones y conceptualización es la protección a la trabajadora embarazada, o a la maternidad, en plena armonía con el principio protector, principio rector del Derecho Individual del Trabajo.

---

<sup>30</sup> ANSOLEAGA, Elisa, *et. al.* Mujer, Trabajo, Maternidad, Salud. Tensiones no Resueltas del Siglo XX y Propuestas para el Bicentenario. 2011. Santiago, Universidad Diego Portales, p. 69.

<sup>31</sup> Definición que entrega Gabriela Lanata, atendiendo al dictamen de la Dirección del Trabajo N° 3.143 de 1985. Ver LANATA Gabriela. 2006. Contrato Individual de trabajo. Primera edición, Santiago, Editorial Lexis Nexis, Noviembre, p. 265.

<sup>32</sup> CAAMAÑO, Eduardo. 2011. Mujer, Trabajo y Derecho. Santiago, Ed. Legalpublishing, p. 87.

#### 1.4. Conceptualización de bien jurídico

El concepto de bien jurídico ha sido desarrollado fundamentalmente por la doctrina penalista, dada la relevancia del concepto para el Derecho Penal, por el objeto mismo de esta rama del derecho, en que su fundamento está constituido por la lesión a un bien jurídico como un supuesto de punibilidad.

Así, Muñoz Conde ha definido bien jurídico como “aquellos presupuestos que las personas necesitan para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social...”<sup>33</sup>.

Von Litz ha sostenido que “todos los bienes jurídicos son intereses vitales, intereses de los individuos, o de la comunidad: Los intereses no los crea el ordenamiento jurídico, sino la vida, pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico”<sup>34</sup>.

De manera sucinta, Bacigalupo lo ha definido como “el interés protegido jurídicamente”<sup>35</sup>, y Bustos, como “una síntesis normativa determinada de una relación concreta y dialéctica”<sup>36</sup>.

Etcheberry ha señalado que “el bien pasa a ser llamado bien jurídico cuando el interés de su titular es reconocido como social o moralmente valioso por el legislador, que le brinda su protección prohibiendo las conductas que lo lesionan”<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> MUÑOZ Conde, Francisco. 2010. Derecho Penal. Parte General. Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, p. 59.

<sup>34</sup> Citado por BACIGALUPO, Enrique. 1996. Manual de Derecho Penal. Bogotá, Ed. Temis, p. 9.

<sup>35</sup> BACIGALUPO, Enrique. 1996. Manual de Derecho Penal. Bogotá, Ed. Temis, p. 9.

<sup>36</sup> BUSTOS, Juan. 1989. Manual de Derecho Penal Parte General. Barcelona, Ed. Ariel, p. 55.

<sup>37</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. 1998. Derecho Penal Parte General Tomo I. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, Tercera Edición, p. 29.

Roxin considera al bien jurídico en términos siguientes: “Bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema...”<sup>38</sup>, y que “del concepto de bien jurídico no se desprende nada que no se pudiera derivar ya de los cometidos del Estado y de los derechos fundamentales aun sin tal concepto; pero el mismo anuda los múltiples resultados de aquéllos...”<sup>39</sup>, apuntando que esta definición “es ciertamente de tipo normativo; pero no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico”<sup>40</sup>.

Por último, resulta interesante considerar la doctrina de Hormazábal, quien destaca el origen social del bien jurídico. De manera sucinta, lo define como “una relación social concreta de carácter sintético normativo y sintético social”<sup>41</sup>, es decir, una relación social concreta protegida por la norma, y como “una expresión a nivel normativo de una estructura social democrática”. Continúa el autor: “Desde luego, no puede ponerse en duda la protección de ciertas relaciones sociales concretas cuando están directa o indirectamente vinculadas a la satisfacción de necesidades existenciales. Dentro de esta categoría estarían incluidos la libertad, la vida, la salud y la seguridad”<sup>42</sup>.

Este autor concluye su conceptualización de bien jurídico como protección de la relación social, a partir del concepto de necesidad humana: “En todo caso, es el concepto general de necesidad humana el básico a partir del cual hay que determinar la necesidad de protección de los bienes jurídicos. La Constitución

---

<sup>38</sup> ROXIN, Claus. 1997. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Madrid, Ed. Civitas, p. 55.

<sup>39</sup> *Ibíd*, p. 57.

<sup>40</sup> *Ibíd*.

<sup>41</sup> HORMAZÁBAL, Hernán. 1992. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. Ed. Jurídica Conosur, p. 152.

<sup>42</sup> *Ibíd*, p. 163.

desde este punto de vista aparece como un texto rico en cuanto continente de necesidades y de orientación. Sin embargo, discrepando de las teorías constitucionales, no puede esperarse de la Constitución otra cosa que orientación para el establecimiento de los bienes jurídicos, pero desde el concepto más amplio y general del de necesidad humana<sup>43</sup>.

Tomando los elementos esbozados por esta doctrina, se cuenta con un marco contextual elemental, para precisar desde el punto de vista axiológico la importancia del problema objeto de estudio, del cual destaca la idea de “necesidad humana” postulada por Hormazábal, que entrega una perspectiva que realiza un tránsito desde la norma hasta la realidad social, similar a la idea de “intereses vitales” que plantea Von Litz, creados por la vida misma. Es que los bienes jurídicos que protege la legislación, y en primer término, la Constitución Política de la República, no son sino necesidades humanas existenciales, o intereses vitales.

### **1.5. Bienes jurídicos protegidos mediante el fuero maternal**

El fuero maternal es una institución que corresponde a normativa de orden público, que en último término, ha sido creada como se ha señalado, para resguardar *necesidades humanas*<sup>44</sup>, atendiendo a *finalidades constitucionales*<sup>45</sup> de las cuales se derivan bienes jurídicos de la máxima relevancia, velando por el respeto de derechos fundamentales de las trabajadoras. Y en específico, para el objeto de estudio, para el respeto de derechos fundamentales de las profesionales de la educación a contrata regidas por el Estatuto Docente.

---

<sup>43</sup> *Ibíd*, p. 167.

<sup>44</sup> Empleando el término utilizado por HORMAZABAL, en su obra citada.

<sup>45</sup> Empleando el término utilizado por ROXIN en su obra citada.

A su vez, como se ha dicho, el fuero maternal “reviste especial importancia ya que posibilita el ejercicio de los demás derechos consagrados en favor de la maternidad y paternidad, constituyéndose en una garantía para el ejercicio efectivo de estos”<sup>46</sup>, siendo una “institución clave que permite la invocación de los demás derechos reconocidos y la que en definitiva asegura la protección a la maternidad”<sup>47</sup>, como lo son los derechos de descanso pre y post natal, el uso de licencias en casos de enfermedad del hijo menor de un año y de 18 años, el derecho de alimentación, y demás derechos especiales señalados en el Título II del Libro II del Código del Trabajo.

En específico, dentro de los bienes jurídicos protegidos, se ha señalado “la mantención de la fuente de ingresos, la salud y vida de la trabajadora embarazada, junto con la salud, vida y desarrollo del hijo/a que está por nacer o recién nacido”<sup>48</sup>, que “este derecho persigue garantizar la estabilidad laboral de la mujer trabajadora durante el período mencionado, con vistas a asegurarle los medios económicos para hacer frente a los gastos derivados de la maternidad y del cuidado de sus hijos”<sup>49</sup>, que “la estabilidad laboral garantizada por el fuero busca asegurar los ingresos económicos de la trabajadora, que le permitirán la mantención económica de su hijo/a y de ella misma”<sup>50</sup>, y en el mismo sentido, que el fuero “tiene por objeto mantener el empleo de la mujer para que ésta tenga asegurado el origen de sus ingresos y pueda alimentar y criar a su hijo durante el lapso de un año”<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> VARAS, Karla. 2009. Protección a la Maternidad, una Cuestión de Fondo. [En Línea] P. 3. Disponible en: < <http://www.escuelasindical.org/blog/wp-content/uploads/Desafuero-Maternal-y-Procedimiento-Monitorio.pdf> > [Consulta: 1-12-2014]

<sup>47</sup> HENRÍQUEZ H. citado en RIQUELME, Verónica. Ob. cit., p. 31.

<sup>48</sup> VARAS, Karla. Ob. cit., p. 8-9.

<sup>49</sup> CAAMAÑO, Eduardo. 2009. Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIII, p. 197.

<sup>50</sup> RIQUELME, Verónica. Ob. cit., p. 31.

<sup>51</sup> Dirección del Trabajo, Dictamen 3.143 de 27 de mayo de 1985, citado en LANATA, Gabriela. Ob. cit., p. 265.

Luego, se sostiene que los bienes jurídicos protegidos por el fuero maternal son, además de la maternidad y el trabajo o la estabilidad en el empleo, la vida, la igualdad ante la ley y la no discriminación, la integridad psíquica, y la salud y seguridad social. Esto es, se trata de derechos humanos, fundamentales, o esenciales. Además, el fuero maternal protege la familia, bien jurídico supremo que es el núcleo fundamental de la sociedad. A continuación se revisará de manera sucinta cada uno de ellos.

#### I. La maternidad (artículo 1º CPR)

En primer lugar, en términos generales, y *prima facie*, el fuero maternal protege la maternidad. Ergo, como es lógico, las normas que regulan el fuero maternal se encuentran en el Título II del Libro II del Código del Trabajo, titulado “De la Protección a la Maternidad, Paternidad y Vida Familiar”<sup>52</sup>.

#### II. El trabajo o estabilidad en el empleo (artículo 19 n° 16 CPR)

En segundo término, el fuero maternal protege la estabilidad en el empleo, dada por la inamovilidad del puesto de trabajo por el período de un año desde que finaliza el descanso de postnatal. Concretamente, la inamovilidad o estabilidad en el empleo que otorga el fuero maternal permite, por un lado, el real ejercicio del derecho al trabajo, y por otro lado, como se señaló, asegura que puedan verificarse parte importante de las restantes normas la protección a la maternidad.

#### III. Derecho a la vida, a la salud, y a la seguridad social (artículos 19 n°1, 19 n° 9 y 19 n° 18 CPR)

---

<sup>52</sup> La Ley N° 20.764, publicada en el D.O. el 18.07.14, sustituyó el epígrafe de este título, anteriormente titulado “De las normas de protección a la maternidad”.

En tercer lugar, el fuero maternal vela por el derecho a la vida, a la salud del que está por nacer, del lactante y de la madre trabajadora, y a la seguridad social de ambos, ya que al tener inamovilidad laboral, se garantiza los derechos a descanso maternal prenatal y post natal con el correspondiente subsidio; a su vez, se asegura la posibilidad material de controles de salud de la madre y del hijo, la alimentación del lactante de acuerdo a la prescripción médica, y el apego del lactante.

#### IV. Derecho a la integridad psíquica (artículo 19 n°1 CPR)

El fuero maternal garantiza el derecho de la integridad psíquica de la mujer. Ello, por cuanto tener un trabajo estable y una remuneración asegurada es fundamental para la estabilidad material y emocional<sup>53</sup>. Como se ha dicho, el trabajo es para la mayoría de las personas, “un bien por derecho propio, independientemente de los ingresos que genere. Es un bien por tres razones distintas: por proporcionar al individuo una base para respetarse a sí mismo, por ofrecer una fuente de estructura y orden en la vida cotidiana, y por servir como un vehículo para la autorrealización”<sup>54</sup> y que “además de la familia, el trabajo es la fuente más importante de significado y de estructura en la vida”<sup>55</sup>. Y como se ha estudiado latamente, y se analizará en el último capítulo, la cesantía o el desempleo es un factor que afecta de manera directa y negativa sobre la salud mental de las personas.

#### V. Igualdad ante la ley y no discriminación (art. 19 n° 2 CPR)

---

<sup>53</sup> Este tópico se analiza en profundidad en el Capítulo V.

<sup>54</sup> ELSTER, Jon. 2003. Desempleo y Justicia Local. *Revista Internacional de Sociología (SIS)*, Tercera Época, n° 34, Enero-Abril 2003, p. 170.

<sup>55</sup> *Ibíd*, p. 184.

Discriminar es alterar la igualdad, violar o incumplir los derechos de una persona sobre la base de consideraciones personales. Con el agravante de que, en el caso de la discriminación por maternidad, derivan de una condición biológica, como es el embarazo<sup>56</sup>. Y el fuero maternal constituye una garantía para “evitar el despido discriminatorio y la pérdida de empleo por embarazo, por ausencia del trabajo durante el descanso de maternidad o por parto y en un determinado período después de reintegrarse al trabajo”<sup>57</sup>.

La Dirección del Trabajo, en un extenso dictamen referido a la no discriminación<sup>58</sup>, destaca que “el principio de igualdad ante la ley es recepcionado, con individualidad propia en el ámbito laboral a través de la configuración del derecho fundamental a lo no discriminación. En efecto, el artículo 19 N°16, en su inciso tercero, dispone: “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal...”, que “El concepto de no discriminación exige la paridad o identidad de trato, es decir, equivalencia entre el tratamiento dispensado y la norma estándar, admitiendo sólo derogaciones o excepciones expresas con fundamento constitucional”; en armonía con el principio *pro homine*, señala que “cualquier interpretación sobre los eventuales límites a un derecho fundamental ha de llevarse a cabo restrictivamente dada la fuerza expansiva que poseen éstos y que exigen una opción inequívoca por su aplicación plena”, y concluye: “En síntesis, el mandato de no discriminación, además de evitar diferencias de trato rechazables por su afectación a la dignidad humana, trata de proteger a grupos desfavorecidos y discriminados, para procurarles una igualdad efectiva (por protegerles en

---

<sup>56</sup> RIQUELME, Verónica. 2011. ¿La maternidad castigada? Discriminación y malos tratos. Santiago, Departamento de Estudios Dirección del Trabajo, p. 11.

<sup>57</sup> RIQUELME, Verónica. Ob. cit., p. 31.

<sup>58</sup> Dirección del Trabajo, Dictamen marco en materia de Derechos Fundamentales, N° N°2210/035, de fecha 05.06.09.

concreto). La paridad deviene ahora, un medio al servicio de la igualdad efectiva o real como fin que se trata de conseguir”<sup>59</sup>.

## VI. La familia (artículo 1º CPR)

Por último, si se considera que el fin último del fuero maternal es proteger económicamente a la familia<sup>60</sup> (familia de al menos la madre o futura madre y el que está por nacer, el lactante o *nasciturus*), manteniendo su nivel de ingresos o remuneraciones, para la satisfacción de sus necesidades elementales y para el cumplimiento de sus propios fines, podría señalarse que el bien jurídico supremo protegido con el fuero maternal, es la familia, núcleo fundamental de la sociedad.

En suma, se aprecia que los bienes jurídicos protegidos mediante el fuero maternal son derechos fundamentales, esto es, “la expresión jurídica más tangible y manifiesta de la dignidad de la persona humana”<sup>61</sup>.

Y en este sentido, la actividad jurisdiccional tiene que tener en vista aquello. Como se ha dicho, “cuando están en juego los derechos fundamentales, el valor concretamente tutelado en cada uno de ellos debería dominar el ordenamiento y la actividad de los poderes constituidos”<sup>62</sup>. Y compartiendo el criterio sostenido por la Dirección del Trabajo, los derechos fundamentales deben regir todos los ámbitos, no únicamente la actividad de los poderes del Estado, sino que también de los particulares, “siendo oponibles no sólo a los poderes públicos sino también a los sociales, desarrollando así una eficacia horizontal o

---

<sup>59</sup> PEREZ PORTILLA, Karla. 2005. Principio de Igualdad. Alcances y Perspectivas. México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México y Consejo para Prevenir la Discriminación. P. 113.

<sup>60</sup> CAAMAÑO, Eduardo. Ob. cit., p. 90.

<sup>61</sup> Dirección del Trabajo, Dictamen N° 2856/162 de agosto de 2002.

<sup>62</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. 2006. La Autoridad de los Derechos. Los Derechos entre Instituciones y Normas. Madrid, Ed. Trotta. P. 27.

pluri direccional<sup>63</sup>; esto es, siendo oponibles tanto a las Municipalidades y a las Corporaciones de Administración Municipal, como a los operadores jurídicos.

## **CAPÍTULO 2. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SUBYACEN AL FUERO MATERNAL**

Los instrumentos de derecho internacional que protegen la maternidad son múltiples. Es que, como bien se ha señalado, “en virtud de la trascendencia

---

<sup>63</sup> Dirección del Trabajo, Dictamen marco en materia de Derechos Fundamentales, N° 2210/035, de fecha 05.06.09.

social, laboral y económica de la protección de la maternidad, los instrumentos internacionales de derechos humanos imponen a los Estados la obligación de protegerla de forma adecuada, de modo que se asegure la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo”<sup>64</sup>.

No obstante, de acuerdo a lo expuesto en el apartado anterior, el fuero maternal protege no solo la maternidad sino que otros bienes jurídicos, también de máxima relevancia, que constituyen desde la perspectiva filosófica y valorativa, derechos humanos, esenciales e inherentes a las personas, y a la vez, desde un plano estrictamente normativo, protege bienes jurídicos que constituyen derechos fundamentales, toda vez que se trata de derechos reconocidos en el catálogo consagrado en la Constitución Política de la República, y en normas o tratados internacionales de derechos humanos y Convenios de la OIT, ratificados por nuestro país, y que se encuentran vigentes.

Concretamente, como se revisó, la inamovilidad o estabilidad en el empleo que otorga el fuero maternal, permite el real ejercicio del derecho al trabajo, velando por el derecho a la vida, a la igualdad ante la ley y la no discriminación, la integridad psíquica, la salud, y la seguridad social, asegurando o garantizando además que se materialice parte importante de las restantes normas la protección a la maternidad.

Tales instrumentos son: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José de Costa Rica), la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), los

---

<sup>64</sup> Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2011. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, p.159.

Convenios de la OIT N° 3 y 103 Sobre Protección de la Maternidad<sup>65</sup>, N° 158 Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, Convenio N° 111 Sobre la Discriminación en el Empleo y Ocupación, y por último, el Convenio N° 156 Sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares.

Respecto de otros instrumentos internacionales, se puede mencionar la Declaración de Filadelfia Relativa a los Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada el 18 de junio de 1998, instrumento éste último que rige y es aplicable a todos los países miembros de la OIT. Por último se puede mencionar la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.

---

<sup>65</sup> Cabe señalar que el Convenio número 183 de la OIT Sobre Protección de la Maternidad, que revisó el Convenio 103, no ha sido ratificado por Chile, por lo que no es aplicable en nuestro país, siendo el Convenio 103 el aplicable en la actualidad. Sin embargo, es necesario referirse en breve a él. El Convenio 183 reafirma la mayoría de los derechos consagrados en el Convenio 103, como el derecho a la protección de la salud, la licencia de maternidad de al menos 14 semanas, licencia en caso de enfermedad o de complicaciones, prestaciones pecuniarias durante la duración de la licencia de maternidad, prestaciones médicas, derecho de la madre a retornar a su mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración una vez terminada la licencia de maternidad, derecho a dar alimentos al hijo, entre otros tópicos. Y se incorpora la no discriminación, así como se amplía la aplicación a cualquier trabajadora empleada, incluidas las formas atípicas de trabajo. Sin embargo, no se estipula la ilegalidad del despido durante el período de licencia de maternidad, sino que se prohíbe el despido por motivo de embarazo o maternidad, explicitando que la carga de la prueba en los casos de excepción al fuero recaerá en el empleador. Esta materia está regulada en el ítem “Protección del empleo y no discriminación” en términos siguientes: “*Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.* Como se aprecia, la redacción de la norma parte utilizando un término prohibitivo, para luego relativizar dicha prohibición, consecuentemente, lo que implica un retroceso en este derecho, en pro de la flexibilidad laboral.

Tomando como punto de partida los bienes jurídicos protegidos a través de la institución del fuero maternal, se revisará su consagración en estos instrumentos internacionales, que corresponden al marco normativo internacional que es deber de los Estados dar cumplimiento, respetar y promover.

## **2.1. La maternidad y la vida del nasciturus**

Primeramente, la maternidad está consagrada de manera directa en el artículo 25 N° 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece: “La maternidad y la infancia tienen derechos a cuidados y asistencias especiales”; y el derecho a la vida del *nasciturus* está consagrado en el artículo 3°: “Toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad ya la seguridad personales”. Si bien este instrumento no constituye un tratado internacional, todos los países miembros de la ONU lo reconocen como una declaración de principios, que además es la base de los derechos que serán consagrados en el PIDCP y el PIDESC.

A la vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>66</sup>, en su artículo 10 N° 2 expresa que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles... 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

---

<sup>66</sup> Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas 16 de diciembre de 1966, y ratificado por Chile en el año 1972.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>67</sup>, igualmente, en su artículo 6 prescribe: “1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley”.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>68</sup> dispone en su artículo 6 que “Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”, y que “Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. Asimismo, el artículo 3. 1. dispone 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, (sic) una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Es decir, como corolario de la protección a la maternidad, está el resguardo del interés superior del niño, teniendo en cuenta los derechos y los deberes de los padres; y el Estado –tanto el poder ejecutivo, como el legislativo y el poder judicial-, tiene el deber de asegurar su protección.

Asimismo, el artículo 27. 1. de esta Convención prescribe: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de

---

<sup>67</sup> Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas 16 de diciembre de 1966, y ratificado por Chile en el año 1972.

<sup>68</sup> Aprobada el 20 de noviembre de 1989 por Naciones Unidas, y ratificada por Chile en 1990.

proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho”.

Como se desprende de la lectura de estas disposiciones, la Convención reconoce que son los padres quienes tienen en primer lugar la responsabilidad de velar por las condiciones de vida de los hijos, haciendo un llamamiento al Estado para que adopte las medidas tendientes a dar efectividad a este derecho. Y es de perogrullo señalarlo: no resulta plausible dar efectividad a este derecho a la maternidad y a la vida del *nasciturus*, sino con un trabajo, con la correlativa y correspondiente remuneración, que constituye la base material sobre la que se desarrollará la familia.

En relación con los instrumentos de la OIT, cabe destacar los Convenios N° 3<sup>69</sup>, y 103<sup>70</sup> Sobre Protección de la Maternidad, Convenio este último que es el vigente en Chile<sup>71</sup>, que fija las bases de lo que serán las normas protectoras de los países. Incluye normas sobre descansos por maternidad, prestaciones médicas y en dinero, derecho a la lactancia, y regula el fuero, prohibiendo el despido de la mujer por el período que dure el descanso de maternidad, norma ésta última contenida en el artículo 6: “Cuando una mujer se ausente de su

---

<sup>69</sup> Adoptado en la primera conferencia de la O.I.T., realizada en la ciudad de Washington en 1919.

<sup>70</sup> Adoptado en 1952 y ratificado por Chile en 1994, que reemplaza al Convenio N° 3. Con posterioridad, en el año 2000, se adoptará el Convenio N° 183 que reemplaza al Convenio N° 103, que no ha sido ratificado por Chile.

<sup>71</sup> Ya que Chile no ha ratificado el Convenio 183 suscrito en el año 2000 sobre protección a la maternidad, que revisa el Convenio 103. Sin embargo, el Convenio 183 no señala como los anteriores la prohibición de desvincular a la trabajadora, facultando al empleador a prescindir de la trabajadora por cualquier razón que sea ajena al embarazo, parto y sus consecuencias y lactancia, lo que ha sugerido algunas críticas.

trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia”.

A su turno, la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>72</sup>, artículo nº 4 consagra el derecho a la vida, estatuyendo que este derecho estará protegido por ley en general desde el momento de la concepción, por lo que de acuerdo a Thayer, el fuero maternal se vería complementado y concretizado<sup>73</sup>.

Por último, si bien tienen carácter no vinculante, es menester señalar dos instrumentos internacionales de relevancia, por las temáticas que abordan y los principios en ellos consagrados: La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador<sup>74</sup>, y la Declaración de Filadelfia, Relativa a los Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo<sup>75</sup>.

La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales regula la protección de la maternidad en el artículo 33, y expresamente el fuero maternal, en los términos siguientes: “La mujer trabajadora tendrá derecho a un descanso remunerado no inferior a seis semanas antes y seis semanas después del alumbramiento, conservación del empleo, atención médica para ella y el hijo y subsidio de lactancia”.

---

<sup>72</sup> Adoptada por la Organización de Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969, y ratificada por Chile en 1990.

<sup>73</sup> THAYER William. 2008. Dimensión Histórica del Código del Trabajo. Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo, pp. 75-76.

<sup>74</sup> Adoptada por la Organización de Estados Americanos en la IX Conferencia Internacional, en Río de Janeiro en el año 1947, y corresponde a una carta fundacional de la OEA, entidad que se consolida en el año 1948.

<sup>75</sup> De 10 de mayo de 1944.

Y la Declaración de Filadelfia, que enuncia “principios plenamente aplicables a todos los pueblos del mundo” (Punto V de la Declaración), reconoce la obligación de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar programas que permitan: (a) lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida; (f) extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa; (g) proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones; (h) proteger a la infancia y a la maternidad.

## **2.2. La igualdad ante la ley y la no discriminación**

Este principio constituye uno de los pilares de los Estados democráticos, y consecuentemente, se encuentra consagrado en múltiples instrumentos internacionales. Primeramente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 1° -“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”-<sup>76</sup>, 2° -“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”-<sup>77</sup>, y 7° -“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección

---

<sup>76</sup> Art. 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos a los otros en un espíritu de hermandad”.

<sup>77</sup> Art. 2: “Todos tienen derecho a todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción de ningún tipo, ya sea de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...”.

de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación en violación de esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación<sup>78</sup>”-.

En una redacción casi exacta, lo estipulan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El primero de ellos en el artículo 26 dispone: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Y el artículo 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Por su parte, el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), establece: “Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Respecto de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, se puede mencionar el Convenio N°111 de 1956, Sobre la Discriminación en el

---

<sup>78</sup> Art. 7: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación en violación de esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Empleo y Ocupación, cuyo fin es precisamente bregar por la eliminación de la discriminación en el ámbito de las relaciones laborales de manera amplia, y el Convenio 156<sup>79</sup> Sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares.

El Convenio 111 en su artículo 1º define de manera amplísima el concepto de discriminación, en términos siguientes: “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. Y si bien no se incluye específicamente la maternidad y el embarazo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha estimado que la discriminación por razón de sexo también incluye la discriminación basada en la situación familiar, así como en el embarazo y el parto<sup>80</sup>.

Y el Convenio N° 156, en su artículo 3 expresa: “1. Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales”.

Asimismo, la Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo establece que todos los Estados Miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios pertinentes, tienen un

---

<sup>79</sup> Adoptado por la OIT en fecha 1981.

<sup>80</sup> RIQUELME, Verónica. 2011. ¿La maternidad castigada? Discriminación y malos tratos. Santiago, Departamento de Estudios Dirección del Trabajo, p. 24.

compromiso que se deriva de su mera pertenencia a tal organización, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad a la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, entre los que se encuentra “la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”.

Por último, la prohibición de la discriminación está regulada también en otro instrumento por excelencia, la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer<sup>81</sup>.

El artículo 1º define la discriminación hacia las mujeres de manera amplísima, como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

El artículo 11, que regula la esfera del empleo, en el numeral 1, expresa: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos...”. Y en su numeral 2 señala: “A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

---

<sup>81</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

(a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil.

(b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales...”.

Cabe mencionar que el Comité CEDAW, que examina el cumplimiento de la Convención, al interpretar la Convención, ha establecido que los Estados tienen las siguientes obligaciones: a) garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes, en el ámbito público y el privado<sup>82</sup>.

### **2.3. La seguridad social**

Está consagrada en primer término, en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social...”<sup>83</sup>, y en el art. 25: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar de sí mismo y de su familia, incluso alimentación, vestido, vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de medios de subsistencia por circunstancias independientes

---

<sup>82</sup> Recomendación General No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, 34º período de sesiones, Naciones Unidas, 2004, párr. 7. Ver Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2011. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, p. 155.

<sup>83</sup> Art. 22: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y tiene derecho a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos dentro o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Luego, en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”, y en el artículo 10 n° 2: “Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer garantiza el derecho a la seguridad social en el artículo 11 letra e):

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;”.

Por último, la seguridad social está regulada en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículo 26. 1: “Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional”.

## 2.4. El derecho al trabajo

Está consagrado en el artículo 23 n°1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo ya la protección contra el desempleo”.

Asimismo, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 6: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, en éste ítem resulta de primera relevancia, ya que consagra el derecho al trabajo como derecho inalienable, y la estabilidad en el empleo, en el artículo 11, que dispone:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

- a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;
- b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;
- c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico”.

Por último, cabe referirse al Convenio de la OIT N° 158, Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, del año 1982, que si bien no ha sido ratificado por Chile, establece la protección contra el despido por motivos de sexo, las responsabilidades familiares, el embarazo, y la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad<sup>84</sup>.

## **2.5. El derecho a la salud**

Está estatuido en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos regulándose de manera amplia, como el derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y bienestar de las personas<sup>85</sup>:

“1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar de sí mismo y de su familia, incluso alimentación, vestido, vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos dentro o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Asimismo, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12:

---

<sup>84</sup> Artículo 5: Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes:

(d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social;

(e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

<sup>85</sup> Art. 25: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar de sí mismo y de su familia, incluso alimentación, vestido, vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos dentro o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Por último, en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, artículo 11:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

(...)

f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción”.

## **2.6. La familia**

Como se expuso en el capítulo anterior, bien podría considerarse a la familia como el bien jurídico supremo que protege la institución del fuero maternal, ya que detrás de la estabilidad en el empleo que estatuye el fuero, subyace la situación fáctica de la mujer trabajadora en estado de gravidez y su futuro hijo, o de la trabajadora y el *nasciturus*.

Y la protección de la familia está consagrada diversos instrumentos internacionales, primeramente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 16 nº 3: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a ser protegida por la sociedad y el Estado”, y también se refiere a ella el artículo 25: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar,

y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”.

Luego, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, y artículo 24: “1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

Del mismo modo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en varias disposiciones se refiere a la familia de manea directa. Entre ellas, el artículo 10: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo... 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”, y el artículo 11: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Por último, cabe referirse al preámbulo de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, que estipula la discriminación contra la mujer como un “obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia”<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> El preámbulo se refiere en términos siguientes: “Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que

En síntesis, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, razones y fundamentos jurídicos hay abundantes para apreciar la relevancia de la protección al fuero maternal, por la gran cantidad de derechos fundamentales subyacentes a dicha institución, a los que podría adicionarse inclusive otros derechos fundamentales, que en general sólo pueden ser resguardados luego de la contraprestación pecuniaria esencial de la relación laboral, que es la remuneración<sup>87</sup>. En suma, la mujer en gestación y futura madre, o la madre con un hijo recién nacido, es titular de derechos fundamentales como toda persona, y la protección debe ser aún mayor considerando su particular situación familiar, biológica y emocional, encontrándose en todo caso el fundamento último de esta protección, en la dignidad humana, que es la “fuente de la que derivan todos los derechos básicos”<sup>88</sup>.

Como corolario de ello, utilizando los términos de Martínez, “los derechos humanos no son sino la expresión jurídica de la dignidad de las personas y su función es precisamente permitir y garantizar su respeto”<sup>89</sup>. En este caso, los derechos fundamentales que protege el fuero maternal deben bregar por la dignidad de la madre como persona, así como por la dignidad del niño o niña

---

dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad...”.

<sup>87</sup> Entre ellos, los derechos sociales básicos como vivienda, educación, e incluso alimentación. El derecho a la vivienda, está asociado generalmente, para la mayoría de las personas, al pago de un dividendo como contraprestación por el crédito hipotecario, o de un arrendamiento de un inmueble; el derecho a la educación, asociado generalmente al pago de colegios, universidades, institutos profesionales o centros de formación técnica; y la propia alimentación, que no es necesario ejemplificar. Estos y otros derechos se materializan, al menos para la mayoría de las personas, con posterioridad y como consecuencia de la remuneración.

<sup>88</sup> HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. [En línea] *Diánoia*, volumen LV, número 64, mayo 2010, p. 3. Disponible en: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/dianoia/v55n64/v55n64a1.pdf>> [consulta:15-04-2015]

<sup>89</sup> MARTÍNEZ Bullé-Goyri. Víctor M. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. [En línea] *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* Vol. XLVI, núm. 136, p. 41. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42725646002>> [consulta:17-04-2015]

recién nacido, estimándose que muy probablemente pueda atentar contra la dignidad de ambos, una eventual situación de cesantía en este especial período de sus vidas, con las negativas consecuencias que ella acarrea.

Y este fin último, consistente en la dignidad del ser humano, necesariamente se reconoce en los preámbulos de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – “Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana...”<sup>90</sup>-, la CEDAW – “Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana...”, en la Declaración de Filadelfia –“Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”, y en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales<sup>91</sup> –“Considéranse como básicos en el derecho social de los países americanos los siguientes principios: a) El trabajo es una función social, goza de la protección especial del Estado y no debe considerarse como artículo de comercio. b) Todo trabajador debe tener la posibilidad de una existencia digna...”, además de reconocerse en la Declaración Universal de Derechos Humanos el derecho de toda persona a la seguridad social y a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales “indispensables para su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad”<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> El preámbulo consigna: “*Los Estados Partes en el presente Pacto, Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana...*”.

<sup>91</sup> Suscrita en Bogotá, en el año 1948.

<sup>92</sup> Así se consigna en el artículo 22.

Se trata entonces de la dignidad humana, específicamente de la madre docente a contrata, y de su hijo.

## **CAPÍTULO 3: LEGISLACIÓN NACIONAL APLICABLE**

### **3.1. Constitución Política de la República**

Dentro de las bases de la institucionalidad, y como esencia del Estado Democrático de Derecho, está el artículo 1º, en lo pertinente para esta investigación, la consagración hecha en sus incisos 1º, 2º y 4º respectivamente: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad... El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece...”.

Y del catálogo de derechos fundamentales asegurados por la Constitución, contenido en el artículo 19, se puede mencionar los siguientes numerales:

1º.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

(...)

4º.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia

(...)

9º.- El derecho a la protección de la salud.

(...)

16º.- La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

(...)

18º.- El derecho a la seguridad social.

(...)

26º.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

En relación con este último numeral, se destaca que tiene una aplicación en al menos en tres contextos: como un mandato al legislador, como un baremo o una medida para el control de constitucionalidad de las leyes, y en lo que interesa a esta investigación, este numeral tiene aplicación en la labor interpretativa que realiza el juez. Así, se ha señalado que “este artículo constituye una norma básica de interpretación de la ley, debiendo el juez, al interpretar la ley para el caso concreto, analizar la ley bajo el supuesto que el legislador no ha vulnerado la esencia de los derechos fundamentales, es decir,

interpretando la ley de manera tal que se respete la esencia de los derechos fundamentales<sup>93</sup>.

A su turno, el artículo 6° de la CPR consagra el principio de vinculación directa de la Constitución, en términos siguientes: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”. Se consagra así la supremacía constitucional, formando parte de las fuentes del derecho aplicables a los conflictos de relevancia jurídica, y que considerarán los jueces de la instancia al momento de resolver los asuntos sometidos a su decisión<sup>94</sup>. Dicho en otros términos, la Constitución Política del Estado, más que un Código Político, es fuente del derecho. En palabras de Kazor, “en la actualidad la Constitución además de norma primaria, presenta la característica de ser una norma inmediatamente vinculante para todos los órganos del Estado, los cuales necesariamente deben someter su acción a ella. De la misma forma, reconoce derechos que son inmediatamente operativos, de eficacia plena, aun cuando el legislador los haya regulado”<sup>95</sup>.

Es el la idea desarrollada por la doctrina constitucionalista -tanto chilena como comparada-, conocida como “fuerza normativa” de la Constitución, o

---

<sup>93</sup> CAMPOS Linazasoro, citado en SACCO Aquino, Sabina. La constitución de 1980 como fundamento y origen de una teoría constitucional de la irretroactividad. [En línea] Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 3, p. 497. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n3/art03.pdf> > [consulta: 19-07-2015]

<sup>94</sup> Esta idea la aborda y desarrolla CORDERO, Eduardo, en su artículo “Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno” [En línea] *Ius et Praxis* - AÑO 15 - N° 2 21. Pp. 24-25. Disponible en: < <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n2/art02.pdf>> [consulta: 16-06-2015]

<sup>95</sup> KAZOR, Camel. Citado en CORDERO, Eduardo. Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno [En línea] *Ius et Praxis* - AÑO 15 - N° 2 21. Pp. 24-25. Disponible en: < <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n2/art02.pdf>> [consulta: 16-06-2015]

“eficacia directa” de la Constitución. Del mismo modo, dentro de la jurisprudencia se ha considerado de manera directa la CPR en un sinnúmero de fallos, dentro de la motivación y fundamentación de las sentencias. Por último, el propio legislador en el artículo 459 del CdT impone al Juez del Trabajo la obligación de fallar considerando los preceptos constitucionales, además de los preceptos legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en que se funde.

Y para el objeto de investigación, se estima aplicable la normativa constitucional a las docentes del sector municipal, bien sean docentes a contrata dependientes de Municipalidades, o de Corporaciones Municipales.

### **3.2. Normativa Ley Nº 19.070 Estatuto de los Profesionales de la Educación**

La Ley Nº 19.070, que aprueba el Estatuto de los Profesionales de la Educación, conocida como Estatuto Docente –en adelante Estatuto Docente o ED-, fue promulgada el 27 de junio de 1991, en un contexto político de reciente término de la dictadura, en un esfuerzo del gremio de profesores de recuperar los derechos laborales que históricamente habían tenido, antes de las reformas llevadas a cabo en la década de los 80<sup>96</sup>.

De acuerdo al Colegio de Profesores de Chile, la dictación del Estatuto Docente “marca el inicio del proceso de recuperación de los derechos perdidos

---

<sup>96</sup> Fue el proceso de descentralización, materializado con la dictación del Decreto Ley 3.603 de 1979 y su reglamento el D.F.L. Nº1-3.603, proceso conocido en el ámbito de la educación, como “municipalización” de la educación”. A partir de ese momento los profesionales de la educación quedaron sujetos al DL 2.200 de 1978, denominado “Plan Laboral”, hasta el año 1987, en que se dictó la Ley 18.602, que antecedió a la Ley 19.070.

por los educadores(as) durante la dictadura militar. Este hecho clave solo es posible con la recuperación de la democracia en nuestro país. Dicha Ley es la culminación de una clara y nítida propuesta institucional en el contexto sociopolítico de colocar a la educación como prioridad nacional y al mismo tiempo, el inicio de la revalorización de la profesión docente, como elementos fundamentales del mejoramiento de la calidad y equidad de la educación chilena”<sup>97</sup>.

Sin embargo, hoy se puede constatar que hubo múltiples falencias en dicha ley, por lo que ha habido reivindicaciones permanentes por parte de los profesores en los últimos años. Consecuencialmente, la Presidenta de la República Michelle Bachelet en abril de 2015 ingresó al Parlamento un proyecto de ley de Carrera Nacional Docente, que reforma el Estatuto Docente, promulgándose finalmente, el 4 de marzo de 2016, la Ley que Crea el Sistema de Desarrollo Profesional Docente, Ley N° 20.903, manteniendo algunos aspectos del actual ED, y modificando otros de manera significativa, que se revisará en el último apartado de este capítulo. Sin embargo, desde ya se señala que dicha reforma normativa no se pronuncia respecto de las labores a contrata, manteniéndose de manera íntegra la regulación anterior sobre esta materia.

Respecto del ámbito de aplicación, el ED regula las relaciones laborales entre los profesionales de la educación y sus empleadores, sean de carácter municipal o particular, incluyendo a:

a) Los profesionales que presten servicios en los establecimientos municipales de educación básica y media, dependientes de la municipalidad y administrados

---

<sup>97</sup> COLEGIO DE PROFESORES DE CHILE A.G. Estatuto Docente. [En línea] P. 3. Disponible en: < [http://www.oei.es/quipu/chile/Estatuto\\_Profesores.pdf](http://www.oei.es/quipu/chile/Estatuto_Profesores.pdf) h> [consulta:10-03-2015]

directamente por ésta, o en las Corporaciones Municipales, o en establecimientos particulares reconocidos oficialmente;

b) Los profesionales de la educación que presten servicios en establecimientos subvencionados de educación pre-básica de acuerdo al D.F.L. N° 2 del Ministerio de Educación de 1998;

c) Aquellos profesionales que presten servicio en los establecimientos de educación técnico – profesional administrados por corporaciones privadas sin fines de lucro, de acuerdo al D.D. 3.166 de 1980; y

d) Los profesionales de los Departamentos de Administración de Educación Municipal (DAEM) de las municipalidades, que ocupen cargos directivos o técnico pedagógicos que por su naturaleza requieran ser ocupados por profesionales de la educación.

Respecto de los establecimientos particulares y particulares subvencionados, el ED en el Título IV señala que las relaciones serán de carácter particular, rigiéndose por las normas del Código del Trabajo en todo aquello no regulado en ese título. Y respecto del sector municipal, a quienes se aplica plenamente la normativa contenida en él, el ED contempla dos categorías de profesionales de la educación, y que integran la dotación docente de la comuna respectiva: los trabajadores titulares<sup>98</sup>, que ingresan a una dotación docente en por concurso público de antecedentes<sup>99</sup>, ajustándose tal concurso a las normas del Estatuto y su reglamento, y los trabajadores en calidad de contratados o a contrata, en categorías que va a definir el reglamento del ED, DL 453 de 1992 del Ministerio de Educación.

---

<sup>98</sup> Según lo dispuesto en el artículo 25 del Estatuto Docente.

<sup>99</sup> De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Estatuto Docente, modificado por el N° 11 del artículo 1° de la ley N° 19.410.

A su vez, este cuerpo normativo dispone que al menos una vez al año deberá abrirse un concurso público para postular a la dotación docente en calidad de titular<sup>100</sup>, y que el número de horas correspondientes a docentes en calidad de contratados en una misma Municipalidad o Corporación Educacional, no podrá exceder del 20% del total de horas de la dotación de las mismas<sup>101</sup>.

El Estatuto Docente regula entonces toda la normativa que va a regir al sector municipal, regulando normas generales, aspectos profesionales – funciones, formación y perfeccionamiento, participación, y autonomía y responsabilidad-, la carrera de los profesionales de la educación que ingresan al sector municipal –ingreso, derechos del personal docente, asignaciones, deberes y obligaciones, y término de la relación laboral-, además del Título IV referido al sector particular y en especial, al contrato de trabajo de este sector.

Es necesario destacar a la norma establecida en el artículo 71 inciso primero, referida a la aplicación supletoria del Código del Trabajo:

“Los profesionales de la educación que se desempeñan en el sector municipal se regirán por las normas de este Estatuto de la profesión docente, y supletoriamente por las del Código del Trabajo y sus leyes complementarias”.

El Estatuto Docente no contiene ninguna norma referida al fuero maternal ni a la maternidad en general, siendo regulada esta materia en el Código del Trabajo.

---

<sup>100</sup> Artículo 28 Estatuto Docente.

<sup>101</sup> Artículo 26 Estatuto Docente, que dispone: “El número de horas correspondientes a docentes en calidad de contratados en una misma Municipalidad o Corporación Educacional, no podrá exceder del 20% del total de horas de la dotación de las mismas, a menos que en la comuna no haya suficientes docentes que puedan ser integrados en calidad de titulares...”.

### **3.3. Decreto Supremo N° 453 de 1992 del Ministerio de Educación que Aprueba Reglamento de la Ley n° 19.070<sup>102</sup>.**

El Decreto Supremo 453 del Ministerio de Educación, en lo que interesa a esta investigación, dentro de muchas otras disposiciones que reglamentan el ED, define los profesionales titulares y aquellos contratados, estableciendo que son titulares los profesionales que ingresan previo concurso público de antecedentes, y que son contratados aquellos que realizan labores transitorias, experimentales, optativas, especiales, o de reemplazo de titulares<sup>103</sup>, y definiendo qué se entiende por cada una de estas labores:

Art. 70. "Funciones transitorias son aquellas que requieren el nombramiento de un profesional de la educación sólo por un determinado período de tiempo, mientras se designe a un titular, o mientras sean necesarios sus servicios.

Un contratado desempeña labores docentes experimentales, cuando debe aplicar un nuevo plan de estudios o una nueva metodología o un nuevo material didáctico o audiovisual, por un tiempo determinado y cuyo resultado debe evaluarse desde un punto de vista técnico-pedagógico.

Constituyen labores docentes optativas las que se desempeñan respecto de asignaturas o actividades que tengan tal calificación en los planes de estudios.

Un contratado desempeña labores docentes especiales cuando deba desarrollar ciertas actividades pedagógicas no permanentes que no se encuentren entre aquellas que se describen en los incisos anteriores.

Los docentes desempeñan un contrato de reemplazo cuando prestan servicios en un establecimiento para suplir a otro docente titular que no puede desempeñar su función cualquiera que sea la causa y mientras dure su

---

<sup>102</sup> Promulgado el 26 de noviembre de 1991, publicado el 3 de septiembre de 1992, y modificado por el Decreto 215 del Ministerio de Educación, publicado el 5 de enero de 2012.

<sup>103</sup> Art. 69 del Decreto Supremo 453.

ausencia. Deberá establecerse el nombre del docente que se reemplaza y la causa de su ausencia”.

Y en armonía con el artículo 26 del ED, se determina además que los docentes contratados no pueden ser más que el 20% de la dotación docente<sup>104</sup>. En relación con este punto, en la práctica ocurre que las municipalidades, al menos durante la vigencia de la actual normativa, no han respetado el porcentaje máximo de docentes contratados, y en general tampoco realizan el llamado anual a concurso para el cargo de docente titular. En razón de ello, se ha buscado una solución parcial, promulgándose dos leyes de titularidad docente, la Ley 19.648 en el año 1999, y la Ley N° 20.804 en el año 2015, que han regulado de alguna manera la situación de los docentes contratados que ejercen labores de manera permanente, no obstante carecer de la calidad de titulares, que se revisarán en el apartado 3.5 de este capítulo.

### **3.4. Código del Trabajo**

Como se examinó en la parte preliminar del Capítulo 1, la normativa sobre protección a la maternidad en general, para todos los trabajadores y trabajadoras independientemente de si su empleador es público o privado, o asalariado o trabajador independiente, está contenida en el Código del Trabajo, en el Libro II “De la Protección a los Trabajadores”, Título II “De la Protección a la Maternidad, Paternidad y Vida Familiar”, artículos 194 a 208, con el único requisito de tener afiliación a algún sistema previsional.

---

<sup>104</sup> Esta disposición establece que “una misma Municipalidad o Corporación Educacional, no podrá exceder del 20% del total de horas de la dotación de las mismas, a menos que en la comuna no haya suficientes docentes que puedan ser integrados en calidad de titulares...”. A su vez, el art. 71 del DL 453, dispone: “El número de contratados de un establecimiento educacional no podrá ser superior al 20% del total de la dotación docente del mismo...”.

Y el fuero maternal está normado en artículo 201 del Código del Trabajo, que garantiza inamovilidad a la mujer<sup>105</sup> desde la concepción y hasta un año después de expirado el descanso de postnatal, estableciéndose que el empleador sólo podrá desvincular a la trabajadora aforada por las causales de vencimiento del plazo o conclusión de la obra que dieron origen al contrato – artículo 159 n° 4 y 5 Código del Trabajo-, o por las causales de terminación o caducidad imputables a la trabajadora -artículo 160 del Código del Trabajo-, previa autorización judicial de acuerdo a lo prescrito el artículo 174, debiendo demandarse el desafuero para tales efectos.

A su vez, el artículo 1º, que establece la aplicabilidad del Código del Trabajo al sector privado, y su exclusión a los funcionarios del sector público en general, siempre que tengan un estatuto especial, en su inciso tercero establece la supletoriedad del Código del Trabajo en términos siguientes: “Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos”.

Asimismo, hay que mencionar lo dispuesto en los artículos 2º<sup>106</sup> y 5º<sup>107</sup>, en relación con los principios estatuidos, y que deben regir las relaciones laborales:

---

<sup>105</sup> Como se apuntó en el Capítulo 1, en caso de fallecimiento de la madre en el parto, o durante el descanso de postnatal, el padre del hijo tiene fuero durante el descanso postnatal o lo que reste del mismo, y en caso de adopciones, el padre o madre gozará de un año de fuero contado desde la sentencia que otorga el cuidado del menor, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 195 inciso tercero, y 201 inciso segundo Código del Trabajo, respectivamente.

<sup>106</sup> Art. 2º: “Reconócese la función social que cumple el trabajo. Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona (...) Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

la dignidad de la persona, la prohibición de la discriminación, el respeto de los derechos fundamentales, la irrenunciabilidad de los derechos laborales, y el principio protector.

Por último, en relación con la aplicación supletoria del Código del Trabajo, se estima relevante tener presente la relación entre las normas y sus principios rectores. Los principios del Derecho del Trabajo, en la definición de Plá, “constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico del trabajo, por lo que no puede haber contradicción entre ellos y los preceptos legales”<sup>108</sup>, es decir, los principios y las normas necesariamente deben estar en armonía, pues precisamente éstas se sostienen en aquellos, “habiendo mutua influencia entre las normas vigentes y los principios informadores, ya que la repercusión es recíproca”<sup>109</sup>. En suma, no es posible separar las normas de sus principios, y si por expreso mandato de -artículo 71 del ED- se establece la supletoriedad del Código del Trabajo, esta supletoriedad debe contener también a los principios correspondientes, que subyacen a dicha normativa.

### **3.5. Leyes de Titularidad Docente**

El problema en que se encuentran los docentes a contrata para la realización de labores permanentes, que bien podrían denominarse “contratas de duración indefinida”, ha existido desde que se dicta el Estatuto Docente en 1991, siendo un sector importante los profesores afectados por esta situación.

---

<sup>107</sup> Art. 5°. “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”.

Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”.

<sup>108</sup> PLÁ Rodríguez, Américo. 1990. Los Principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires, Ed. Depalma, 2ª Ed., p. 13.

<sup>109</sup> *Ibíd.*

De manera sucinta se puede señalar que el problema de fondo se relaciona, en parte, con el incumplimiento por parte de las municipalidades y de las corporaciones de derecho privado creadas por las municipalidades bajo el alero del DL 1-3.603 de 1980, de la normativa del Estatuto Docente, que exige al menos una vez al año abrir concurso para docentes titulares, y que establece un mínimo de 80% de docentes/horas titulares y un máximo de 20% de docentes/horas en calidad de contratados. Y ello a la vez se relaciona en con un problema de recursos públicos para aumentar el número de profesores titulares, lo que no es sino la misma problemática existente con las contratadas (y con los trabajadores a honorarios) del sector público, siendo éste un hecho de público conocimiento.

Advirtiéndose perfectamente este problema, como una solución a la ligera se dicta en el año 1999 la Ley 19.648 que Otorga Titularidad en el Cargo a Profesores Contratados a Plazo Fijo por más de tres años<sup>110</sup>, que en definitiva fue un traspaso masivo de los docentes contratados que cumplían con los requisitos previstos en la ley, que pasarían a adquirir la titularidad, sin solucionarse las causas que originan esta situación de precariedad laboral. Consecuencialmente, seguirían existiendo docentes contratadas para labores de duración indefinida, e irían aumentando con el paso de los años.

Y fue así que en el año 2015 se dicta la Ley N° 20.804<sup>111</sup>, que Renueva la Vigencia de la Ley N° 19.648, de 1999, sobre Acceso a la Titularidad de los

---

<sup>110</sup> Publicada el 2 de diciembre de 1999, cuyo texto consiste en un artículo único: “Concédese, por única vez, la calidad de titulares de la dotación docente dependiente de un mismo Municipio o Corporación Educacional Municipal, a los profesionales de la educación parvularia, básica o media que, a la fecha de esta ley, se encontraren incorporados a ella en calidad de contratados y que se hayan desempeñado como tales en la misma durante, a lo menos, tres años continuos o cuatro años discontinuos, por un mínimo de veinte horas cronológicas de trabajo semanal”.

<sup>111</sup> Publicada en el D.O. el 31 de enero de 2015, cuyo texto consiste en un artículo único, que dispone: “Concédese, por única vez, la calidad de titulares de la dotación docente dependiente de un mismo Municipio o Corporación Educacional Municipal, a los profesionales de la

Docentes a Contrata en los Establecimientos Públicos Subvencionados, que nuevamente no soluciona el problema de fondo, sino que es otra solución improvisada para el problema en que se encuentran los profesores a contrata “de duración indefinida”, y tampoco para todos los profesores que se encuentran en esta situación, sino que sólo para quienes cumplen con los requisitos que contempla dicha ley para acceder a la titularidad.

La Contraloría General de la República y la Dirección del Trabajo han emitido dictámenes para determinar el sentido y alcance de esta normativa. La Contraloría emitió un dictamen general<sup>112</sup> que se pronuncia sobre todo el contenido del artículo único de la ley, y la Dirección del Trabajo, hasta la fecha de julio 2015 ha emitido cinco dictámenes sobre situaciones específicas<sup>113</sup>. Llama la atención el dictamen de la Contraloría, que dentro de los titulares del beneficio menciona expresamente a los docentes reemplazantes, que cumplan con los requisitos que señala la ley, es decir, poniéndose en el escenario de posibles casos de “reemplazantes” que hayan ejercido sus labores de manera permanente. Dentro de este sector de profesores “contratas de duración indefinida”, con certeza, han existido profesoras en gestación o lactancia, que pueden inclusive haber detentado la calidad de contratadas para labores de reemplazo.

En síntesis, la Ley 19.648 sobre Acceso a la Titularidad de los Docentes a Contrata en los Establecimientos Públicos Subvencionados, y la Ley N° 20.804,

---

educación parvularia, básica o media que, al 31 de julio de 2014, se encontraren incorporados a ella en calidad de contratados y que se hayan desempeñado como docentes de aula en la misma durante, a lo menos, tres años continuos o cuatro años discontinuos, por un mínimo de veinte horas cronológicas de trabajo semanal. La titularidad de las horas a contrata operará sólo respecto de aquellas contratadas en aula y sus correspondientes horas no lectivas”.

<sup>112</sup> Dictamen N° 34.838 Fecha: 04 de mayo de 2015.

<sup>113</sup> Dictámenes Ord. N° 2297 de 7 de mayo de 2015, Ord. N° 2389 de 12 de mayo de 2015, Ord. N° 2390 de 12 de mayo de 2015, Ord. N°2497 de 19 de mayo de 2015 y Dictamen Ord. N° 2484 de 19 de mayo de 2015.

que Renueva la Vigencia de la Ley N° 19.648 de 1999, sobre Acceso a la Titularidad de los Docentes a Contrata en los Establecimientos Públicos Subvencionados, son medidas provisionales para abordar la situación de precariedad laboral de los docentes contratados que hasta el momento de la dictación de dichas leyes, y cumpliendo con los requisitos previstos en ellas, puedan acceder a la titularidad que debiesen haber detentado ya, considerando la naturaleza de sus funciones. Sin embargo, no se entrega una íntegra solución al problema de la precariedad laboral de los docentes a contrata para labores continuas, dentro de los cuales se encuentran las contrataciones de duración indefinida embarazadas o con hijos recién nacidos.

### **3.6. Ley N° 20.903 que crea el Sistema de Desarrollo Profesional Docente y modifica otras normas.**

El 20 de abril de 2015 ingresó a la Cámara de Diputados el proyecto de ley que crea el Sistema de Desarrollo Profesional Docente, que modifica el actual Estatuto Docente, Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del año 1997, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.070, que aprobó el Estatuto de los profesionales de la Educación. Luego de nueve meses de discusión, el proyecto fue despachado por el Congreso al ejecutivo el 28 de enero de 2015, el 4 de marzo de 2016 fue promulgada la ley por la Presidenta de la República Michel Bachelet, publicado el 1° de abril de 2016, y entrará en vigencia en el año 2017 de manera paulatina, hasta el año 2026. La ley tiene por objeto crear un sistema de desarrollo profesional docente, con base en cinco ejes: la formación inicial, la inducción de profesionales

principiantes, el ejercicio de la profesión, el apoyo al desarrollo profesional y la formación para el desarrollo profesional de los educadores(as)<sup>114</sup>.

Para ello, la ley aumenta la selectividad de las carreras de la educación, las cuales únicamente podrán ser impartidas por universidades acreditadas, elevándose paulatinamente los requisitos de ingreso a las carreras de pedagogía, estableciendo un piso de puntaje PSU mínimo y de ubicación en el ranking de notas a los alumnos y alumnas postulantes<sup>115</sup>; se incrementa las remuneraciones de los profesores y la proporción de horas no lectivas; se implementa de manera obligatoria una evaluación diagnóstica de la formación inicial docente, y se incorporan procesos sistemáticos de mejora continua de formación disciplinaria y pedagógica, los cuales serán llevados a cabo por cada establecimiento educacional de manera autónoma, y por el Ministerio de Educación a través del Centro de Perfeccionamiento, Experimentación e Investigaciones Pedagógicas; se crea un sistema de inducción para los profesores jóvenes que reciben el apoyo de un profesor “mentor” formado y experimentado proveniente de las etapas superiores de la carrera; se implementa programas de formación para el desarrollo profesional, con el fin de fortalecer las competencias de las y los profesores(as) desde el ingreso a la carrera, apoyándolos en su desarrollo profesional y su avance en ella; y se establece un sistema de desarrollo profesional docente, que distingue dos fases de dicho desarrollo<sup>116</sup>, la primera estructurada en tres tramos –inicial, temprano y avanzado-, que culminan con el nivel de desarrollo esperado para un buen ejercicio de la docencia y, la segunda fase está estructurada en dos tramos de carácter voluntario – experto I y experto II-, para aquellos docentes que deseen

---

<sup>114</sup> Mensaje del Proyecto de Ley que crea el Sistema de Desarrollo Profesional Docente, Mensaje nº 165-363, p. 2.

<sup>115</sup> Estos requisitos están establecidos el nuevo artículo incorporado 27 bis.

<sup>116</sup> Artículos 19 C, 19 D, 19 E, 19 F, 19 G.

potenciar su desarrollo profesional<sup>117</sup>. El ingreso al sistema de desarrollo profesional se realiza de manera automática por el sólo hecho de tener el título profesional, y el avance de un tramo al siguiente se realiza mediante un proceso de evaluación, el cual utiliza dos instrumentos, una prueba que evalúa los conocimientos disciplinarios específicos y pedagógicos, y un portafolio profesional de competencias pedagógicas<sup>118</sup>. Cada nivel involucra una determinada cantidad de años de trabajo en la carrera, y está acompañado de una diferenciación de sueldo y de responsabilidades.

En lo pertinente a esta investigación, la nueva normativa introduce ciertas adecuaciones al Título III del Estatuto Docente, que pasa a ser nuevo Título IV; sin embargo, la regulación del régimen de contrata se mantiene de manera íntegra<sup>119</sup>. En específico, el artículo 25<sup>120</sup> que regula las funciones titulares y las funciones a contrata permanece sin modificaciones. Asimismo, se mantiene vigente y sin modificaciones la normativa establecida en el artículo 26, referida al porcentaje máximo de horas correspondientes a docentes contratados, equivalente al 20% del total de horas de la dotación docente, y la normativa establecida en el artículo 27, sobre incorporación a una dotación docente en calidad de titular previo concurso público de antecedentes.

---

<sup>117</sup> El ingreso a la Carrera Docente se realizará de forma gradual hasta el 2026, año en que estarán dentro de la nueva carrera todos los docentes y educadores de párvulos del sistema público y particular subvencionado.

<sup>118</sup> Artículo 19 K; Mensaje n° 165-363 del Proyecto de Ley que crea el Sistema de Desarrollo Profesional Docente, boletín N° 10.008-04, p. 3 y 12.

<sup>119</sup> Cabe consignar que en el Proyecto de Ley inicial, que exigía una evaluación y certificación previa para poder incorporarse a la carrera profesional en el tramo inicial, contemplaba una modificación al artículo 25 que establecía régimen de contrata; sin embargo, ésta fue dejada sin efecto al eliminarse la exigencia de la evaluación previa para ingresar a la carrera.

<sup>120</sup> El artículo 25 de la Ley 19.070 dispone: “Los profesionales de la educación se incorporan a una dotación docente en calidad de titulares o en calidad de contratados.

Son titulares los profesionales de la educación que se incorporan a una dotación docente previo concurso público de antecedentes.

Tendrán calidad de contratados aquellos que desempeñan labores docentes transitorias, experimentales, optativas, especiales o de reemplazo de titulares.

Las vacantes para ejercer la función docente-directiva siempre serán provistas por concurso público y el nombramiento o designación tendrá una vigencia de cinco años”.

Cabe consignar que las críticas al proyecto fueron múltiples, y en múltiples aspectos del mismo, acompañadas de extensos períodos de movilizaciones y paros docentes en todo el territorio nacional. Como consecuencia de ello, se realizaron una serie de indicaciones, y el proyecto fue modificado en varios aspectos; no obstante, en relación con el ítem referido a la dotación docente en calidad de contratadas, el proyecto no tuvo modificaciones. En consecuencia, es posible concluir que se mantiene el problema jurídico objeto de esta investigación, de las docentes a contrata, y su derecho (o no) a fuero maternal.

## **CAPÍTULO 4: JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL DOCENTES A CONTRATA CON FUERO MATERNAL**

En este capítulo se expondrá los criterios jurisprudenciales que ha tenido la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República y de la Dirección del Trabajo, y la jurisprudencia judicial de los Tribunales Superiores de Justicia, en relación con el problema objeto de investigación, considerando fallos y dictámenes pesquisados de la base jurisprudencial del Poder Judicial, del sitio web Microjuris, del sitio web de la Dirección del Trabajo y del sitio web de la Contraloría General de la República, abordando el período que va desde el año 1991 –año de entrada en vigencia del Estatuto Docente-, hasta el año 2015.

Se consigna que, de acuerdo al análisis de la jurisprudencia que se examinará, el problema en el que se encuentran las docentes a contrata del sector municipal regidas por el Estatuto Docente, en período de gestación o lactancia, es en alguna medida similar al problema en el que se encuentran las docentes del sector particular subvencionado y del sector particular, contratadas a plazo fijo, regidas por el Código del Trabajo, así como al problema en el que se encuentra cualquier trabajadora no docente embarazada contratada a plazo fijo, regida por el Código del Trabajo. En efecto, la normativa aplicable a la maternidad, paternidad y vida familiar, en general, y el artículo 174 en particular, por remisión del artículo 201, se aplica a todas las trabajadoras que estén acogidas a algún sistema previsional, sean del sector particular o del sector público.

Sin embargo, la situación de las trabajadoras docentes a contrata del sector municipal, como se ha venido esbozando, reviste una mayor complejidad, y se estima mayor la precariedad. Ello, por cuanto en el caso de las trabajadoras regidas por el CdT no existe discusión respecto de la aplicación plena de la normativa que regula la maternidad, ni respecto de la transformación del contrato de plazo fijo a uno indefinido de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 159 número 4 del CdT. En cambio, en el caso de las docentes a contrata del sector municipal, existe discusión en relación con la aplicabilidad íntegra de la normativa que regula la maternidad a la totalidad de las contratadas, y más aún existe discusión en relación con la aplicación de la normativa establecida en el artículo 159 número 4 del CdT. Además, hay que considerar la propia normativa estatuida en el ED, que especifica las labores a contrata de acuerdo a lo definido en su Reglamento –en teoría, todas funciones caracterizadas por la transitoriedad-, y labores titulares previo concurso público de antecedentes, lo que complica en mayor medida la labor interpretativa en relación con el término del fuero, y con la situación de las docentes a contrata por largos periodos de tiempo ejerciendo funciones de manera permanente.

No obstante ello, sin soslayar las diferencias entre ambos sectores de trabajadoras –docentes contratadas del sector municipal regidas por el ED, y docentes y no docentes regidas por el CdT-, dadas también las similitudes -en tanto que la normativa de protección a la maternidad es de aplicación general-, se estimó pertinente y útil exponer los criterios que subyacen al análisis jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia también en ciertos casos de docentes del sector subvencionado y particular, y de trabajadoras no docentes regidas por el CdT, en que se aborda la problemática general, y que, en términos teóricos, podrían acaecer también a docentes del sector municipal.

## 4.1. Jurisprudencia Administrativa<sup>121</sup>

### 4.1.1. Dirección del Trabajo<sup>122</sup>

La Dirección del Trabajo se pronuncia en todos los casos que afecten a docentes del sector municipal dependientes de las Corporaciones Municipales - personas jurídicas de derecho privado, de todos modos presididas por el Alcalde-, y cuya vinculación y desvinculación se realiza a través de contratos de trabajo, además de pronunciarse lógicamente sobre todos los casos de docentes del sector privado y particular subvencionado.

Respecto del fuero maternal de las docentes a contrata, de su vigencia y de la necesidad de desaforar para proceder a la desvinculación, la última jurisprudencia administrativa ha dictaminado que sí es necesaria la autorización judicial en casos de docentes contratadas a plazo fijo, inclusive para los casos de docentes contratadas para labores de reemplazo, no limitándose *ipso iure* la duración del fuero a la fecha del reintegro del titular de cuyo reemplazo se trata.

Así, mediante Dictamen 3753/143 del año 2004<sup>123</sup>, la Dirección del Trabajo reconsidera toda la doctrina anterior que limitaba el fuero laboral al período de

---

<sup>121</sup> En este apartado se revisará la jurisprudencia pesquisada, referida exclusivamente a docentes del sector municipal, ya que es específica y da las respuestas a cada caso en particular, lo que es suficiente para efectos de esta investigación.

<sup>122</sup> Se revisó los dictámenes disponibles en línea en el sitio web de la Dirección del Trabajo, correspondiente al período que va desde el año 1995 hasta el año 2015, y asimismo se revisó otros dictámenes pesquisados durante la investigación, de fechas anteriores al año 1995, de los años 1991, 1992, 1993 y 1994, requeridos directamente a la Dirección del Trabajo, seleccionando un total de 14 dictámenes relacionados con la materia.

<sup>123</sup> De fecha 16.08.2004, que reconsidera casi toda la doctrina emitida con anterioridad en esta materia: los dictámenes N° 1801/61, de 25.03.92; N° 2535/95, de 05.05.92, N°918/41, de 07.02.95; N° 2969/143, de 06.08.2001, en su conclusión N° 2); N° 3859/138, de 16.09.03, y *cualquiera otro que contenga similar doctrina o sea incompatible con la del presente dictamen*". Sin embargo, hay que mencionar que en el mismo sentido que el Dictamen N°3753/143 de 2004 en comento, está el Dictamen N° 3545/210 de 16 - 07 - 1993, referido a una trabajadora de una Corporación Municipal, y el Dictamen N°508/53 de 2000, con la salvedad que éste

la respectiva contratación. Interpretando de manera amplia la normativa contenida en el artículo 194 del CdT, en relación con el ámbito de aplicabilidad de las disposiciones relativas al fuero maternal, dictamina: “Cabe concluir que el propósito del legislador ha sido el de dar un carácter amplio y universal a las normas de protección a la maternidad respecto de toda trabajadora mujer, sin efectuar excepción alguna sobre el particular”; que “las disposiciones en estudio no hacen excepción a su aplicabilidad, y por el contrario, en la ocasión en que ha existido alguna excepción como ocurrió respecto de las trabajadoras de casa particular, que se encontraban marginadas del fuero maternal en forma expresa por así disponerlo el inciso final del artículo 201 del Código del Trabajo, la ley N° 19.591, publicada en el Diario Oficial de 09.11.1998, derogó explícitamente tal inciso que contenía la excepción...”; que “ha sido el propio legislador quien, en materia de fuero laboral, ha señalado de modo expreso limitantes a su aplicabilidad, como ocurre, entre otros, en el inciso 6° del artículo 243, del Código del Trabajo, que respecto del fuero de los directores sindicales...”<sup>124</sup>, concluyendo que “si el legislador no hace excepción al fuero laboral o fija limitantes al mismo, no corresponde hacer exclusiones a la aplicabilidad de la regla común sobre el particular”.

En este sentido, señala que “la ley 19.070, en sus diversas disposiciones, no contiene norma legal especial alguna relativa al fuero maternal de las trabajadoras docentes, de lo que es dable concluir que rige a sus respectos en plenitud el título general sobre protección a la maternidad del Código del Trabajo”, y que “tanto el inciso 1° del artículo 201, del Código del Trabajo, ya

---

último es referido a una trabajadora del sector particular subvencionado, con contrato a plazo fijo, que en definitiva, no es sino ajustarse a la normativa estatuida en el Código del Trabajo.

<sup>124</sup> El artículo 243 del CdT dispone: “Sin perjuicio de lo señalado en este artículo, tratándose de directores de sindicatos de trabajadores eventuales o transitorios o de los integrantes aforados de los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad cuyos contratos de trabajo sean a plazo fijo o por obra o servicio determinado, el fuero los amparará, sólo durante la vigencia del respectivo contrato, sin que se requiera solicitar su desafuero al término de cada uno de ellos.”

comentado, sobre fuero maternal, como la ley 19.070, o Estatuto Docente, que rige a la trabajadora de la consulta, no contienen norma legal que excepcione o margine a las profesionales docentes, o algún tipo específico de contratación que las vincule con las corporaciones municipales, de las normas sobre fuero maternal comentadas, por lo que forzoso resulta concluir que les serían aplicables plenamente, si se da cabida al caso al conocido aforismo jurídico de que si el legislador no distingue, no resulta lícito al intérprete hacerlo”, concluyendo que “no se conformaría a derecho que a la profesional docente contratada con sucesivos contratos a plazo fijo se le haya puesto término a su contrato, si se encontraba en la ocasión amparada con el fuero maternal”.

A mayor abundamiento, el dictamen establece que “en nada podría desvirtuar lo anterior, a juicio de esta Dirección, lo dispuesto en el artículo 25 de ley N° 19.070...” -que distingue labores titulares y labores a contrata-, ya que “como el legislador no ha eximido a las mismas (las labores a contrata) de la aplicación del fuero maternal, necesario resulta convenir que ellas también estarían afectas a tal impedimento de término de contrato, salvo que el juez previamente lo hubiere autorizado”. Y por último, concluye que “regiría el fuero laboral para los profesionales de la educación del sector municipal de que se trata, por lo que si el empleador pretende poner término a un contrato de plazo fijo o de reemplazo de estos profesionales deberá requerir la autorización judicial previa para tal efecto”.

En síntesis, se estima que la Dirección del Trabajo ha hecho una correcta interpretación de la ley laboral respecto de las docentes a contrata del sector municipal, en armonía con el principio protector, o si se quiere, en armonía con el principio que debe regir en materia de derechos fundamentales, el principio *pro homine*.

Ahora bien, respecto de la aplicación del artículo 159 n° 4 del Código del Trabajo en relación con transformación del contrato de plazo fijo a uno de término indefinido, la Dirección del Trabajo ha dictaminado su inaplicabilidad<sup>125</sup>, atendiendo a criterios formales, argumentando que los servicios de un contratado son intrínsecamente de carácter transitorio o temporal, de duración limitada en el tiempo, no concibiéndose la posibilidad de contratar en ejercicio de labores permanentes<sup>126</sup>.

No se comparte el criterio sostenido por la Dirección del Trabajo en este punto, por cuanto considera el problema en términos teóricos formales y no en su dimensión real, en que existe un sinnúmero de contrata para el ejercicio de labores permanentes, o “contratas de duración indefinida”, lo que por lo demás, ha sido un problema nacional, y ha llevado a soluciones improvisadas como lo son las leyes de titularidad docente Ley N° 16.648 de 1999, y la reciente Ley 20.804 de 2014 que renueva la vigencia de la ley n° 19.648, de 1999, sobre acceso a la titularidad de los docentes a contrata en los establecimientos públicos subvencionados. Luego, una interpretación en base a lo que ocurre en la realidad, atendiendo al artículo 71 del Estatuto Docente, y dando aplicación supletoria al artículo 159 n°4 podría tener perfecta aplicabilidad en los casos en que la situación concreta no se ajusta a funciones transitorias, como lo son las

---

<sup>125</sup>En este sentido el Dictamen N° 3759/169 de fecha 27.06.94.

<sup>126</sup>No obstante ello, cabe señalar que este Dictamen N° 3759/169 de 1994 reconsideró la doctrina contenida en el Dictamen N° 1253/73 de fecha 22 de marzo de 1993, que sí resolvió en sentido pro trabajador, considerando como indefinida una contrata que se renovaba por tercera vez. Y asimismo, el Dictamen N° 2962/141 de 1992, reconoció la improcedencia de la incorporación de un profesional de la educación bajo la modalidad a contrata para la realización de labores permanentes como lo son los cursos de matemática, castellano, historia, etc. Aunque en dicha oportunidad se dictaminó la inaplicabilidad del artículo 159 n° 4 y se desestimó la transformación del contrato de plazo a indefinido toda vez que entre cada contratación había mediado el correspondiente finiquito, y en esa fecha, en el año 1992, aún no se incorporaba el actual inciso segundo del art. 159 n° 4 (prestar servicios por 12 meses dentro de quince meses convierte el contrato de plazo fijo en uno indefinido).

contratas. En este sentido lo ha interpretado y fallado alguna jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, como se verá en el próximo apartado.

#### **4.1.2. Jurisprudencia administrativa Contraloría General de la República<sup>127</sup>.**

La Contraloría General de la República se pronuncia en casos atinentes a docentes del sector municipal que dependen directamente de la Municipalidad, a través de las Direcciones de Administración y Educación Municipal (DAEM) o de las Direcciones de Educación Municipal (DEM), y cuya vinculación y desvinculación se realiza por medio de la dictación del decreto alcaldicio correspondiente.

En términos generales, este ente fiscalizador se ha pronunciado a favor del fuero maternal en la mayoría de los casos consultados. Así, ha señalado que no procede el cese de funciones de funcionaria a contrata, ya sea anticipadamente o por la llegada del plazo de su designación, cuando acredita su estado de embarazo, salvo autorización previa del juez competente, debiendo, por ende, continuar dicha contrata hasta que termine el fuero maternal que le corresponde<sup>128</sup>.

Y en específico, ha dictaminado que la docente contratada para cumplir labores transitorias por un plazo determinado se encuentra protegida por el

---

<sup>127</sup> La revisión de dictámenes de la Contraloría General de la República fue hecha abordando el periodo de vigencia del Estatuto Docente, desde el año 1990 hasta el 2015. Se seleccionó un total de nueve dictámenes. La recopilación se realizó principalmente del sitio web de esta entidad [www.contraloria.cl](http://www.contraloria.cl), y aquellos dictámenes que no se encontraban disponibles en línea fueron requeridos a dicha entidad por Ley 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública.

<sup>128</sup> Ver sección "Atención a usuarios", "preguntas frecuentes", "cese de funcionarios de funciones a contrata", ¿Es posible cesar una designación a contrata de funcionaria que se encuentra embarazada? [en línea] Disponible en: <[http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/v3ESP?\\_nfpb=true&\\_pageLabel=P18200239681286226265111](http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/v3ESP?_nfpb=true&_pageLabel=P18200239681286226265111)> [consulta: 7-04-2015]

fuego maternal, “no pudiéndose poner término a su contrato de trabajo durante el período del embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad”<sup>129</sup>, y que el fuego maternal de la docente “solo le confiere protección en lo relativo al cese de funciones y a conservar la jornada laboral que tenía al iniciarse el periodo de inamovilidad, pero no le concede inviolabilidad en el régimen remuneratorio”<sup>130</sup>.

Sin embargo, en ciertos casos ha determinado que no es necesario el desafuero. Se trata de un caso de una habilitada por el ministerio de educación para el ejercicio de la docencia de acuerdo lo estipulado en el art. 2 de la ley 19.070<sup>131</sup>, y de las docentes que ejecutan labores de reemplazo. En el primero de ellos, dictaminó que la habilitada tiene derecho a fuego únicamente por el período que dure la habilitación, fundamentándose en que “este tipo de ceses opera con prescindencia de las normas de inamovilidad en el empleo. Y que ello es así puesto que esas reglas de estabilidad solo juegan en relación a la eventual facultad de poner término a las funciones por parte de la autoridad administrativa, pero no tienen cabida en los casos en que el alejamiento o desvinculación del servidor de su institución empleadora, deriva de la aplicación de la ley”, situación que aconteció en esta oportunidad.

Y bajo la misma lógica, en relación con la docente contratada para labores de reemplazo, ha dictaminado que el fuego finaliza “por el solo ministerio de la ley, al reasumir el titular del cargo que produjo el reemplazo”<sup>132</sup>, que “sólo se extiende por el período que dure la ausencia del docente titular, dada la

---

<sup>129</sup> Dictamen N° 50.896 de 2008

<sup>130</sup> Dictamen N° 55.666 de 22-07-2014

<sup>131</sup> Dictamen N° 25298/98 de fecha 21 -07-1998

<sup>132</sup> Dictamen N° 78.460, de fecha 18.12.2012

naturaleza transitoria de su función”<sup>133</sup>, “dado que a sus contrataciones no cabe asignarles una data de termino distinta de la que determina la ausencia del profesional que se reemplaza, puesto que su designación está estrechamente vinculada al lapso durante el cual este último se halla imposibilitado, por cualquier causa, de cumplir sus funciones, de modo tal que las labores de reemplazo finalizan, por el solo ministerio de la ley al reasumir el titular del cargo que produjo el reemplazo”<sup>134</sup>. Concluye el dictamen que “en el caso de las empleadas que son contratadas para desempeñarse como suplentes, sólo tienen derecho a fuero maternal por el tiempo que se mantienen vigentes sus contrataciones, ya que respecto de estas designaciones la autoridad no puede disponer su prórroga, de manera que sea que la suplencia opere por vacancia del cargo o por impedimento del titular, el nombramiento en propiedad de un servidor en el cargo vacante o el reintegro en sus funciones del impedido, determina que en ambos casos no haya cargo que desempeñar, es decir, desaparezca la causa que le sirve de fundamento a sus contrataciones, extinguiéndose tales suplencias de pleno derecho. La naturaleza de los contratos de reemplazo de docentes es asimilable a las contrataciones de suplentes por ausencia del titular, porque en ambos casos las contrataciones se verifican porque el titular de un cargo no puede desempeñarlo, y se extinguen al momento de reincorporarse el titular a sus funciones, por lo que dichas docentes reemplazantes sólo gozan del fuero analizado durante el tiempo que se extienda la ausencia del titular del cargo que sirven”<sup>135</sup>.

En definitiva, la Contraloría realiza una interpretación formalista y a la vez restrictiva de la normativa referida al fuero maternal, que no entra al fondo de los derechos en afectación, sino que se limita a establecer, bajo un criterio

---

<sup>133</sup> Dictamen N° 19.511, de fecha 15.04.2009. En el mismo sentido, ver dictámenes N° 36.321, de 2002; y 50.894 y 50.896, ambos de 2008.

<sup>134</sup> Dictamen N°. 36.321, de fecha 17.09.2002.

<sup>135</sup> *Ibíd.*

legalista, los actos que puede o no puede realizar la empleadora, lo que es consecuencia lógica de la labor que le es encomendada, de revisar la legalidad de los actos administrativos.

Respecto de las labores a contrata que no son reemplazos, se estima que la Contraloría General de la República ha interpretado y dictaminado de manera correcta, dando consecuentemente, preeminencia a la protección de la maternidad, y a los bienes jurídicos que se encuentran detrás del fuero maternal. Sin embargo, frente a los dictámenes referidos a la habilitada para ejercer docencia y a las labores de reemplazo -ambos fundamentados en que el término de las funciones deriva de la aplicación de la ley-, no se comparte el criterio sostenido. Se estima que en estos casos, al igual que en los restantes casos de funciones transitorias, es la ley la que establece la transitoriedad de dichas funciones, sean de reemplazo, sean labores de una habilitada, o labores transitorias en general consideradas dentro de las funciones a contrata, más aún teniendo presente que la norma contenida en el artículo 194 del CdT no hace ningún distingo, de ningún tipo, salvo que la trabajadora esté acogida en algún sistema previsional. Y como lo señala el conocido aforismo, “donde la ley no distingue, no es lícito al intérprete distinguir”.

#### **4.2. Jurisprudencia judicial<sup>136</sup>**

Bajo el criterio de búsqueda “fuero maternal” en la base jurisprudencial del Poder Judicial, el sistema arrojó un total de 148 sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, tanto de la Corte Suprema como de Cortes de

---

<sup>136</sup> Se realizó una búsqueda en la base jurisprudencial del Poder Judicial, bajo el criterio de búsqueda “fuero maternal”, revisando un total de 148 sentencias, seleccionando las que eran referidas a desafuero en docentes a contrata, y en la base jurisprudencial de Microjuris, bajo el criterio de búsqueda “Fuero maternal Estatuto Docente”, arrojándose más de 3.000 fallos, revisando un total de 500 sentencias, seleccionando las referidas a docentes a contrata.

Apelaciones, de las que en primer término se seleccionó las referidas concretamente a las trabajadoras docentes del sector municipal, correspondiente a un total de 6 sentencias.

Luego, bajo el mismo criterio de búsqueda, se revisó y seleccionó las sentencias referidas a casos de docentes no pertenecientes al sector municipal, y asimismo, se seleccionó algunos casos de trabajadoras del sector municipal no docente y algunos casos de trabajadoras del sector privado, sobre todos los cuales aparecieron o se vislumbraron criterios jurisprudenciales relacionados tangencial o directamente con el objeto de estudio, razón por la cual se estimó relevante incorporarlos al análisis. Y si bien puede no consistir en casos que hayan acaecido a docentes del sector municipal, arrojan suficientes luces respecto de la doctrina contenida en la jurisprudencia referida a la institución del fuero maternal en general, y es dable presumir que pudieren presentarse en casos de docentes del sector municipal, con el mismo análisis jurídico, valoración, y ponderación de los bienes jurídicos en juego.

Del mismo modo, se realizó una búsqueda del sitio [www.microjuris.cl](http://www.microjuris.cl), bajo el criterio de búsqueda “Fuero maternal Estatuto Docente”, seleccionando 17 fallos, referidos a casos que abordan de manera directa o tangencialmente el problema de estudio. Y de estas sentencias seleccionadas, se identificó los criterios jurídicos subyacentes que serán abordados en este apartado.

La exposición de la jurisprudencia judicial se realizará entonces sobre la base de los criterios jurisprudenciales subyacentes siguientes, encontrados en los fallos:

- i) Artículo 174 del CdT: ¿Facultad del juez de desaforar o automatismo?;
  
- ii) ¿Contratas terminan de pleno derecho?;

iii) Preeminencia de la protección a la maternidad y protección a la fuente de empleo;

iv) Argumento teleológico o de la finalidad del fuero;

v) Derecho a la seguridad social; y por último;

vi) Contratas de duración indefinida: ¿Aplicabilidad supletoria del CdT, o no aplicabilidad por especialidad del Estatuto Docente?.

Se expondrá junto a cada criterio jurisprudencial, lo pertinente de las sentencias seleccionadas, para ilustrar de mejor manera el estado del arte del problema objeto de investigación.

**i) Artículo 174 del CdT: ¿Facultad del juez de desaforar o automatismo?<sup>137</sup>**

La norma estatuida en el artículo 174<sup>138</sup>, referida a la autorización del juez para el desafuero en general, utiliza la expresión “quien podrá concederla”. Luego, en relación con tal disposición, la jurisprudencia ha fallado en dos sentidos: a) considerando una facultad del juez, en que éste puede conceder o no la autorización, o b) considerando que el juez debe conceder la autorización en los casos mencionados en la norma, y su labor es examinar que en el caso concreto se trate de alguno de dichos supuestos normativos. Esta divergencia

---

<sup>137</sup> Este criterio fue el pesquisado en mayor medida, en una cantidad importante de fallos.

<sup>138</sup> Art. 174 inciso 1° dispone: “En el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160”.

en el criterio interpretativo utilizado ha sido la más controvertida, y sobre la cual se encontró el mayor número de casos.

Se pesquisó las siguientes sentencias:

- Corte Suprema causa Rol N° 5139-07<sup>139</sup>

El máximo Tribunal, fallando a favor de la trabajadora, desestimó los argumentos esgrimidos por la recurrente de casación en el fondo -una Corporación Municipal-, y en relación con el punto de análisis, considera lo siguiente:

“Que, además, resulta procedente anotar que el artículo 174 Código del Trabajo, otorga una facultad a los jueces laborales y en su ejercicio difícilmente podría concebirse un error de derecho, considerando también que esta prerrogativa no se satisface con la simple comprobación mecánica de los elementos necesarios para otorgar o rechazar una autorización como la de que se trata”.

- Corte Suprema causa Rol N° 6655-07<sup>140</sup>

En una interpretación literal del artículo 174 que otorga una facultad al juez, fallando a favor de la trabajadora, con similares argumentos, consignó:

“Séptimo: Que del texto legal transcrito aparece, claramente, que el legislador otorga al juez una facultad, esto es, el poder o derecho discrecional para hacer alguna cosa, la que puede y debe ejercer en plenitud, sin que baste al efecto, la simple comprobación mecánica de

---

<sup>139</sup> En en fallo de fecha 24 de diciembre de 2007, recurso de casación en el fondo rechazado, presentado por la Corporación Municipal de Renca, en contra de la sentencia que negó lugar a la autorización judicial para desaforar a una docente contratada.

<sup>140</sup> En sentencia de fecha 27 de marzo de 2008, en el caso de una docente contratada del sector municipal.

una situación de hecho, siendo imprescindible la armónica conjugación de todos los elementos de juicio que hayan sido puestos a su disposición por las partes. Ha de recordarse que en un proceso de desafuero, se encuentran comprometidos valores y objetivos adicionales a los que fluyen del término de una relación laboral pura y simple.

Octavo: Que tratándose entonces de una prerrogativa exclusiva de los jueces de la instancia, resulta descartable la existencia de un error en su ejercicio...”.

- Corte Suprema en causa Rol N° 3999-2009<sup>141</sup>

Con casi idéntico tenor literal, el máximo tribunal falló en esta causa:

"Que del texto legal transcrito aparece, claramente, que el legislador otorga al juez una facultad, esto es, el poder o derecho discrecional para hacer alguna cosa, la que puede y debe ejercer en plenitud, sin que baste al efecto, la simple comprobación mecánica de una situación de hecho, siendo imprescindible la armónica conjugación de todos los elementos de juicio que hayan sido puestos a su disposición por las partes, ello por cuanto en un proceso de desafuero se encuentran comprometidos valores y objetivos adicionales a los que fluyen del término de una relación laboral pura y simple...".

- Corte de Apelaciones de Puerto Montt Rol N° 16-10<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> Sentencia de fecha 12 de agosto de 2009, de una trabajadora no docente regida por el Código del Trabajo.

<sup>142</sup> Sentencia de fecha 25 de marzo de 2010. Este fallo desestima el recurso de nulidad interpuesto por la Municipalidad de Puerto Montt en contra de la sentencia que rechaza la demanda de desafuero de una profesora contratada para una labor de reemplazo. Si bien posteriormente es revocada por la Corte Suprema, en una unificación de jurisprudencia que se expone a continuación, Rol N° 2821-10, ello no le resta mérito a los argumentos de derecho contenidos en el fallo.

Este es el único fallo encontrado que considera también protegidas por el fuero maternal a las docentes reemplazantes, aunque luego fue revocado en la Corte Suprema. Se estima de primera relevancia los argumentos contenidos en esta sentencia, que atiende al elemento literal y al elemento sistemático, lo que se expresa en los considerandos siguientes:

“SEGUNDO: ...no existe norma alguna que exima a la empleadora en el caso de una trabajadora regida por el Estatuto Docente, para proceder ipso facto al despido de una trabajadora amparada por el fuero maternal, omitiendo la norma del artículo 174 del Código del Trabajo.

TERCERO: Que en efecto, aún tratándose de una trabajadora de la educación en régimen de contrato de reemplazo, es plenamente aplicable lo prescrito en el artículo 71 de la referida ley 19.070... En ese ámbito el artículo 194 del Código del Trabajo dispone que la protección a la maternidad se regirá por las disposiciones del presente título II del Libro II del mismo Código y quedan sujetos a ellas los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades...

CUARTO: Que así las cosas una interpretación armónica entre las normas del Estatuto Docente y el Código del Trabajo, no pueden sino llevar a la conclusión que las normas sobre protección a la maternidad cubren a los funcionarios de la administración pública municipal, debiendo sus normas primar sobre todo vacío reglamentario en esta materia.

QUINTO: Entonces enfrentados a una causal objetiva de término de contrato... es al juez a quien le compete determinar si autoriza o no el despido de la misma, para lo cual debe tener en consideración no sólo la concurrencia de la causal de término del contrato de reemplazo, sino

ponderar todos los elementos de convicción que en una debida relación procesal bilateral, debe el tribunal ponderar para hacer lugar o denegar la pretensión que el empleador debió someter a su consideración”.

- Corte de Apelaciones de San Miguel Rol N° 191-2013<sup>143</sup>

En esta sentencia con contenido “pro trabajador”, referida a una docente de un establecimiento particular subvencionado, se recurre a la interpretación literal de la norma contenida en el artículo 174:

“SEGUNDO: ... en esta disposición se contiene una facultad del tribunal, lo que se demuestra por el uso de la frase “podrá”, pudiendo analizarse su ejercicio únicamente en el caso de que ella sea ejercida en forma arbitraria;

TERCERO: Que cabe precisar que el plazo fijado para el término del contrato de trabajo y las restantes situaciones previstas en el artículo 174 del Código del Trabajo, por sí solas no constituyen causal de desafuero. En efecto, aun cuando el empleador esgrima como motivo de finalización del contrato de trabajo, alguna de las causales objetivas descritas en la aludida norma, el legislador expresamente prohíbe a éste poner término a la relación laboral y despedir a una trabajadora amparada por fuero maternal, sin autorización judicial previa, lo que permite inferir que corresponde al juez de la causa, conforme al mérito del proceso, calificar las circunstancias que permitan o no acceder el desafuero solicitado...”

- Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol N° 141-2009<sup>144</sup>

---

<sup>143</sup> Fallo de fecha 20 de junio de 2013. Resulta interesante apuntar que en esta causa la parte vencida presenta un recurso de unificación de jurisprudencia, el cual es rechazado por la Corte Suprema, en causa Rol N° 4752-13.

<sup>144</sup> Sentencia de fecha 1 de septiembre de 2009

Si bien se trata de un caso de una docente perteneciente al sector particular, los razonamientos de la Corte son análogos:

“... aún cuando se considerase que estamos en presencia de un contrato de plazo fijo, tales presupuestos no permiten resolver si el despido de la trabajadora se justifica de modo general, ya que a éstos deben añadirse otras causas substantivas o de fondo, que obliguen a la empleadora a poner término al contrato de la trabajadora, puesto que para conceder el desafuero el juez debe ejercer en plenitud su facultad superando la simple comprobación empírica de una situación de hecho, ejerciéndola con prudencia, al encontrarse comprometidos valores de orden público que desbordan la mera formalidad de los contratos, en orden a discurrir en justicia sobre la conveniencia, y legalidad del término de la relación laboral..”

- Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 4683-2007<sup>145</sup>

“1°La persona aforada goza del privilegio -discriminación positiva- de una especial protección a la estabilidad de su empleo. Esa es la regla general, vale decir, que no puede ser despedida ni es posible de alguna manera dejarla cesante mientras subsiste su condición de privilegio;

2°.- Que es necesario plantear así el asunto pendiente para advertir que lo que ha hecho el legislador en el artículo 174 del Código del Trabajo es establecer la posibilidad que de manera excepcional se pueda desahuciar a un dependiente aforado y lo hace de tal manera

---

<sup>145</sup> De fecha 4 de junio de 2008. Esta sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago fue revocada por la Corte Suprema, en causa Rol N° 2821-10 que igualmente se revisa en este capítulo, en la página 73.

que, recurriendo al verbo “poder”, confía la discreción del juez el discernir si se dan las condiciones para que ese privilegiado vea cesar su vínculo de dependencia. La expresión “quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159” apunta a una facultad encomendada a la judicatura y que, como tal facultad, exige en su ejercicio de una justificación para legitimarse”.

- Corte de Apelaciones de Valdivia Rol N° 39-13<sup>146</sup>

“TERCERO: Que del tenor de la disposición legal mencionada se desprende claramente que resulta facultativo para el Tribunal conceder o no la autorización solicitada, aún cuando la causal invocada, es de aquellas que permiten al Tribunal acceder a dicha petición, lo que el Tribunal deberá resolver en cada caso en particular, tomando en consideración las circunstancias existentes y acreditadas por las partes. No se trata en consecuencia, que ante la simple constatación de la causal, el juez se encuentre obligado a autorizar el despido, pues ello es lo opuesto al ejercicio de una facultad.

CUARTO: Que, en este orden de ideas, aparece que el juez al momento de adoptar su decisión, debe considerar otros valores, a objeto de velar por el respeto a la Carta Fundamental, en especial por cuanto el artículo 1° establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y, además, atendida la protección que el propio texto constitucional otorga al niño que está por nacer, lo que debe igualmente armonizarse con los principios protectores del derecho del trabajo.

---

<sup>146</sup> De fecha 17 de mayo de 2013. Es el caso de una docente de un colegio particular subvencionado.

NOVENO: ...el juez a quo fundó su decisión en razones de carácter constitucional, a fin de brindar protección al niño que está por nacer, estimando más conveniente extender los beneficios del fuero laboral a la trabajadora, que reincorporar a un tercero, cuya reincorporación está sujeta precisamente al resultado de la presente causa”.

- Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 850-13<sup>147</sup>

En este fallo “pro trabajador”, consigna:

“5º)... La interpretación de la demandante en orden a que es obligatorio otorgar el desafuero por la existencia de un contrato a plazo fijo y la llegada del mismo, es contraria al mismo texto legal, que utiliza el verbo "podrá", que inequívocamente se refiere a una facultad; y también contraría el sentido de la norma, que estriba en la protección a la maternidad de la trabajadora; abundando la sentenciadora en los considerandos siguientes en razones consagradas en el bloque de constitucionalidad sobre la protección de la vida de la madre y del que esté por nacer, lo que responde a la necesidad de conservar la fuente de sustento de aquella durante su estado de gravidez y puerperio;

6º) Que por tanto, aún cuando la causal legal de terminación del contrato de trabajo de vencimiento del plazo es de carácter objetivo, ella cede ante las disposiciones sobre protección de la maternidad y que obligan a solicitar autorización judicial previa para despedir a la trabajadora con fuero maternal, que precisamente es una facultad que deberá ejercerse conforme a las circunstancias”.

---

<sup>147</sup> Sentencia de fecha 30 de septiembre de 2013. Este caso es de una docente asistente de aula del sector subvencionado.

- Fallo Corte Suprema Rol N° 7004-2008<sup>148</sup>

Es el caso de una trabajadora regida por el Código del Trabajo, en que se interpreta el artículo 174 de manera literal:

“Tercero: Que el artículo 174 del Código del Trabajo señala que en el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160, de lo que se concluye que no puede haber infracción a la norma transcrita si los jueces del fondo, actuando dentro de sus facultades, no revisables por esta Corte Suprema por la vía de la casación en el fondo, determinan fundadamente la no concurrencia de los requisitos en que se sustenta la demanda”.

En otro sentido, que asimismo reconoce como una facultad la estatuida al juez en el artículo 174, existen sentencias que confirman el desafuero conferido en los tribunales *a quo*, precisamente por ser una facultad del juez, que se revisan a continuación.

- Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 240-10<sup>149</sup>

En el caso de una profesora de una escuela de lenguaje, resolvió en estos términos:

“Noveno: Cómo se puede apreciar, la demandante hizo uso de una facultad legal que le permite solicitar la autorización previa para una trabajadora que se encontraba con fuero laboral, teniendo presente que su contrato era a plazo fijo, situación conocida de la recurrida”.

---

<sup>148</sup> De fecha 24 de noviembre de 2008.

<sup>149</sup> Sentencia de fecha 27 de julio de 2010.

- Corte de Apelaciones de La Serena Rol N° 31-11<sup>150</sup>

Este fallo confirma el desafuero autorizado por el juez *a quo*. Frente al principio de protección a la maternidad, y con una acotada concepción de la finalidad del fuero maternal, argumenta:

“Debe tenerse en cuenta que el respeto del principio en referencia no puede tener un carácter extremo y absoluto como parece pretender el recurrente, quien propugna que en todo caso en que una trabajadora caiga en estado de embarazo ha de asegurársele su fuente laboral no importando que se la hubiera contratado para efectuar un trabajo determinado que ya se hubiera ejecutado o para prestar labores por un plazo determinado que hubiera vencido, o que hubiera incurrido en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 160 del Estatuto Laboral. Sostener esta tesis haría que perdiera vigencia, tratándose de trabajadoras embarazadas, la facultad que concede al juez el artículo 174 del Código del Trabajo en su inciso 1°, de conceder el desafuero en los casos de los números 4 y 5 del artículo 159 y del artículo 160 del Código del Trabajo. No parece ser la protección de la maternidad un principio que tenga la facultad de cambiar por el hecho del embarazo lo voluntariamente contratado y transforme los contratos a plazo, o por obra o faena en indefinidos”.

Cabe señalar que yerra este fallo al concebir como una consecuencia jurídica del fuero la transformación del contrato a plazo fijo a uno de término indefinido.

---

<sup>150</sup> Sentencia de fecha 13 de mayo de 2011.

Y en algunos fallos se ha desestimado absolutamente los argumentos jurídicos con base en la protección de la maternidad, siendo considerados éstos como “motivaciones ajenas” a la ley y no de índole laboral, como “argumentos valóricos acerca de la protección de la familia y la maternidad”, o como argumentaciones “de carácter humanitario”. En este sentido se consignan los siguientes:

- Corte Suprema Rol N° 4295-2008<sup>151</sup>

Con un criterio interpretativo restrictivo, el fallo señala que se deben dejar fuera las “argumentaciones de carácter humanitario”, a las que supuestamente habría atendido la Corte de Apelaciones de Santiago para resolver el asunto en litigio –derecho a la seguridad social, y derecho del feto estatuido en el art. 19 n° 1 de la Constitución Política de la República-:

“Octavo: Que, por consiguiente, queda en evidencia que se ha desestimado la autorización judicial para desaforar basándose en consideraciones ajenas a las señaladas en la ley que resuelve el asunto, situación que no resulta admisible y que debe ser enmendada. En efecto, ante la colisión de derechos que se advierte en la situación en análisis, el conflicto debe ser resuelto en atención a consideraciones de orden laboral que justifiquen que la razón esgrimida por la actora para poner término al vínculo contractual - vencimiento del plazo, como en este caso- no es efectiva o enmascara otras de índole diversa e injustificada. Dicha carga, en todo caso y atendido lo que dispone el artículo 1698 del Código Civil, debió ser asumida por la demandada... De esta manera, las argumentaciones expresadas por el tribunal recurrido -de carácter

---

<sup>151</sup> De fecha 23 de septiembre de 2008. Este fallo es referido a un caso de una profesora regida por el Código del Trabajo, que revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 4.683-2007, que había fallado a favor de la trabajadora.

humanitario- son ajenas a los términos y condiciones en que se desarrolló la relación laboral por lo que no pueden ser atendidas en la solución de esta litis...”.

- Corte de Apelaciones de La Serena causa Rol N° 79-10<sup>152</sup>

“Que, como se puede observar, el fallo recurrido desestima otorgar la solicitud de autorización judicial a la empresa demandante para poner término al contrato del trabajo de las demandadas protegidas son el fuero maternal, fundado en motivaciones ajenas a las contempladas en la ley concerniente a la controversia...”

Y luego el fallo cita la jurisprudencia de la Corte Suprema antes referida, Rol N° 4295-2008<sup>153</sup>.

- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2002-2011<sup>154</sup>

En él, se consigna que el sentenciador *a quo* utilizó:

“..argumentos valóricos acerca de la protección de la familia y de la maternidad y resguardo de la vida del que está por nacer, todo ello ajeno a las razones legales que debió ponderar...”, y “Que en la especie concurre la

---

<sup>152</sup> De fecha 27 de julio de 2010

<sup>153</sup> En este fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena de manera casi textual se señala: “La Excma. Corte Suprema, ha sostenido que ante la colisión de derechos que se observa en la situación como la que se pondera, la contienda debe ser dilucidada en base a consideraciones de índole laboral que justifiquen que la razón esgrimida por la demandante para poner término al vínculo contractual por término de la obra o servicio, no es efectiva o enmascara otras de orden diversa e injustificada, carga probatoria que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil, correspondía a las demandadas de acuerdo con la vinculación contractual, por lo que no cabe sino concluir que, efectivamente, se ha incurrido en un error de derecho, derivado de una equivocada interpretación del artículos 159 N° 5 y 174 ambos del Código del Trabajo”.

<sup>154</sup> Sentencia de fecha 29 de junio de 2012.

hipótesis prevista en el artículo 174 antes citado, pues el contrato que ligaba a las partes era de plazo fijo y por lo tanto debió otorgarse el desafuero impetrado, no siendo idóneos los argumentos consignados en el fallo para rechazarlo, pues se aparta de las normas legales que regulan la materia y de los hechos que configuraron la relación laboral”.

- Corte de Apelaciones de Valparaíso en causa Rol N° 84 - 2013<sup>155</sup>

En idéntico sentido falló esta Corte, que revoca la sentencia que había rechazado la demanda de desafuero. En esta sentencia se cita el mismo considerando de la sentencia de la Corte Suprema antes referida, Rol N° 4295-2008, bajo la misma idea de que no es posible recurrir a circunstancias ajenas a la relación laboral para rechazar la demanda de desafuero. Resulta interesante que en la parte considerativa, la Corte se propone determinar el correcto sentido y alcance del artículo 174, concluyendo que en los presupuestos fácticos establecidos en dicha norma el juez “puede” desaforar, y no frente a otros presupuestos fácticos diversos<sup>156</sup>.

“7º Que la expresión contenida en la norma citada, que indica que el juez “podrá” autorizar el desafuero cuando se invoquen las causales señaladas precedentemente, debe interpretarse en el sentido que sólo cuando se invoquen dichas causales el juez está facultado para autorizar el despido... de sostenerse la interpretación efectuada por la Juez de la instancia, se dejaría sin aplicación la norma contenida en el artículo 174 del Código del Trabajo. En efecto, cada vez que se solicitara el desafuero maternal, por invocación del vencimiento del plazo estipulado

---

<sup>155</sup> De fecha 14 de mayo 2013. Esta causa corresponde a una trabajadora no docente, del sector particular.

<sup>156</sup> Sin perjuicio de lo cual, la Corte revoca la sentencia de primera instancia en la que el juez precisamente ejerce esta facultad, negando lugar a la autorización de desafuero.

por las partes en un contrato de trabajo a plazo fijo, toda vez que siempre se haría primar la condición de embarazo de la trabajadora, en función de los principios de protección a la maternidad y pro operario, tornando en ineficaz la norma citada”.

Es menester apuntar el voto disidente de este fallo, que, reconociendo en la norma contenida en el artículo 174 una “prerrogativa exclusiva del juez del fondo, resulta descartable afirmar su equivocado ejercicio... que la materia debatida resulta interpretable... a mayor abundamiento, no procede invocar un error de derecho por la forma en que la sentenciadora a quo ha interpretado la norma del artículo 174 del estatuto protector, desde que existen buenos argumentos para entender que tal disposición legal admite más de un sentido y alcance”.

- Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 37-12<sup>157</sup>

En un razonamiento diverso, que igualmente reconoce como facultativo para el juez autorizar el despido de acuerdo al artículo 174, señala la sentencia:

“Séptimo: Que el artículo 174 mencionado confiere una facultad al juez del trabajo para conceder o negar la solicitud de desafuero, lo que no implica que puede utilizar dicha facultad en forma arbitraria sino que debe cerciorarse que el motivo por el cual se ha hecho tal petición sea efectivo, esto es, que el empleador compruebe ante el tribunal competente que el motivo del término del contrato de una trabajadora aforada por causa del embarazo se debe al vencimiento del plazo del contrato y no a uno diferente, siendo, en consecuencia ésa la forma de protección a la maternidad que establece el legislador con el fin de evitar

---

<sup>157</sup> Sentencia de fecha 10 de febrero de 2012. Este caso es de una trabajadora no docente del sector privado, contratada a plazo fijo.

que una mujer embarazada sea despedida sólo por el hecho de estar en ése estado, debiendo contar con la aprobación del juez laboral”.

- Corte Suprema Rol N° 24.386-2014<sup>158</sup>

Este reciente fallo de la Cuarta Sala resulta de máxima relevancia, ya que si bien es referido a una docente del sector particular subvencionado, es una sentencia de unificación de jurisprudencia acogida a favor de la trabajadora, que muestra el cambio de criterio del Máximo Tribunal, hacia uno “pro trabajador”. La sentencia comprende la facultad del juez de autorizar el desafuero no como un ejercicio de comprobación mecánica de del vencimiento del plazo, sino que como el deber de analizar el caso concreto, y a la luz de la normativa internacional de derechos humanos, y del “bloque de constitucionalidad”. Esta sentencia además contiene los criterios de preeminencia de la protección a la maternidad y protección a la fuente de empleo, y el argumento teleológico o de la finalidad del fuero. Dada la indiscutible trascendencia de este fallo, y para una más acabada comprensión de esta doctrina jurisprudencial, es que se cita en extenso lo pertinente:

“4º Que, en consecuencia, coexisten varias interpretaciones sobre una idéntica materia de derecho, a saber, el recto sentido y alcance de la norma contenida en el artículo 174 del Código del Trabajo; por lo que se debe establecer cuál es la correcta, y, para ello, se debe considerar que la maternidad se encuentra resguardada en instrumentos internacionales de contenido general, a saber, artículo 25 número 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos... artículo 10 número 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales... y el

---

<sup>158</sup> Sentencia de fecha 10 de julio de 2015.

apartado 2 del artículo 11 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer... el Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo...”.

6º Que, en consecuencia, al juez laboral se le concede la potestad de consentir o denegar la petición formulada por el empleador para desvincular a una trabajadora embarazada, la que debe ejercer ya sea que se invoque una causal de exoneración subjetiva u objetiva, y para decidir, en uno u otro sentido, debe examinar los antecedentes incorporados en la etapa procesal pertinente, conforme las reglas de la sana crítica y a la luz de la normativa nacional e internacional indicada en el motivo 4º; esta última precisamente por lo que dispone en el artículo 5 de la Carta fundamental, que consagra el nominado “bloque de constitucionalidad.

Una conclusión en sentido contrario, esto es, que el juez con competencia en materia laboral debe imperiosamente acoger la solicitud de desafuero una vez que verifica que se acreditó la causal objetiva de término de contrato de trabajo invocada, no permite entender la razón por la que el legislador estableció que previo a desvincular a una dependiente grávida, debe emitirse un pronunciamiento en sede judicial, que, evidentemente, puede ser positivo o negativo para el que lo formula”.

Y en la sentencia de reemplazo se sintetiza los argumentos esgrimidos:

“1º Que, en consecuencia, no es suficiente la concurrencia de una causal objetiva para desaforar a una mujer embarazada, en el caso de autos, la contemplada en el número 4 del artículo 159 del Código del Trabajo, pues

cede ante la normativa ya señalada y que tiene por finalidad tutelar efectivamente los derechos de la madre y del niño que está por nacer, para velar por su subsistencia y supervivencia, colocando a la trabajadora en una situación diferente en relación a los otros dependientes, y es por ello que el empleador debe acreditar ante el juez laboral la necesidad material de acceder a la petición de desafuero, quién puede concederla, según lo prescrito en el artículo 174 del Código del Trabajo”.

## ii) ¿Contratas terminan de pleno derecho?

Detrás de varias sentencias se encontró la línea argumentativa basada en que las labores de contrata terminan de pleno derecho, esto es, que terminan con el vencimiento del plazo estatuido en la contrata. Luego, no sería necesario requerir la autorización judicial para poner término a la relación laboral, toda vez que ésta habría concluido *ipso iure*, y con ella, también habría concluido el fuero. Sin embargo, se pesquisó cierta doctrina diversa y opuesta, que si bien corresponde al fallo de una Corte de Apelaciones luego revocada por la Corte Suprema, contiene argumentos jurídicos relevantes a favor de la protección de la maternidad, y que se expone en la parte final de este apartado.

- Fallo Corte Suprema, Rol N° 2462-07<sup>159</sup>

“Cuarto: Que sobre la base de los hechos descritos en el motivo anterior, los jueces del fondo concluyeron que el término de los servicios prestados por la actora se produjo de conformidad a lo dispuesto por la

---

<sup>159</sup> De fecha 21 de junio de 2007, correspondiente a un contrato de reemplazo. La profesora recurre de casación contra fallo que rechaza demanda de nulidad del despido, contra municipalidad que le dio término a la relación por el art. 72 letra c) del ED (actual letra d), término del período por el cual se efectuó la contratación).

letra c) del artículo 72 de la Ley 19.070, por lo que no ha requerido autorización judicial previa para poner término a dicho contrato, desestimando la demanda de autos.

Quinto: Que para que pueda darse aplicación al fuero maternal establecido en el artículo 201, en relación con el 174, ambos del Código del Trabajo, es necesario que se manifieste por parte del empleador la voluntad de poner término al contrato de trabajo, conocido el estado de gravidez de la trabajadora y no cuando esta conclusión ha operado de pleno derecho como ha ocurrido en la especie, tal como se dejó establecido en el fallo en análisis”.

- Corte Suprema Rol N° 5.600-09<sup>160</sup>

“Octavo: Que el vencimiento del período por el cual se suscribió la convención laboral es una de las circunstancias que, taxativamente, contempla el artículo 72 de la Ley 19.010 para justificar que un profesional deje de pertenecer a la dotación docente del sector municipal, norma a que se sujeta la relación de las partes, como se dijo, y que no prevé formalidad alguna para perfeccionar el cese de los servicios en el caso *sublite*, así como tampoco lo hacen el resto de los artículos del párrafo VII del Estatuto que trata, precisamente, de la terminación de la relación laboral de los profesionales de la educación.

Noveno: Que si bien el artículo 1° del Código del Trabajo, luego de excepcionar su obligatoriedad respecto los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada y otros que indica, la revalida en "los aspectos o materias no regulados en sus

---

<sup>160</sup> De fecha 14 de octubre de 2009.

respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos", como puede concluirse de todo lo ya razonado, la situación de autos se encuentra normada dentro del cuerpo legal que le es propio a la trabajadora.

Décimo: Que resulta improcedente, en consecuencia, tal como lo señalaron los sentenciadores, tratándose de la causa la de terminación de servicios consistente en el vencimiento del período por el cual se suscribió el respectivo contrato de reemplazo y que opera, por tanto, de pleno derecho, imponer a la empleadora la obligación de solicitar la autorización judicial para desvincular a la trabajadora suplente aforada, en tanto la protección que ella invoca sólo rige mientras subsista el vínculo y, por ende, la ausencia que hace necesarias sus funciones. Carece de sustento legal, entonces, la pretensión de la actora, sea porque se funda en lo dispuesto en los artículos 159 N°4 y 174 del Código del Trabajo, inaplicables en la especie por el distinto carácter de las convenciones cuya asimilación requiere el planteamiento de la recurrente, sea porque el nacimiento, efectos y término de vínculos como los de autos se encuentran contemplados y reglados en un estatuto propio que no ha sido transgredido".

- Corte Suprema Rol N° 2821-10<sup>161</sup>

En idéntico sentido que el anterior, se pronuncia el fallo de unificación de jurisprudencia<sup>162</sup>, que argumentando en base al artículo 72 del Estatuto

---

<sup>161</sup> De fecha 19 de agosto de 2010.

<sup>162</sup> Esta sentencia de unificación de jurisprudencia revoca un fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt Rol N° 16-10, que será revisado más adelante. En el mismo sentido de la unificación, el fallo de la Corte Suprema N° 5600-09 de fecha 14 de octubre de 2009, y Corte Suprema Rol N°2462-2007, de fecha 21 de junio de 2007.

Docente y del artículo 1º del CdT, realiza una interpretación restrictiva de la norma contenida en el artículo 201:

“Cuarto: Que el vencimiento del período por el cual se suscribió la convención laboral, es una de las causales que taxativamente contempla el artículo 72 del Estatuto Docente para justificar que un profesional de la educación deje de pertenecer a la dotación docente del sector municipal, norma que no prevé ninguna formalidad para perfeccionar el cese de los servicios, como tampoco el resto de los artículos del párrafo VII del Estatuto que trata sobre la terminación de la relación laboral de los profesionales de la educación.

Quinto: Que conforme a lo reseñado precedentemente, no es posible recurrir a las normas del Código del Trabajo, sea por aplicación del artículo 71 del Estatuto Docente, sea por el artículo 1º del primer cuerpo de leyes, por cuanto, como se ha establecido, en materia de terminación del contrato de trabajo de los profesionales de la educación, se rigen exclusivamente por las normas que prevé su propio Estatuto.

Sexto: Que en este orden de ideas, se concluye que no es procedente exigir al empleador que en el caso de la causal de vencimiento del plazo estipulado en el contrato de trabajo de una docente de reemplazo, para poner término a tal vinculación, que solicite autorización judicial, por cuanto de acuerdo con las normas que le son aplicables, tal desvinculación opera de pleno derecho y que las normas de protección de maternidad, sólo rigen en la medida que ese vínculo se mantenga vigente y cesa cuando tales funciones han terminado.

Séptimo: Que, en consecuencia, se unifica la jurisprudencia en el sentido que en el caso de las profesionales de la educación que estén vinculados

en virtud de un contrato de reemplazo y que a la fecha de término de sus servicios se encuentren embarazadas, no resulta procedente exigir al empleador solicitar su desafuero”.

- Corte Suprema, causa Rol N° 5686-07<sup>163</sup>

Otro fallo ilustrativo del criterio jurisprudencial en comento, se encontró en esta sentencia de una funcionaria contratada por la Municipalidad de Concepción, que si bien no es una profesora, se suscita similar problema estudio:

“Décimo: Que, por lo antes reflexionado, las trabajadoras que sirven cargos dentro de un período determinado en reemplazo del personal titular ausente o por vacancia del cargo no se encuentran amparados por las normas del fuero maternal, de modo tal que la autoridad que efectuó el nombramiento no está obligada a renovar su contrato. Los ceses de servicio que fija la ley a la Administración, fin del período para el cual se contrató, operan con prescindencia de las normas de inamovilidad, pues en el caso de autos la desvinculación de la demandante se produjo por aplicación de la ley y no por voluntad de la demandada.

- Corte de Apelaciones de Puerto Montt Rol N° 16-10<sup>164</sup>

Como se reseñó, en un sentido opuesto al antes examinado, se encontró una sentencia que posteriormente es revocada en la Unificación Rol N° 2821-10 citada, y que si bien es invalidada por la Corte Suprema, contiene una doctrina

---

<sup>163</sup> En sentencia de fecha de fecha 17 de marzo de 2008.

<sup>164</sup> Sentencia de fecha 25 de marzo de 2010. Este fallo desestima el recurso de nulidad interpuesto por la Municipalidad de Puerto Montt en contra de la sentencia que rechaza la demanda de desafuero de una profesora contratada para una labor de reemplazo. Si bien posteriormente es revocada por la Corte Suprema, en una unificación de jurisprudencia ya expuesta, Rol N° 2821-10, ello no le resta mérito a los argumentos de derecho contenidos en el fallo.

relevante, que interpreta de manera amplia las normas de protección a la maternidad:

“SEGUNDO: ...no existe norma alguna que exima a la empleadora en el caso de una trabajadora regida por el Estatuto Docente, para proceder ipso facto al despido de una trabajadora amparada por el fuero maternal, omitiendo la norma del artículo 174 del Código del Trabajo.

TERCERO: Que en efecto, aún tratándose de una trabajadora de la educación en régimen de contrato de reemplazo, es plenamente aplicable lo prescrito en el artículo 71 de la referida ley 19.070 que dispone que a los trabajadores de la educación municipal se les aplicará supletoriamente el Código del Trabajo y sus leyes complementarias. En ese ámbito el artículo 194 del Código del Trabajo dispone que la protección a la maternidad se regirá por las disposiciones del presente título II del Libro II del mismo Código 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 público o privado.

CUARTO: Que así las cosas una interpretación armónica entre las normas del Estatuto docente y el Código del Trabajo, no pueden sino llevar a la conclusión que las normas sobre protección a la maternidad cubren a los funcionarios de la administración pública municipal, debiendo sus normas primar sobre todo vacío reglamentario en esta materia”.

### **iii) Preeminencia de la protección a la maternidad y protección a la fuente de empleo.**

Además de las sentencias antes vistas de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt Rol N° 16-10<sup>165</sup> y de la Corte Suprema Rol n° 24.386-2014, y de las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 4683-2007<sup>166</sup> y de la Corte Suprema Rol N° 5139-07, que se revisarán en el apartado referido a la seguridad social, se puede mencionar la siguiente jurisprudencia:

- Corte Suprema en la causa Rol N° 5686-07<sup>167</sup> (voto disidente del Ministro Carlos Kunsemüller)

Este voto tuvo presente las consideraciones expresadas en la sentencia dictada por la Corte Suprema, Rol N° 2.273-02<sup>168</sup>:

“1º Que la interpretación armónica de los artículos 194 y 174 del Código del Trabajo, conduce a sostener que en nuestro ordenamiento laboral y previsional el ámbito de aplicación de la denominada “Protección a la Maternidad” permite dar cobertura a la trabajadora que se desempeña en el sector de la administración pública, fiscal, semifiscal, municipal, etc. y que esas normas priman, evidentemente, por sobre otra cualquiera que, en tal sentido, descuide a la mujer en estado de gravidez o puérpera. Al respecto es dable recordar que el legislador ha tutelado especialmente la maternidad y la estabilidad en el empleo a fin de que la madre disponga

---

<sup>165</sup> Fallo revocado por la Corte Suprema en una unificación de jurisprudencia Rol N° 2821-10.

<sup>166</sup> Sentencia revocada por la Corte Suprema Rol N° 2821-10.

<sup>167</sup> En sentencia de fecha de fecha 17 de marzo de 2008. Este voto disidente estuvo por rechazar el recurso de casación que es acogido en los votos de mayoría, por estimar que los sentenciadores no incurrieron en infracción de ley, y que interpretaron correctamente la normativa aplicable.

<sup>168</sup> De fecha 28 de noviembre de 2002.

de una fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades y las del hijo por nacer o recién nacido.

2º Que, por ende, resulta que en la especie pugnan, por un lado, el interés de quien precisa del dependiente que, necesariamente, predeterminó un tiempo para las labores a realizar, por cuanto no necesitaría de ellas por mayor período y, por el otro, la maternidad y el mantenimiento de la fuente de ingresos para la madre y del hijo por nacer o ya nacido. En este conflicto de intereses, el legislador laboral, ha resuelto otorgar al Juez la facultad de autorizar o no el despido de la trabajadora por el vencimiento del plazo estipulado en el contrato, lo que supone no una simple constatación de las circunstancias planteadas, sino la conjugación armónica de todos los elementos de convicción que se ponen a disposición del Tribunal llamado a decidir el asunto.

3º Que, en este orden de ideas y por mandato expreso del artículo 194 del Código del Trabajo, sus normas sobre Protección a la Maternidad son aplicables a la resolución del conflicto aunque demandante y demandada se encuentren unidas por una relación de naturaleza estatutaria, sin que importe para este fin que el cargo de planta sea servido en calidad de titular, interino o suplente, por cuanto el legislador, en esta materia, ningún distingo ha formulado. Por consiguiente, era obligación de la Municipalidad pedir autorización judicial previa para poner término al nexo que la unía con la actora, diligencia que fue omitida, resultando, por ende, ilegal la separación de que fue objeto la demandante lo que la hace acreedora de la indemnización compensatoria que los sentenciadores recurridos acertadamente reconocieron en su favor”.

- Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol N° 141-2009<sup>169</sup>

Si bien se trata de un caso de una docente perteneciente al sector particular, los razonamientos de la Corte son análogos:

“Décimo primero: ...para conceder el desafuero el juez debe ejercer en plenitud su facultad superando la simple comprobación empírica de una situación de hecho, ejerciéndola con prudencia, al encontrarse comprometidos valores de orden público que desbordan la mera formalidad de los contratos... no debiendo soslayarse que el legislador ha establecido un marco jurídico de resguardo a la maternidad, estado de embarazo y de protección a la madre y al hijo que está por nacer, que difieren de los que fluyen del término de una relación laboral pura y simple, los que se verán afectados si mediante la suscripción de un contrato a plazo fijo se impidiera a la trabajadora su estabilidad en el empleo, y gozar de los beneficios establecidos, tanto con rango constitucional como legal.

Décimo segundo: Que tampoco está demás indicar que de la interpretación armónica de los artículos 259 N°4, 174, 195 y 196 del Código del Trabajo, en lo que dice relación con el efecto obligatorio de todo contrato cuando se produce colisión entre bienes jurídicos de la autonomía de la voluntad, que en este caso previó la relación laboral hasta el 28 de febrero de 2008, y de la protección de la maternidad, es evidente que el derecho opta por este último...”.

#### **iv) Argumento teleológico o de la finalidad del fuero**

- Corte de Apelaciones de San Miguel, causa Rol N° 191-2013<sup>170</sup>

---

<sup>169</sup> Fecha 1 de septiembre de 2009.

Este fallo, revisado anteriormente en el apartado i), además de recurrir a la interpretación literal de la norma contenida en el artículo 174, contiene un criterio que atiende a una interpretación finalista de esta normativa, con base en un argumento teleológico, referido al sentido de la institución del fuero, entendida ésta como la inamovilidad en el puesto de trabajo:

“TERCERO: Que cabe precisar que el plazo fijado para el término del contrato de trabajo y las restantes situaciones previstas en el artículo 174 del Código del Trabajo, por sí solas no constituyen causal de desafuero...

CUARTO: Que una interpretación diferente desatiende el claro tenor literal de la norma del artículo 174 del estatuto laboral, en que no obstante reconocer la procedencia del desafuero por la causal del artículo 159 N° 4 del mismo texto legal, entrega al juez la facultad de decir si ello es procedente y, por otro lado, se aparta de la naturaleza y finalidad del fuero, cual es, constituir un privilegio o garantía de inamovilidad que consiste en que el trabajador aforado en caso alguno podrá ser separado de su fuente de trabajo por la mera voluntad del empleador”.

- Corte Suprema en causas Roles N° 6655-2007<sup>171</sup> y N° 3999-2009<sup>172</sup>

En ambos fallos el considerando quinto -en una redacción idéntica- recurre al elemento histórico para justificar la finalidad protectora del fuero maternal, en términos siguientes:

---

<sup>170</sup> Fallo de fecha 20 de junio de 2013. Resulta interesante apuntar que en esta causa la parte vencida presenta un recurso de unificación de jurisprudencia, el cual es rechazado por la Corte Suprema, en causa Rol N° 4752-13.

<sup>171</sup> Es el caso de una docente contratada del sector municipal.

<sup>172</sup> Es el caso de una trabajadora no docente regida por el Código del Trabajo.

“Quinto: Que la evolución histórica de las normas en comento, demuestra que, en principio, la intención del legislador fue impedir la terminación de la relación laboral, tratándose de una mujer embarazada, por causales puramente objetivas, entre las que se encuentra la expiración del plazo convenido, circunstancia que fue flexibilizada en los preceptos del Decreto Ley N° 2.200, de 1978, el que contemplaba similares normas a las del actual Código del Trabajo.”

Resulta interesante este argumento que atiende al elemento histórico. Es que, como se esbozó en el Capítulo Primero, desde el surgimiento del Derecho del Trabajo, al momento de la dictación del Código del Trabajo en 1931, la norma referida al desafuero que correspondía entonces al artículo 311, en coherencia con el principio protector que inspira al Derecho del Trabajo, señalaba: “El patrón no podrá, sin causa justa, despedir a la mujer embarazada... No se entenderá que es justa causa el menor rendimiento para el trabajo, en razón del embarazo... Se entenderá por justa causa, cualquiera de las causales de expiración enumeradas en artículo 9 de este Texto, con excepción de las señaladas en los números 1, 2 y 4”; y precisamente dentro de estas excepciones se encontraba la conclusión del plazo o de la faena para la que había sido contratada la mujer. Es decir, la normativa laboral prohibía el despido aún en los casos de término del plazo o conclusión de la faena, con lo que resulta evidente la intención original del legislador de mantener la fuente de empleo en esos casos, dando preeminencia a la protección de la maternidad, por sobre la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, que fue alterada por la normativa laboral conocida como Plan Laboral<sup>173</sup>, impuesta en Dictadura Militar, y que lamentablemente continúa vigente hasta hoy.

---

<sup>173</sup> Ver nota nº 12

## **v) Derecho a la seguridad social**

Se encontró dos sentencias que consideran el derecho a la seguridad social como uno de los fundamentos que determinan la necesidad de autorización judicial:

- Corte Suprema Rol N° 5139-07<sup>174</sup>

El máximo Tribunal desestimó los argumentos esgrimidos por la recurrente - la Corporación Municipal-<sup>175</sup>, y resolviendo a favor de la docente, considera que la sentencia recurrida:

“(...) se basa en la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental; en la disposición contenida en el artículo 75 del Código Civil; en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Convención sobre Derechos del Niño, para finalmente concluir que la institución del fuero no sólo protege a la madre sino la vida del que está por nacer, a través de la obligación de enterar las cotizaciones previsionales, a lo que se agrega que este bien jurídico protegido prevalece por sobre todas las leyes...” (Considerando segundo)

- Corte de Apelaciones de Santiago N° 4683-2007<sup>176</sup>

---

<sup>174</sup> Sentencia de fecha 24 de diciembre de 2007, recurso de casación en el fondo rechazado, presentado por la Corporación Municipal de Renca, en contra de la sentencia que negó lugar a la autorización judicial para desaforar a una docente contratada.

<sup>175</sup> Referidos a la inaplicabilidad de las normas sobre terminación del contrato de trabajo y en específico, la transformación del contrato de plazo fijo en uno indefinido estatuida en el artículo 159 n°4, y al argumento de la especialidad de la Ley 19.070, en virtud de cual la relación laboral indefinida nacería únicamente por concurso público de antecedentes.

Y asimismo, si bien en un caso de una profesora del sector particular, se considera además de los argumentos ya esgrimidos, el argumento de la protección de la seguridad social y del feto, que se cita en extenso, dada la relevancia jurídica de la fundamentación en ella contenida:

“1º...La persona aforada goza del privilegio -discriminación positiva- de una especial protección a la estabilidad de su empleo. Esa es la regla general, vale decir, que no puede ser despedida ni es posible de alguna manera dejarla cesante mientras subsiste su condición de privilegio;

2º.- Que es necesario plantear así el asunto pendiente para advertir que lo que ha hecho el legislador en el artículo 174 del Código del Trabajo es establecer la posibilidad que de manera excepcional se pueda desahuciar a un dependiente aforado y lo hace de tal manera que, recurriendo al verbo “poder”, confía la discreción del juez el discernir si se dan las condiciones para que ese privilegiado vea cesar su vínculo de dependencia. La expresión “quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159” apunta a una facultad encomendada a la judicatura y que, como tal facultad, exige en su ejercicio de una justificación para legitimarse;

3º.- Que al ejercer dicha atribución el tribunal tiene que sopesar los bienes jurídicos que se encuentran en juego. Por una parte, la libertad para contratar, que ciertamente se ve reflejada cuando convergió la voluntad de las partes para celebrar un contrato a plazo fijo que iba desde diciembre de 2006 a marzo de 2007. Por otra, el derecho a la seguridad social que no solamente concierne a la trabajadora embarazada, de cara a la mantención de los subsidios y demases que le garanticen la provisión de todo aquello que ha de procurarse a quien se

---

<sup>176</sup> Sentencia de 4 de junio de 2008, revocada posteriormente por la Corte Suprema en causa Rol N° 2821-10.

encuentra reproduciendo la especie, sino que incumbe, además, al conglomerado todo, que vela por la consumación del proceso reproductivo.

Todavía, parece estar de por medio, difícil discutirlo, cierto derecho del feto a que su desarrollo integral no se vea afectado por los avatares e incertidumbres de que se rodea una potencial madre en situación de desahucio y cesantía, derecho que reconoce el artículo 19 N° 1° inciso segundo de la Constitución Política de la República;

4°.- Que debido a esa pugna valórica, el artículo 174 no ha de ser leído como un discurso que establece una sola condición objetiva, en este caso la de comparecer la situación que describe el artículo 159 N° 4°, para dar el pase al término del contrato de trabajo de una trabajadora encinta. Así parece entenderlo la empresa demandante, que se limita en su libelo a señalar nada más eso, es decir, que la dama está sometida a un contrato a plazo fijo de tres meses;

5°.- Que ningún antecedente ofrece la demandante para demostrar que en el presente caso se dan circunstancias que obliguen a preferir la exoneración al fuero.

Por el contrario, no se divisa ninguna razón para que en un trabajo como el que define el contrato de fojas 16, haya de limitarse sus efectos temporales al lapso de tres meses, como no sea, quizás y de acuerdo a lo que enseñan las máximas de experiencia, porque se trate de una mujer en edad fértil. Se observa en las piezas de fojas 21 a 30 que doña Merry Ann Arqueros Ríos detenta los más altos rendimientos de entre sus pares, lo que no ayuda a colegir que su despido sea necesario, a pesar del fuero;

6°.- Que por ello y en resguardo de los principios que informan no sólo el derecho nacional examinado, sino también el internacional vinculante para estos jueces, como por ejemplo, el artículo 10.2 del Decreto

Supremo de Relaciones Exteriores N° 326 de 1.989 relativo al Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales, la Corte amparará el derecho de la demandada a mantener su fuente laboral”.

**vi) Contratas de “duración indefinida”: ¿Aplicabilidad supletoria del CdT, o no aplicabilidad por especialidad del Estatuto Docente?**

Otro criterio jurisprudencial encontrado dice relación con la aplicación o no del Código del Trabajo de manera supletoria, específicamente en relación con los casos de contratas “de duración indefinida”, y la transformación del contrato de plazo fijo a uno de término indefinido, establecida en el artículo 159 n°4 del CdT. En definitiva, se trata de casos de mujeres que han permanecido de manera continua, o si se quiere decir, de manera indefinida, no transitoria, ejerciendo labores a contrata, o “a plazo fijo”. Y resulta complejo el escenario en estos casos, ya que la no renovación de la contrata, podría ser un foco de discriminación amparado en una legalidad aparente.

▪ Corte Suprema Rol N° 5600-09<sup>177</sup>

Es el caso de una docente a contrata para labores de reemplazo embarazada, en que se determina la no aplicabilidad del Código del Trabajo, argumentando la especialidad del ED<sup>178</sup>:

“Sexto: Que de acuerdo a lo previsto en el artículo 25 del Estatuto Docente, los profesionales de la educación se incorporan a una dotación docente sólo en dos calidades: como titulares, para lo cual deben haber participado en un concurso público de antecedentes, o como

---

<sup>177</sup> De fecha 14 de octubre de 2009.

<sup>178</sup> Este fallo se revisó en este capítulo anteriormente, a propósito del criterio jurisprudencial basado en la terminación de la función de contrata de pleno derecho.

contratados, categoría que integran "aquellos que desempeñen labores docentes transitorias, experimentales, optativas, especiales o de reemplazo de titulares".

“Octavo: Que el vencimiento del período por el cual se suscribió la convención laboral es una de las circunstancias que, taxativamente, contempla el artículo 72 de la Ley 19.010 para justificar que un profesional deje de pertenecer a la dotación docente del sector municipal, norma a que se sujeta la relación de las partes, como se dijo, y que no prevé formalidad alguna para perfeccionar el cese de los servicios en el caso sublite, así como tampoco lo hacen el resto de los artículos del párrafo VII del Estatuto que trata, precisamente, de la terminación de la relación laboral de los profesionales de la educación.

Noveno: Que si bien el artículo 1° del Código del Trabajo, luego de excepcionar su obligatoriedad respecto los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada y otros que indica, la revalida en "los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos", como puede concluirse de todo lo ya razonado, la situación de autos se encuentra normada dentro del cuerpo legal que le es propio a la trabajadora.

“Décimo: Que resulta improcedente, en consecuencia, tal como lo señalaron los sentenciadores, tratándose de la causal de terminación de servicios consistente en el vencimiento del período por el cual se suscribió el respectivo contrato de reemplazo y que opera, por tanto, de pleno derecho, imponer a la empleadora la obligación de solicitar la autorización judicial para desvincular a la trabajadora suplente aforada, en tanto la protección que ella invoca sólo rige mientras subsista el vínculo y, por ende, la ausencia que hace necesarias sus funciones.

Carece de sustento legal, entonces, la pretensión de la actora, sea porque se funda en lo dispuesto en los artículos 159 N°4 y 174 del Código del Trabajo, inaplicables en la especie por el distinto carácter de las convenciones cuya asimilación requiere el planteamiento de la recurrente, sea porque el nacimiento, efectos y término de vínculos como los de autos se encuentran contemplados y reglados en un estatuto propio que no ha sido transgredido”.

- Corte Suprema, Rol N° 2462-07<sup>179</sup>

En el mismo sentido anteriormente expuesto falló el Máximo Tribunal, en un caso similar, de una docente contratada para labores de reemplazo:

“Sexto: Que, por otro lado, la disposición del artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo, invocada por la recurrente, no resulta atingente al caso de autos, puesto que la relación entre las partes se encuentra regida y determinada por un estatuto especial”.

El fallo concluye que el término de la relación se había dado por aplicación de la letra c) del artículo 72 del ED, actual letra d), correspondiente al término del período por el cual se efectuó la contratación.

Sin embargo, cabe señalar que la Corte de Apelaciones en fallos recientes, si bien no específicamente sobre fuero maternal de docentes a contrata, sino sobre despidos injustificados de docentes a contrata, ha sido partidaria de la aplicación del Código del Trabajo, y a la transformación del contrato de plazo fijo a uno de término indefinido. Así, en el caso de una docente contratada por ocho años seguidos, la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N°

---

<sup>179</sup> De fecha 21 de junio de 2007

1246-10<sup>180</sup>, aplicando el artículo 71 del Estatuto Docente, reconociendo el vínculo laboral, ha fallado que dicha relación laboral no se rige por el Estatuto Docente sino que por el Código del Trabajo:

“Que, no obstante lo anterior, esto es, establecida la naturaleza del vínculo laboral que unía a la demandante con la demandada, la Corporación Municipal de Servicio y Desarrollo de Maipú, se hace necesario verificar si ella, dadas las características de dicha relación, está regulada por el citado Estatuto Docente; empero, luego de analizar las calidades en que puede ingresarse a una dotación docente y los requisitos exigidos, se advierte que la demandante no ostenta ninguna de dichas calidades; ya que, por un lado, no es titular, dada la condición de ingreso - por concurso público - y la permanencia que tal relación supone; y, por otra parte, no inviste la calidad de contratado, pues, dada la forma en que la actora prestó sus servicios, en forma continua, sin solución de continuidad, por más de siete años, es dable concluir que no puede ser considerada docente a contrata, toda vez que "ello es propio de la labor de un cargo titular", y que, por lo mismo, no se aviene con la conceptualización de "titulares o en calidad de contratados" que hace el citado artículo 25, ni quedar, por ende, sujeta al estatuto docente, por lo que corresponde que se le aplique el Código del Trabajo, a resultas de lo establecido en el artículo 71 del Estatuto Docente, que establece que los profesionales de la educación que se desempeñen en el sector municipales se regirán por las normas de este Estatuto de la profesión docente, y supletoriamente por las del Código del Trabajo y sus leyes

---

<sup>180</sup> Sentencia de 3 de diciembre de 2010. Este es el caso de una docente contratada por la Corporación Municipal de Servicio y Desarrollo de Maipú, que estuvo a contrata desde el primero de marzo de dos mil dos, y cuya contrata se renovó hasta el veintiocho de febrero del dos mil diez, sin interrupciones.

complementarias; lo que guarda concordancia con lo que dispone el artículo 1º del Código del Trabajo... Que, así las cosas, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo, el contrato de plazo fijo de la demandante, derivó en un contrato indefinido, por haber excedido el plazo máximo de dos años que contempla la ley para esta clase de contratos, de dónde se infiere, consecuentemente, que el despido fue ilegal...”.

Y del mismo modo, en un caso de dos docentes a contrata fallado por la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 1465-14<sup>181</sup>, en virtud del artículo 71 del Estatuto Docente, la Corte aplicó supletoriamente el Código del Trabajo, declarando nulo el despido por no pago de cotizaciones previsionales.

Resultan interesantes estos dos últimos fallos, toda vez que, aún cuando la materia es referida a la terminación de la relación laboral, se podría argumentar restrictivamente como lo hace la Corte Suprema, que no tiene cabida la aplicación supletoria del CdT, ya que la terminación se encuentra regulada en el Estatuto Docente. Sin embargo, la Corte de Apelaciones sí aplica supletoriamente el Código del Trabajo. Y en definitiva, siguiendo este criterio que aplica el Código del Trabajo para casos de contrata de duración indefinida, no tendría cabida siquiera la posibilidad de terminar la relación laboral, ni requerirse autorización judicial, toda vez que no estaríamos en presencia de alguno de los presupuestos fácticos que considera la norma contenida en el artículo 174 del CdT.

---

<sup>181</sup> En fallo de fecha 5 de marzo de 2015. En este caso, eran dos los docentes demandantes, que habían trabajado a contrata durante varios años y a los cuales se había finiquitado seis veces y nueve veces, respectivamente.

### 4.3. Síntesis

De la revisión y análisis de la jurisprudencia administrativa y judicial se puede constatar en términos generales, que ella es múltiple y variada, no pudiéndose encontrar una jurisprudencia mayoritaria, sino que se estima bastante balanceada, recurriéndose por un lado, a argumentos formales que se basan únicamente en las normas legales contenidas en el artículo 174 del Código del Trabajo, o en el artículo 25 y 72 del Estatuto Docente, y que han restringido el marco de aplicación del fuero maternal, y por otro lado, a argumentos a favor del respeto del fuero maternal, o de la necesidad *strictu sensu* de requerir autorización judicial, basados además de las normas legales del Código del Trabajo y del Estatuto Docente, en normas constitucionales y en Tratados Internacionales vigentes en Chile, argumentos que atienden a los bienes jurídicos comprometidos, al resguardo de los derechos fundamentales, o a argumentos teleológicos.

Respecto de los operadores del derecho en específico, se estima que la Dirección del Trabajo ha hecho una eficaz aplicación de la institución del fuero maternal, considerando la necesidad de requerir autorización judicial en todos los casos. A su turno, de acuerdo a la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, la aplicación del fuero maternal ha sido eficaz, dictaminando la necesidad de requerir autorización judicial en la mayoría de los casos, con excepción de las docentes contratadas para ejercer labores de reemplazo y las habilitadas para ejercer la docencia de acuerdo al Estatuto Docente; y respecto de los Tribunales Superiores de Justicia, se ha aplicado la institución del fuero maternal de manera vacilante, o incluso se ha dejado de aplicar esta institución en los casos en que se ha estimado que el término del fuero opera de pleno derecho sin ser necesaria la autorización judicial.

De ello se concluye que los operadores del derecho han aplicado o han hecho uso de la institución del fuero maternal de manera parcial, con una mayor o una menor -o incluso nula-, protección de la maternidad y de los derechos fundamentales de las trabajadoras docentes contratadas del sector municipal en particular.

De esta manera, se comprueba solo parcialmente la hipótesis de investigación, que señala que la aplicación que los operadores jurídicos han dado al fuero maternal respecto de las mujeres profesionales de la educación a contrata, regidas por el Estatuto Docente, ha implicado una deficiente protección a la maternidad y a los derechos fundamentales de este sector de trabajadoras.

Sin embargo, la relevancia de los resultados, sobre todo aquellos que muestran los casos en que sí ha sido eficaz la aplicación del fuero maternal, constituye un aporte en la justificación de la necesidad de una real protección a los derechos fundamentales de este sector de trabajadoras, y una manifestación de la absoluta posibilidad jurídica de ello. En este punto, se destaca los fundamentos de sentencia de la Corte Suprema de unificación de jurisprudencia citada, Rol N° 24.386-2014, que refleja el cambio de criterio del Máximo Tribunal, si bien no en casos exactos, sí respecto de la consideración a la normativa de derechos fundamentales como “bloque de constitucionalidad” y no ya como “argumentaciones de carácter humanitario”.

Se constata entonces, que existen fundamentos jurídicos sólidos para una protección de la maternidad y de los derechos fundamentales que subyacen a la institución del fuero maternal, aún en los casos más complejos como podría ser los casos de docentes contratadas para labores de reemplazo, y llama la atención, de manera negativa, que dentro de las sentencias que han restringido

la aplicabilidad del fuero maternal a las docentes a contrata, existe alguna jurisprudencia que ha restado valor a argumentos jurídicos como lo son los derechos fundamentales, considerándolos como argumentos “valóricos” o “humanitarios”.

## **CAPITULO 5. LA SANA CRÍTICA: UNA PROPUESTA DE APLICACIÓN PROTECTORA DEL FUERO MATERNAL**

En este capítulo se analizará la institución de la sana crítica, con énfasis en los conocimientos científicos que han aportado las ciencias sociales, en especial la Psicología, y las ciencias naturales, específicamente la Psiquiatría, en relación con el proceso de maternidad y las consecuencias que puede acarrear la pérdida del trabajo en este período de especial necesidad. Así, a partir de estos conocimientos científicos existentes, se tendrá un sustrato para comprender la magnitud del problema de afectación de derechos fundamentales. Y el juez -“quién podrá”, dentro de la potestad conferida por el artículo 174 del CdT, autorizar o no el desafuero-, puede tenerlo en consideración. En el fondo, con el afán de bregar por decisiones judiciales que apliquen en una mayor medida las reglas de la sana crítica, para una mayor defensa de los derechos fundamentales de las trabajadoras profesionales de la educación regidas por el Estatuto Docente.

El Derecho, como ciencia social y como disciplina considerada de manera aislada de las restantes disciplinas del conocimiento humano, tiene un alcance limitado respecto de su objeto de estudio dentro las ciencias sociales en

general, correspondiente lógicamente al fenómeno de lo jurídico; y para efectos de esta investigación, el Derecho tiene un alcance limitado respecto del conocimiento de los bienes jurídicos que subyacen a la institución del fuero maternal. Sin embargo, en el ámbito del proceso, la sana crítica, como un sistema de valoración probatoria fundado en la razón, ha incorporado al derecho la posibilidad de ampliar su alcance y su comprensión de la materia de que se trate, específicamente mediante la consideración de los conocimientos científicamente afianzados de las diversas áreas del conocimiento.

Nuestro ordenamiento jurídico ha evolucionado, en materia de valoración de la prueba, desde la prueba legal o tasada, que era la regla general, en que el legislador restringía las facultades del juez sobre la materia, hacia un sistema de libre valoración de la prueba o de sana crítica, como ocurrió, por ejemplo, con la reforma al proceso penal, en los procedimientos de familia y laborales. Así, la sana crítica es la manera en que se valora la prueba en Derecho de Familia, Penal, Derecho Ambiental, Libre Competencia, materias de competencia de los Juzgados de Policía Local, y probablemente lo será próximamente en materia civil, debiendo considerar el juzgador las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia, e incorporando el elemento de los “conocimientos científicamente afianzados”. Resulta de suma relevancia esta cuestión, ya que permitirá al juzgador atender no exclusivamente las razones jurídicas, sino que también las lógicas, científicas o técnicas, para arribar a su decisión.

En nuestra legislación laboral, la sana crítica ha sido estatuida en el artículo 456 del Código del Trabajo, en términos siguientes: “Al apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas y

antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

La sana crítica se ha definido por Couture como “las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia... En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos...”<sup>182</sup>. Se estima relevante esta definición ya que considera la sana crítica como “las reglas del correcto entendimiento humano”. Es que precisamente, para alcanzar este importante objetivo, el Derecho amplía su margen, atendiendo además de la lógica y la experiencia, a los conocimientos científicamente afianzados.

Y específicamente en relación con el problema objeto de estudio, si bien la Constitución, el Código del Trabajo y la diversa normativa nacional e internacional establecen derechos fundamentales de todas las personas, lo cierto es que para una elemental comprensión de los mismos, de su contenido y de las implicancias y repercusiones de su afectación -utilizando los términos de Couture, para un “correcto entendimiento humano”-, es menester considerar los saberes que proporcionan otras ciencias y disciplinas, que son inmensos.

En este sentido, al introducir los conocimientos científicamente afianzados a la resolución de los conflictos jurídicos, el Derecho –específica y concretamente, el juez- se abre el paso a la posibilidad de comprender en mayor medida ya no únicamente la forma, sino que también el contenido de los

---

<sup>182</sup> COUTURE, citado en GONZÁLEZ Castillo, Joel. “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 1, 2006, p. 95.

bienes jurídicos en litigio. Por ejemplo, tomando la integridad psíquica, garantizada en el artículo 19 nº 1 de la Constitución, cabe preguntarse primeramente ¿Qué es la integridad psíquica?; luego, ¿De qué maneras posibles se podría ver afectada? La respuesta correcta o la más correcta o completa al menos, no la va a dar el Derecho, sino que evidentemente, la respuesta correcta la van a dar las ciencias cuyo objeto de estudio es precisamente la psiquis. Ergo, el imperativo de considerar los conocimientos científicamente afianzados, bien que consten del proceso, bien que puedan ser considerados públicos y notorios, o bien que sean del conocimiento o cultura privada del juez, proporciona nuevos elementos a los que el juez puede atender para justificar, dentro de la facultad conferida para desaforar por el artículo 174 del Código del Trabajo, una decisión protectora de los derechos fundamentales.

### **5.1. Los Conocimientos científicamente afianzados**

Los conocimientos científicamente afianzados constituyen uno de los parámetros racionales que componen el sistema de sana crítica, que sirven de guía y límite para el razonamiento del juez<sup>183</sup>.

En palabras de Astudillo, el juez es un técnico o experto en Derecho, pero respecto de otros saberes, que se ubican fuera de las fronteras del derecho, dispone únicamente de conocimientos comunes, del entendimiento o cultura media que es generalmente compartida por quienes no profesan una ciencia, especialidad o arte determinado<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> MATURANA, Javier. 2014. Sana Crítica: Un Sistema de Valoración Racional de la Prueba. Santiago, Ed. Legalpublishing, p. 209.

<sup>184</sup> ASTUDILLO, Omar. 2012. El Recurso de Nulidad Laboral. Algunas Consideraciones Técnicas. Santiago, Ed. Legalpublishing, p. 112.

Cerda San Martín ha señalado que “los conocimientos científicos están constituidos por el saber humano proporcionado por las ciencias. Se trata de saberes científicos y técnicos más o menos generalizados, comunes y compartidos como verdaderos por la gran mayoría de las personas que profesan una disciplina y que por regla general común son también conocidos de un modo general por los legos en la materia... Siendo un poco más rigurosos podemos afirmar que el conocimiento científico es un saber racional, objetivo, fundado, crítico, conjetural, dinámico, sistematizado, metódico y verificable sobre la realidad. Constituye una verdad descubierta a través del método científico”<sup>185</sup>.

Luego, para que estos conocimientos científicos tengan el carácter o la connotación de afianzados, siguiendo a Popper, deben obedecer a teorías que no han sido refutadas. Se trata de conocimientos testeados, que se han mantenido a lo largo del tiempo, y mientras no sean superados por el progreso y el avance de las ciencias, se pueden considerar científicamente afianzados<sup>186</sup>.

En otro sentido, Khun atribuye la madurez de una ciencia a la existencia de un paradigma compartido por la comunidad científica, identificando la función de la ciencia con la necesidad de dar pruebas fehacientes de su progreso<sup>187</sup>.

Dentro de sus características, Maturana ha señalado que ellos constituyen “reglas generales (premisas mayores) que buscan aplicarse a nuevos casos... desempeñando una función heurística, epistémica y justificativa, y que presentan el carácter de notorios, por lo que corresponde que sean presentados por peritos. Y agrega el autor que “lo relevante es determinar cuáles son

---

<sup>185</sup> CERDA, Rodrigo. 2008. Valoración de la Prueba. Sana Crítica. Santiago, Ed. Librotecnia, p. 39.

<sup>186</sup> *Ibíd.*, p. 41.

<sup>187</sup> *Ibíd.*, p. 41.

aquellos conocimientos que se han adquirido mediante el ejercicio de la práctica científica y que se han afianzado en el ámbito científico”<sup>188</sup>.

Navarro indica que el conocimiento científico se estructura sobre la base de relaciones lógicas con referencias empíricas precisas, posicionándose como un saber objetivo, intersubjetivo, y en tanto que ciencia, provisional, obtenido mediante el método científico. Y conocimiento científicamente afianzado sería “aquel que siendo preciso y objetivo, cumple con las exigencias dadas por la metodología científica o de las ciencias, y que además está afianzado, esto es, asegurado, firme, consolidado, validado, garantizado”<sup>189</sup>.

Como lo ha referido Taruffo, el empleo de la ciencia en el proceso judicial no es una novedad, estando presente desde siempre su uso en el proceso. Sin embargo, sí es una novedad la expansión de la prueba científica, desde una concepción “dura” de la ciencia, hasta comprender también las ciencias “humanas” o sociales, como la psicología, la sociología y la economía<sup>190</sup>.

En este orden de cosas, considerando el carácter y el alto desarrollo que han adquirido las ciencias sociales en la actualidad, en que existen disciplinas e inclusive especialidades dentro de las disciplinas abocadas al estudio de las repercusiones que genera el desempleo, y de los problemas que se presentan durante la gestación y el puerperio, se estima insoslayable recurrir a tales conocimientos, analizarlos, y extraer conclusiones que puedan ser de utilidad en dos sentidos: en términos sustantivos, para la comprensión del problema objeto de estudio, y en términos procesales, para una aplicabilidad protectora del fuero maternal.

---

<sup>188</sup> MATURANA, Javier, op. cit., p. 211.

<sup>189</sup> NAVARRO Albiña, René. 2014. Bases para una Sana Crítica. Santiago, Ril Editores, p. 145.

<sup>190</sup> TARUFFO, Michele. 2014. La Prueba. Madrid, Ed. Marcial Pons, p. 280.

Cabe hacer dos salvedades: La primera, es que los conocimientos científicamente afianzados no pueden reducirse únicamente a la prueba pericial<sup>191</sup>. Se estima que necesariamente debe considerarse también la prueba documental y otros medios de prueba, en que pueda constar el conocimiento científico, por ejemplo: publicaciones científicas, libros, tratados, etc., y dependerá en definitiva de la astucia o creatividad de cada abogado encontrar la manera de incorporarlas al proceso, y de realizar los debates pertinentes en cada caso. Ello, por cuanto existe una infinidad de saberes aportados por expertos del mundo entero, inclusive de expertos del siglo pasado, y cuyas investigaciones han servido de base para disciplinas científicas completas, que pueden ser aportadas a través de otros medios probatorios, principalmente la prueba documental o inclusive, mediante prueba electrónica.

La segunda salvedad es referida a la distinción que se ha hecho por parte de la doctrina estadounidense de “buena ciencia”, que es aquella válida y viable, y de “mala ciencia” o *junk science*, que en realidad corresponde a conocimientos “basura” que no merecen la denominación de ciencia, que no pueden ser considerados como base de ninguna decisión judicial. En este sentido, Taruffo ha puntualizado que “la *junk science* no es un problema científico, pues la ciencia basura simplemente no es ciencia: ésta es un problema de carácter procesal, ya que son los mecanismos procesales los que permiten o no previenen su entrada en el juicio”<sup>192</sup>. Y en cuanto ciertos criterios elementales para considerar a la buena ciencia, se cita aquellos atendidos por la jurisprudencia norteamericana para admitir o excluir los medios de prueba

---

<sup>191</sup> Astudillo en su obra citada ha señalado que los conocimientos científicos se incorporan en el juicio mediante la prueba pericial, y si bien ello ha sido y es efectivo en la práctica, se estima que no es algo rígido, y que necesariamente debe ampliarse a otros medios probatorios para poder enriquecer los fundamentos probatorios de cada caso.

<sup>192</sup> *Ibíd.*, p. 283.

científica presentados por las partes: “a) La controlabilidad y falseabilidad de la teoría científica o la técnica en la que se fundamenta la prueba; b) el porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la técnica empleada; c) la publicación en revistas sometidas al control de otros expertos, de la teoría o de la técnica en cuestión; d) la existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada. Aunado a esto, el conocimiento científico en cuestión debe ser *fit*, es decir, directamente relevante y concretamente útil para decidir sobre los hechos del caso”<sup>193</sup>.

Destaca Taruffo que independientemente de las particularidades metodológicas que emplee cada ciencia, para ser utilizada como elemento probatorio la validez científica debe ser verificada, y ello debe realizarse considerando los criterios de validez científicos que corresponden a cada ciencia, sean ciencias exactas, naturales o sociales, empíricas o no. Y reconociendo posibles dificultades en el proceso respecto del control y validez de los conocimientos, sostiene el autor que no se puede renunciar al uso de conocimientos especializados que pueden ser indispensables, y preferibles que “recorrer a la ciencia privada del juez, cuya validez y fiabilidad escapan a todo control”<sup>194</sup>.

En este sentido, es de perogrullo señalar que tanto la psicología como la psiquiatría son ciencias que adscriben al método científico hace más de cien años<sup>195</sup>, que utilizan métodos de investigación cada vez más sofisticados, y ambas disciplinas han tenido una evolución fenomenal en el siglo XX y XXI, por

---

<sup>193</sup> *Ibid*, p. 283.

<sup>194</sup> TARUFFO, ob. cit., p. 286.

<sup>195</sup> La Psicología como ciencia experimental surge en la segunda mitad del S.XIX, con los trabajos de Herbart, siendo desarrollada posteriormente por Wundt, quien fundó el primer laboratorio de psicología en Leipzig en 1870. La Psiquiatría como rama de la ciencia médica surge en la primera mitad del S.XIX.

lo que resulta de suma utilidad considerar tales conocimientos para una comprensión real de los problemas abordados, y a la vez, resulta trivial para el derecho no recurrir a este arsenal de conocimientos cuando se trata de problemas sociales e individuales -que han sobrevenido en problemas jurídicos- estudiados latamente por estas disciplinas.

Por último, en cuanto a la manera de incorporar estos conocimientos al proceso, en juicios de desafuero se estima que principalmente pueden ser documentos a ser incorporados para tener a la vista, o *ad effectum videndi*, para una mayor comprensión de la gravedad del problema de afectación de los bienes jurídicos y derechos fundamentales en cuestión (aunque dependiendo de cada caso, y de la acción en particular de que se trate, podrán servir junto con otras probanzas, para acreditar el daño moral o extra patrimonial de la mujer<sup>196</sup>). Sin embargo, respecto del valor probatorio de tales probanzas, el juez tiene libertad para realizar la valoración dentro de estos parámetros, y de acuerdo a sus facultades, podrá o no darles prevalencia para tomar su decisión.

## **5.2. Conocimientos científicos proporcionados por la Psicología y la Psiquiatría en relación con el problema del desempleo.**

### **5.2.1. Psicología**

Los primeros estudios realizados por la Psicología sobre los efectos del desempleo datan de 1930, luego de las consecuencias de la crisis económica

---

<sup>196</sup> Por ejemplo, ello podría ocurrir en una acción de tutela y nulidad del despido por infracción a las normas del fuero maternal, en que se demande de manera subsidiaria despido injustificado y daño moral.

de 1929, estableciéndose ya en el siglo XXI un paradigma<sup>197</sup> dentro de la comunidad científica de psicólogos, desde las distintas escuelas psicológicas, y especialmente desde la Psicología Social del Desempleo y la Psicología Social del Trabajo, respecto de los negativos efectos que acarrea el desempleo para la salud mental de las personas.

Luego del análisis de una gran cantidad de investigaciones al respecto, de los distintos modelos teóricos, y de las evidencias empíricas obtenidas, todos los autores concuerdan que existe un impacto psicológico poderoso del desempleo que se verifica tanto sobre aquellos involucrados directamente, su círculo inmediato y la sociedad en general<sup>198</sup>, y se concluye en términos muy generales, que “las personas desempleadas presentan, cuando se las compara con personas que tienen un empleo, menor grado de bienestar psicológico general, mayor nivel de sentimiento depresivo, mayor ansiedad, menor grado de satisfacción con la vida y menor nivel de autoestima”<sup>199</sup>.

El consenso respecto de los impactos del desempleo en las personas es global. La Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud, en su Informe de 2011 sobre el impacto de la crisis económica en la

---

<sup>197</sup> En Buendía, p. 27. se hace referencia a este paradigma dentro de la comunidad científica. La inmensa cantidad de investigaciones de expertos de todo el mundo, de publicaciones en revistas científicas, de congresos y seminarios bajo este rótulo, de escuelas y áreas de especialización dentro de la Psicología que tienen este objeto de estudio, permiten sostener fundadamente que el actual paradigma dentro de la comunidad científica de psicólogos sobre los efectos del desempleo en la salud mental de las personas se trata de conocimientos científicamente afianzados.

<sup>198</sup> CONTRERAS, Candela. 2004. La incidencia del desempleo sobre el auto concepto. Las tesinas de Belgrano [En línea] p. 5. Disponible en: <[http://184.168.109.199:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/262/142\\_contreras.pdf?sequence=2](http://184.168.109.199:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/262/142_contreras.pdf?sequence=2)>[consulta: 19- julio-2015]

<sup>199</sup> ÁLVARO, GARRIDO y TORREGROSA. 1996. Psicología Social Aplicada. Madrid, Ed. McGraw-Hill/Interamericana de España, p. 126.

salud mental, ha estimado al desempleo como uno de los principales factores de riesgo para la salud mental<sup>200</sup>.

Como punto de partida, para abordar los efectos psicológicos y psicopatológicos del desempleo, es necesario comprender el rol que juega el trabajo en la vida social. En este sentido, se ha establecido que “obtener un empleo es una expectativa social y cultural adquirida desde la infancia y desde entonces continuamente reforzada a través de las influencias de la escuela, la familia y los medios de comunicación; y cuando el individuo logra insertarse en el mundo del trabajo, accede a un nuevo status y a una nueva identidad social. El desempleo interrumpe este proceso con lo que va a generar una nueva experiencia de derrota y de fracaso... La relación entre trabajo y sociedad y la importancia que el trabajo tiene en la vida humana son aspectos que nos proporcionan la perspectiva adecuada para analizar y poder comprender las principales dimensiones del paro laboral<sup>201</sup>.

Asimismo, se ha consignado que el trabajo es una fuente central de identidad, pertenencia y desarrollo personal, además de posibilitar dinero para vivir, razón por la cual el desempleo es tema de preocupación universal por sus consecuencias en distintos niveles, a nivel personal, macro social, económico y social<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> ESPINO Granada, Antonio. Crisis económica, políticas, desempleo y salud (mental) [En línea] *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.*, 2014; 34 (122), p. 390. Disponible en: <<http://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/v34n122/10debate01.pdf>> [consulta: 20 - agosto- 2015]

<sup>201</sup> BUENDÍA, José. Psicopatología del desempleo. [En línea] *Aanales de psicología*, 1990, 6 (1), p. 22. Disponible en: <[http://www.um.es/analesps/v06/v06\\_1/03-06\\_1.pdf](http://www.um.es/analesps/v06/v06_1/03-06_1.pdf)> [consulta: 21 - agosto- 2015]

<sup>202</sup> MOYANO-DÍAZ, E., Gutiérrez, D. P., Zúñiga K. C., & Cornejo, F. A. Empleados y desempleados, atribuciones causales y bienestar subjetivo. [En línea] *Psicología & Sociedade*, 25(2), 2013, p. 441. Disponible en: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v25n2/21.pdf>> [consulta: 21 - agosto- 2015]

Se destaca como la característica psicológica más importante que proporciona el trabajo, que “sitúa al individuo en una red de relaciones sociales con un lugar definido y una determinada función dentro de una estructura social, hasta el punto de que la gente aparece categorizada por el trabajo en términos de clase, nivel e influencia, estableciendo jerarquías y agrupaciones, amigos y relaciones sociales, de todo lo cual deriva un sentimiento de seguridad, reconocimiento, dominio y comprensión. El desempleo representa, por el contrario, la ruptura de ese sistema de relaciones, y la desintegración de expectativas y modelos de comportamiento asociados a dichas relaciones. Consecuencia de todo ello es que la situación de desempleo llega a perturbar al individuo provocando en él sentimientos de inferioridad ante la pérdida de autoestima y la minoración del status social<sup>203</sup>.

En este sentido, se ha descrito funciones manifiestas del trabajo, como lo son el salario y las condiciones de trabajo, y funciones latentes del trabajo: el empleo impone una estructura del tiempo; implica regularmente experiencias compartidas y contactos con la gente fuera del núcleo familiar; vincula al individuo a metas y propósitos que rebasan el propio yo; proporciona un status social y clarifica la misma identidad personal; y requiere una actividad habitual y cotidiana<sup>204</sup>, lo que explica que el desempleo sea psicológicamente destructivo, incluso en aquellos casos en que están garantizados los ingresos económicos de las personas sin trabajo.

En definitiva, como se ha sostenido, el desempleo no significa solamente un individuo sin recursos económicos o sin trabajo remunerado, significa también y

---

<sup>203</sup> BUENDÍA, José. Ob. cit., p. 25.

<sup>204</sup> Jahoda Marie es una de las autoras veteranas que ha estudiado con mayor profundidad el fenómeno del desempleo, citada en BUENDÍA, José, ob. Cit., p. 22.

principalmente una persona que ha perdido su trabajo. Significa una persona en cierta manera *mutitada*, lo cual explica ciertos comportamientos sociales y ciertos trastornos afectivos o psicofisiológicos<sup>205</sup>.

Los estudios coinciden en que el trabajo, el lugar de trabajo y el grupo laboral son organizadores psicológicos de gran magnitud, que además de influir en la salud mental, determinar el estado de ánimo y la autovaloración de los trabajadores, se configuran como aportes estructurantes del empleo en la vida social<sup>206</sup>.

El desempleo forma parte de los denominados sucesos vitales mayores, que son eventos más o menos importantes que implican algún tipo de cambio, tales como cambio de casa, divorcio, muerte de un cónyuge, muerte de un hijo, despido o inestabilidad en el ámbito del trabajo, etc., y que pueden provocar distintas reacciones y alteraciones psicológicas y/ psicofisiológicas<sup>207</sup>.

Dentro de los primeros estudios<sup>208</sup> se puede señalar los difundidos trabajos realizados por Eisenberg y Lazarsfeld (1938)<sup>209</sup>, en que luego de analizar más de cien investigaciones realizadas en distintos países, se describen los efectos

---

<sup>205</sup> Amiel, 1986; Sasseville y Grinberg, 1987; Schwefel, 1984; Viney, 1985, citados en BUENDÍA, José. Ob. cit., p.23.

<sup>206</sup> CONTRERAS, Candela. Ob. Cit. p. 23.

<sup>207</sup> GAVILAN, Mirta; FERRER, Karina e IBARRA. Rosana. Salud mental versus inestabilidad laboral. [En línea] *Orientac. soc.* 2002, vol.3, pp. 115-122. Disponible en: <<http://www.scielo.org.ar/pdf/orisoc/v3/v3a07.pdf>> [consulta: 21 - agosto- 2015]

<sup>208</sup> Luego, se puede mencionar los trabajos de igualmente los trabajos de Bakke (1933, 1940), Beales y Lambert (1934) y Jahoda, Larzsfeld y Zeisel (1933), y décadas después, a Jahoda (1979), Feather (1982, 1983), Warr (1982, 1984), Kelvin y Jarret (1985), Morch (1987), Frese (1987), Winefield y Tiggemann (1989), entre muchos otros, citados en BUENDÍA, José, ob. cit., p. 29; CONTRERAS, Candela. Ob. Cit., p. 5.

<sup>208</sup> BUENDÍA, José. Ob. Cit, p. 21.

<sup>209</sup> Citados en BUENDÍA, José, Ob. Cit, p. 29; ESPINO Granada, Antonio. Crisis económica, políticas, desempleo y salud mental. [En línea] *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.*, 2014; 34 (122), p. 390. Disponible en: <<http://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/v34n122/10debate01.pdf>> [consulta: 15 - agosto- 2015]

psicopatológicos del desempleo: deterioro significativo de la salud mental, apatía, resignación, depresión, disminución de la autoestima, pérdida del sentido estructurante del tiempo vital, disminución de las actividades cotidianas y de la participación social y política.

Desde entonces, como lo sostienen Montes Piñeiro, Carlos y Louzán Mariño, Rita, en una investigación publicada en la prestigiosa revista *Escritos de Psicología*, “ha sido ampliamente reconocido y documentado que el desempleo es un acontecimiento estresante que se traduce en una experiencia psicológica negativa (McKee-Ryan, Song, Wanberg y Kinicki, 2005; Paul y Moser, 2009). En comparación con las personas que conservan su empleo, los desempleados manifiestan, entre muchos otros síntomas, mayor sintomatología depresiva (Bolton y Oatley, 1987), mayor sintomatología ansiógena (Layton, 1987), mayor sintomatología psicósomática (Viinamäki, Koskela y Niskanen, 1993), mayor afectividad negativa (Kirchler, 1985), menor autoeficacia (Lang y Lee, 2005), menor calidad de vida (Del Pozo, Ruiz, Pardo y San Martín, 2002), mayor probabilidad de alcoholismo (Dooley, Catalano y Hough, 1992)”<sup>210</sup>.

Una revisión realizada por Paul y Moser en el año 2009 identificó 237 estudios transversales y 87 estudios longitudinales sobre los efectos del desempleo en la salud mental, y sus resultados confirman el paradigma: las personas desempleadas experimentan mayor deterioro psicológico que las personas que conservan su empleo<sup>211</sup>. Los cuadros se reiteran en los resultados: descenso de la salud mental y pérdida de autoestima, trastornos depresivos, trastornos ansiógenos, sentimientos de inseguridad, de fracaso y angustia.

---

<sup>210</sup> MONTES Piñeiro, Carlos y LOUZÁN Mariño, Rita. Repercusiones psicológicas del desempleo: Efectos colaterales de la crisis en el sector de la construcción. [En línea] *Escritos de Psicología*, Vol. 6, nº 1, p. 29. Enero-Abril 2013. Disponible en: <[http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1989-38092013000100005&script=sci\\_abstract](http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1989-38092013000100005&script=sci_abstract)> [consulta: 10 - agosto- 2015]

<sup>211</sup> MONTES Piñeiro, Carlos y LOUZÁN Mariño, Rita. Ob. Cit. p. 29.

También se ha constatado un aumento de tensión en las relaciones familiares (Mardsen y Duff, 1975; Rodríguez, Domenech y García, 1982; Voydanoff, 1983; Friedeman, 1986)<sup>212</sup>.

Tiggeman (1984) verificó que “el grupo de los que no tenían trabajo estaban peor adaptados, tenían mayor sintomatología depresiva y más baja autoestima”. Y Morch (1987) mediante un estudio realizado con jóvenes, pudo observar mayores niveles de depresión y menos autoestima entre aquellos que no tenían trabajo<sup>213</sup>. En el mismo sentido, Keefe (1984) analiza la situación de desempleo como factor estresante, destacando entre sus efectos la disminución de la autoestima y la depresión<sup>214</sup>. Bolton y Oatley (1983) mediante la realización de un estudio longitudinal, observaron que el desempleo aumenta la proporción de trastornos depresivos<sup>215</sup>.

De acuerdo a investigaciones de Amartya Sen, publicadas en la Revista Internacional del Trabajo, la pérdida de la estima propia como consecuencia del desempleo es perjudicial para las mujeres jóvenes<sup>216</sup>. En este sentido, se ha consignado que no disponer de un trabajo constituye -además de un problema de subsistencia y de integración social-, una fuente de deterioro del sentido de identidad a nivel de género (Burin *et al*, 2004)<sup>217</sup>.

---

<sup>212</sup> *Ibíd*, p. 29.

<sup>213</sup> *Ibíd*, p. 30.

<sup>214</sup> *Ibíd*, p. 32.

<sup>215</sup> *Ibíd*, p. 33.

<sup>216</sup> SEN, Amartya. Desigualdad y desempleo en la Europa contemporánea [En línea] *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 116 (1997), núm. 2 (verano). Disponible en: <<http://www.oit.org/public/spanish/revue/download/pdf/sen972.pdf>>. [consulta: 10 - agosto-2015] La autora cita como ejemplos, los trabajos de Gurney, 1980; Ellwood, 1982; Tiggemann y Winefield, 1984, y Winefield, Tiggemann y Goldney, 1988.

<sup>217</sup> SALVIA, Agustín, BOSO, Roxana. Representaciones, estratificación social y diferencias de género bajo condiciones de crisis y desempleo. [En línea] p. 6. Disponible en: <

Uno de los principales exponentes de la investigación psicosocial sobre el desempleo es Warr, quien durante las décadas de 1970 y 1980 realizó un sinnúmero de trabajos, y concluye que “el impacto de la pérdida del empleo afecta rápidamente a la salud mental, y el rápido deterioro de la salud mental se puede explicar por la pérdida brusca de aportes psicosociales, como la disponibilidad económica, la seguridad física, la pérdida de habilidades laborales, la imposibilidad de predecir y planificar el futuro y la pérdida de una posición social valorada (Warr,1987)<sup>218</sup>.

También se ha estudiado que las fases por las que pasan los desempleados serían similares a las que se producen ante cualquier suceso vital mayor (sucesos de muerte u otros traumas emocionales serios)<sup>219</sup>.

Investigaciones recientes han consignado que la incertidumbre acerca de la situación laboral futura actúa como un factor estresante que conduce a cambios psicológicos, que también van a impactar negativamente en la salud mental, con trastornos somáticos, ansiedad-insomnio (Urbanos-Garrido y González, 2013), y que las personas desempleadas presentan un riesgo entre dos y siete veces mayor de padecer depresión que las personas que están empleadas (Gill, Roca, y García-Campayo, 2014)<sup>220</sup>.

---

[http://catedras.fsoc.uba.ar/salvia/programa/biblioteca/bolsa/cl21\\_07.pdf](http://catedras.fsoc.uba.ar/salvia/programa/biblioteca/bolsa/cl21_07.pdf)> [consulta: 10 - agosto-2015]

<sup>218</sup> Citado en POZO Iribarría, Juan, RUIZ, Miguel, PARDO, Antonio y SAN MARTÍN, Rafael. Efectos de la duración del desempleo entre los desempleados. [En línea] *Psicothema*, Vol. 14, nº 2, p. 440. Disponible en:

< <http://www.unioviado.net/reunido/index.php/PST/article/view/8040/7904>>> [consulta: 10 - agosto- 2015]

<sup>219</sup> *Ibid.* p. 442.

<sup>220</sup> Todos citados en PAREJO Ortega, Andrea, SÁNCHEZ, Rocío, VÁZQUEZ Gil, Andrea e VALERO Pizarro, Irene. Efectos del desempleo en las relaciones de pareja, en el ambiente familiar y en la salud mental. [En línea] *Reidocrea*, volumen 4, artículo 15, p. 106 Disponible en:

Asimismo, estudios del año 2007 y 2009 han arrojado que los episodios de desocupación impactan negativamente en el bienestar subjetivo de las personas, producto de la tensión, la ansiedad y el malestar psicológico<sup>221</sup>, y que el desempleo puede producir desequilibrio en la salud mental de los individuos, haciéndoles más vulnerables a estados depresivos, al abatimiento y la desesperanza, que puede influir negativamente en la identidad de la persona desempleada, y debilitar componentes positivos de la autovaloración y concepto de sí mismo<sup>222</sup>.

El Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid ha constatado que una persona en situación de desempleo puede ver afectado su bienestar psicológico, y también el de su familia, en aspectos como la depresión, la extroversión y el neuroticismo, la escala de valores, el sistema familiar, las expectativas de éxito, la calidad de vida y la salud percibida, la inhibición del desarrollo psicológico de la juventud, la autoeficacia, las atribuciones, o la inteligencia emocional, entre otros aspectos relevantes<sup>223</sup>.

---

< <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/37011/1/ReiDoCrea-Vol.4-Art.15.pdf>> [consulta: 8 - agosto- 2015]

<sup>221</sup> MOYANO-DÍAZ, E., GUTIÉRREZ, D. P., ZÚÑIGA K. C., & CORNEJO, F. A. Empleados y desempleados, atribuciones causales y bienestar subjetivo. [En línea] *Psicología & Sociedade*, 25(2), 2013, p. 442 Disponible en: < <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v25n2/21.pdf> > [consulta: 10 - agosto- 2015]

<sup>222</sup> *Ibíd.*, p. 441

<sup>223</sup> PIQUERAS Gómez, Rafael, RODRÍGUEZ Morejón, Alberto, RUEDA Sabater, Cristina. Expectativas y duración del desempleo. [En línea] *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones* - 2008 Volumen 24, nº 2 - P. 131 Disponible en: < <http://scielo.isciii.es/pdf/rpto/v24n2/v24n2a01.pdf>> [consulta: 10 - agosto- 2015]

En este artículo se cita los trabajos de Buendía, 1987; Boswell, Roehling y Boudreau, 2005; Blanch, 1989, 1990; Rodríguez y García, 1989; Valls y Martínez, 2004; Van- Hoof, 2005; Garrido, 1990, 1991; De Pablo, 1986; Moral, 1999; Banks y Ullah, 1987; Del Pozo, Iribarría, Ruiz, Pardo y San Martín, 2002; Álvaro, 1989, 1992; García, 1993; Lang y Lee, 2005; De la Torre, 1989; y de Sampedro, 2005.

En el mismo sentido, se ha estudiado que las personas desempleadas sienten que no poseen el rango de capacidades normales que sí poseen las demás personas, generándose un autoconcepto de discapacidad, en este caso, de discapacidad psicológica (Coelbo, Hamburg and Adams, 1974)<sup>224</sup>.

De acuerdo a Seligman, la frustración de la pérdida laboral puede influir en sentimientos de pesimismo creciente, que califica como «síndrome de indefensión» y que pueden formar parte de un “estado depresivo persistente, producir un significativo deterioro del sentimiento de identidad, un descenso importante de la autoestima y trastornos en el autoconcepto (...) que llevan a la autopercepción del desempleado como un «invalidado», marginado que no accede al empleo que otras personas más «aptas», «cumplidoras» y valiosas si pueden alcanzar”<sup>225</sup>.

De este modo, algunos de los efectos psicológicos del desempleo quedan claramente incluidos dentro de la psicopatología, y así diversos estudios señalan que la depresión ansiosa es una de las consecuencias frecuentes de haber perdido el empleo y no poder conseguir otro<sup>226</sup>.

Evidentemente, los efectos negativos del desempleo no se presentarán en todas las personas desempleadas de la misma manera, sino que influirán una serie de factores, como los recursos personales, la personalidad, el nivel de

---

<sup>224</sup> CONTRERAS, Candela. La incidencia del desempleo sobre el autoconcepto. [En línea] Las tesis de Belgrano, 2004, p. 19. Disponible en: <[http://184.168.109.199:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/262/142\\_contreras.pdf?sequence=2](http://184.168.109.199:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/262/142_contreras.pdf?sequence=2)> [Consulta: 5- 05-2015]

<sup>225</sup> SELIGMAN, 1989, citado en CONTRERAS, Candela. Ob. Cit. p. 19.

<sup>226</sup> CONTRERAS, Candela. Ob. Cit. p. 22.

estudios, etc., y los estudios también corroboran que<sup>227</sup> las reacciones ante el desempleo pueden ser diversas atendiendo a diferencias individuales, el tiempo que se prolongue (Lalive, Van Ours, & Zweimuller, 2011) y las circunstancias individuales, sociales, e institucionales (Ahn, García, & Jimeno, 2004; Ochsen, 2011)<sup>228</sup>.

De igual forma, se ha señalado que influyen variables como el sexo, edad, duración del desempleo, recursos económicos, o apoyos sociales, expectativas de encontrar empleo, valor o compromiso establecido con el trabajo, así como de rasgos idiosincrásicos y de personalidad (Vinokur, Caplan y Williams, 1987; Fryer y Payne, 1984; Jackson y Warr, 1984; Frese y Mohr, 1987)<sup>229</sup>, la clase social, el género, el nivel de estudios, la edad, el apoyo social o la duración del periodo de desempleo<sup>230</sup>

### 5.2.2. Neuropsiquiatría

De acuerdo a las investigaciones realizadas en el ámbito de la neuropsiquiatría, el desempleo es uno de los principales factores de riesgo de aparición de problemas de salud mental en una persona previamente sana, como trastornos de ansiedad, insomnio, cuadros depresivos, reacciones desadaptativas o duelo, recaídas en personas con trastornos mentales previos,

---

<sup>227</sup> MOYANO-DÍAZ, E., GUTIÉRREZ, D. P., ZÚÑIGA K. C., & CORNEJO, F. A. Empleados y desempleados, atribuciones causales y bienestar subjetivo. [En línea] *Psicología & Sociedade*, 25(2), 2013, p. 442 Disponible en: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v25n2/21.pdf>> [Consulta: 15-agosto-2015]

<sup>228</sup> *Ibíd.* p. 441

<sup>229</sup> Estudios citados en BUENDÍA, José. Ob. cit. p. 26.

<sup>230</sup> IZQUIERDO, Tomás, JORGE Alonso, Horacio. Valores Culturales y Consecuencias Psicosociales del Desempleo en América Latina. [En línea] *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, Vol. 26, n.º 2, 2010, págs. 123-133. Disponible en: <<http://scielo.isciii.es/pdf/rpto/v26n2/v26n2a04.pdf>> [Consulta: 15- agosto-2015] Los autores en este punto citan las investigaciones de García y García (2008) y Garrido (2006).

y asimismo es un factor de riesgo para la aparición de conductas disociales y autolesivas como el consumo de sustancias o drogas<sup>231</sup>.

El Observatorio de Salud Mental de la Asociación Española de Neuropsiquiatría ha referido que es “suficientemente conocido como el efecto del desempleo tiene una repercusión directa sobre la salud mental. El aumento de las tasas de desempleo genera un menor bienestar subjetivo y produce un mayor número de síntomas y signos de enfermedad y existe además una mayor tasa de mortalidad por enfermedades cardiovasculares, traumatismos y suicidios”<sup>232</sup>.

Fagin ha caracterizado la depresión como “patología del desempleo”, considerando sus implicancias psicológicas: sentimientos de tristeza, desesperación y autoinculpación irracional, sentimientos de inutilidad y pérdida de la propia estima, vista como una salida y fuera del control del ex trabajador, que puede agruparse, en términos psicológicos, con otras experiencias de privación, principales acontecimientos de la vida o transiciones psicosociales<sup>233</sup>.

Se sostiene que dentro de la perspectiva médico sanitaria, ante la pérdida de empleo las personas ponen en marcha mecanismos de adaptación no necesariamente patológicos, pudiendo aparecer temporalmente síntomas de ansiedad, estrés o depresión referidos, síntomas con cierta tendencia a la cronificación, pero que de manera aislada y en un porcentaje marginal acarrear complicaciones psiquiátricas graves, como es el caso de la depresión mayor y

---

<sup>231</sup> ESPINO Granada, Antonio. Ob. cit., p. 390.

<sup>232</sup> BRAVO Ortiz, María Fe, presidenta de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, en la Editorial de la Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría a propósito de la salud mental. Día mundial de la Salud Mental. “Invertir en Salud Mental” [En línea] *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.* vol.32 no.113 Madrid ene.-mar. 2012, p. 205 Disponible en: <<http://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/v32n113/paginas1.pdf>> [Consulta: 13- agosto-2015]

<sup>233</sup> FAGIN, Leonardo. Stress y desempleo. [En línea] *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiquiatría*. Vol. VII. N. 021. 1987, pp. 271 y 275. Disponible en: <<http://www.revistaaen.es/index.php/aen/article/view/14933/14801>> [Consulta: 13- agosto-2015]

las conductas suicidas<sup>234</sup>, concluyéndose que *tener un empleo estable y adecuado a las competencias y características del trabajador es la mejor medicina que el Estado puede ofrecer a los ciudadanos*<sup>235</sup>.

### **5.3. Conocimientos científicos proporcionados por la Psicología y la Psiquiatría en relación con la etapa de gestación, puerperio y lactancia (bien jurídico/derecho protegido: la familia como núcleo fundamental de la sociedad, derecho a la integridad psíquica de la mujer, derechos del niño)**

Como lo ha expuesto la Dra. Flores Ramos<sup>236</sup> “la vulnerabilidad de las mujeres a presentar ciertos trastornos mentales se puede incrementar en periodos específicos de su vida reproductiva, como serían: la adolescencia, el embarazo, el postparto y la perimenopausia”, estimándose que la fisiopatología subyacente está dada por una “asociación entre los cambios hormonales y las alteraciones de los neurotransmisores, así como una adaptación anormal a los cambios hormonales en mujeres vulnerables. De igual manera, existe una serie de factores psicológicos, sociales y culturales que hacen a la mujer más

---

<sup>234</sup> ESPINO Granado, Antonio. Ob. cit., p. 399.

<sup>235</sup> ESPINO Granado, Antonio. Ob. cit., p. 400.

<sup>236</sup> La Dra Flores Ramos es Jefa del Instituto de Neuropsiquiatría, Instituto Nacional de Perinatología, México.

vulnerable en relación a los problemas emocionales durante diferentes etapas de la vida reproductiva”<sup>237</sup>.

Para contextualizar la materia en estudio, reseña Jadresic que hasta la década del 80 del siglo pasado se mantuvo la idea de asociar la maternidad y el embarazo a un estado de bienestar emocional y ausencia de patología mental. Sin embargo, desde la investigación de la psiquiatra inglesa Gisela B. Oppenheim, que cuestionó este mito prevaleciente, se ha abierto esta línea de investigación y ha tomado un creciente impulso en todo el mundo.

En Chile, a partir de la década de los 90 comienzan a desarrollarse investigaciones en este ámbito, y los numerosos estudios publicados muestran que alrededor del 30% de las embarazadas presenta síntomas inespecíficos de depresión y/o ansiedad, y que “durante los meses que siguen al parto, período en que la mujer es muy vulnerable desde el punto de vista psíquico, más del 40% de las madres sufre de síntomas depresivo-ansiosos inespecíficos y que del 10% al 15% desarrolla una enfermedad depresiva propiamente tal”<sup>238</sup> durante los seis primeros meses después del parto, conocidas comúnmente como depresiones posparto, existiendo un consenso generalizado que la depresión posparto es un problema de salud pública mayor<sup>239</sup>.

---

<sup>237</sup> FLORES-RAMOS, Mónica. La Salud Mental en la mujer embarazada. [En línea] *Perinatol. Reprod. Hum.* vol. 27 n° 3, México, ene. 2013, p. 143. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/prh/v27n3/v27n3a1.pdf> [Consulta: 13- agosto-2015]

<sup>238</sup> JADRESIC, Enrique. Depresión en el embarazo y el puerperio. [En línea] *Rev chil neuro-psiquiat* 2010; 48 (4): 270 Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/rchnp/v48n4/art03.pdf> > [Consulta: 13- agosto-2015]

<sup>239</sup> EVANS Gregorio M., VICUÑA, Mcjohn M., MARÍN, Rodrigo. Depresión posparto realidad en el sistema público de atención de salud. [En línea] *Rev. chil. obstet. ginecol.* 2003, vol.68, n.6, p. 491. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0717-75262003000600006&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-75262003000600006&lng=es&nrm=iso&tlng=es) > [Consulta: 13- agosto-2015]

En efecto, la etapa de gestación, puerperio y lactancia es un período especial y complejo para la mujer, tanto desde el punto de vista biológico como psicológico, presentándose stress y una serie de cambios bioquímicos<sup>240</sup>, físicos y hormonales, como la astenia o desaliento, la labilidad emocional y las alteraciones del sueño, y presentándose factores de riesgo de afloramiento de ciertas enfermedades como la diabetes gestacional, anemia y disfunción tiroidea, además de trastornos mentales, por lo que el proceso ha sido atendido entre otras especialidades, por la psiquiatría y la neuropsiquiatría. Así, se ha denominado psiquiatría perinatal al área de la psiquiatría que se aboca específicamente al estudio, diagnóstico y tratamiento de los trastornos mentales del pre y posparto.

Dentro de los trastornos, el más común y frecuente es la depresión perinatal, definida como aquella que se presenta en la madre durante el embarazo o con posterioridad al parto, que posee características comunes con el trastorno de depresión en otras etapas de la vida, pero la diferencia está en los efectos negativos que este trastorno puede tener en el hijo, con una psicopatología posterior en el niño/a<sup>241</sup>.

La depresión perinatal de acuerdo a las investigaciones, afecta a entre 5 y 13% de mujeres con depresión, durante o después del embarazo (Fortner, Pekow, Dole, Markenson, y Chasen-Tabe, 2011<sup>242</sup>), cifras que se duplican en los países en vías de desarrollo<sup>243</sup>. Y dentro de los trastornos depresivos, los

---

<sup>240</sup> *Ibíd.*

<sup>241</sup> CLATWORTHY, 2011, citado en OLHABERRY, Marcia, ESCOBAR, Marta, SAN CRISTÓBAL, Pamela, SANTELICES, María Pía, FARKAS, Chamarrita, ROJAS, Graciela, MARTÍNEZ, Vania. Intervenciones psicológicas perinatales en depresión materna y vínculo madre-bebé: una revisión sistemática. [En línea] *Terapia psicológica* 2013, Vol. 31, N° 2, p. 250 Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/terpsicol/v31n2/art11.pdf>> [Consulta: 13- agosto-2015]

<sup>242</sup> Citados en OLHABERRY, Marcia, *et. al.*, p. 250.

<sup>243</sup> OLHABERRY, Marcia, *et. al.*, Ob. cit. p. 250.

más graves son los cuadros de depresión mayor, con síntomas como la anhedonia, los sentimientos de culpa, la desesperanza y la ideación suicida<sup>244</sup>.

A la vez, el tercer trastorno psiquiátrico más frecuente en las mujeres embarazadas –luego de la depresión y la adicción a la nicotina-, es el denominado trastorno de estrés postraumático (TEPT) asociado al embarazo, parto y posparto. Según se ha documentado, este trastorno representa “una de las formas de estrés humano más severas e incapacitantes”, y los cambios hormonales de la mujer propios de este periodo pueden influir en la manifestación del trastorno (déficit de actividad del eje hipotálamo-hipófisis-adrenal, interacción oxitocina-prolactina, modificaciones hormonales derivadas del alumbramiento). A ello cabe considerar el proceso de parto en sí, ya que numerosas circunstancias pueden hacer del parto una experiencia especialmente traumática<sup>245</sup>.

Resulta relevante destacar que, como se ha consignado, dentro de los factores de riesgo de trastornos mentales puerperales como la depresión y el trastorno de estrés postraumático, se encuentran el apoyo social insuficiente, surgimiento de dificultades económicas graves en el pasado reciente<sup>246</sup>, y situaciones vitales adversas o sucesos vitales estresantes durante el embarazo<sup>247</sup>. El desempleo, como se analizó en el apartado anterior, podría constituir un antecedente de estos dos últimos factores de riesgo.

---

<sup>244</sup> JADRESIC, Enrique. Ob. cit., p. 270.

<sup>245</sup> SÁNCHEZ Montoya, Jesús, PALACIOS, Graciela. Trastorno de estrés postraumático en el embarazo, parto y posparto. *Matronas Prof.* 2007; 8 (1), p. 14. <http://www.federacion-matronas.org/rs/234/d112d6ad-54ec-438b-9358-4483f9e98868/518/rglang/es-es/filename/vol8n1pag12-19.pdf>

<sup>246</sup> JADRESIC M., Enrique; JARA V., César; ARAYA B., Ricardo. Depresión en el embarazo y el puerperio: estudio de factores de riesgo. *Acta Psiquiatr. Psicol. Am. Lat.*; 39 (1): 63-74, mar. 1993.

<sup>247</sup> JADRESIC, Enrique, ob. cit., p. 274; SÁNCHEZ Montoya, Jesús, PALACIOS, Graciela. Ob. Cit.; MATTHEY, KAVANAGH, HOWIE, BARNETT y CHARLES, citados en OLHABERRY,

Un estudio realizado recientemente por investigadores de la Universidad Católica y de la Universidad de Chile respecto de la depresión perinatal y los consecuenciales efectos en el hijo, consigna los efectos negativos que genera este trastorno de la madre en el niño/a, debido a que “el desarrollo neuronal infantil durante el período perinatal, es profundamente afectado por el contexto en el cual el infante se encuentra y por las experiencias cotidianas con su cuidador<sup>248</sup>” y que “los estudios describen secuelas biológicas, psicológicas y sociales de la depresión perinatal en la díada. A nivel biológico, genera niveles elevados de cortisol en el feto por la activación del sistema de respuesta al estrés materno, asociándose esto a problemas de salud en la madre y el niño/a<sup>249</sup>”.

Algunos estudios han demostrado que niveles altos de cortisol salivario en la madre se asocian a una mayor frecuencia de partos prematuros o post-maduros (Urizar y Muñoz, 2010<sup>250</sup>). Consistentemente con estos antecedentes, los infantes de madres que sufren depresión y ansiedad crónica, también muestran altos niveles de cortisol salivario, lo cual se relaciona con consecuencias negativas a nivel psicológico, como retraso en el desarrollo, problemas de salud mental y déficit cognitivos en las etapas pre-escolar y escolar (Ashman, Dawson, Panagiotides, Yamada, y Wilkinson, 2002<sup>251</sup>)”.

Se consigna que las “investigaciones asocian de manera consistente depresión materna y dificultades en la interacción madre - infante, lo que se

---

Marcia, *et. al.* Intervenciones psicológicas perinatales en depresión materna y vínculo madre-bebé: una revisión sistemática. [En línea] *Terapia psicológica*, 2013, Vol. 31, Nº 2, p. 250. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/terpsicol/v31n2/art11.pdf>> [Consulta: 13- agosto-2015]

<sup>248</sup> GREENSPAN y BENDERLY, 1988, citados en OLHABERRY, Marcia, *et. al.*, ob. cit., p. 250.

<sup>249</sup> MEIJER *et al.*, 2011, citados en OLHABERRY, Marcia, *et. al.*, ob. Cit. p. 250.

<sup>250</sup> Citados en OLHABERRY, Marcia, *et. al.* Ob. cit. P. 250.

<sup>251</sup> Citados en OLHABERRY, Marcia, *et. al.* Ob. cit. P. 250.

refleja en fallas en el ejercicio de una adecuada parentalidad, en baja sensibilidad materna, en mayor hostilidad e intrusividad en el encuentro con el bebé entre otras (Cornish et al., 2006)”<sup>252</sup>. Consecuencialmente, uno de los factores más afectados es el apego infantil, definido como el vínculo que establece el bebé con los adultos significativos, que lo lleva a permanecer junto a ellos en el tiempo y espacio y le otorga protección y seguridad (Bowlby, 1988<sup>253</sup>), constituyendo la teoría del apego un paradigma de la Psicología en el siglo XXI.

En este sentido, se señala que “para desarrollar un apego seguro el niño/a requiere de un cuidador sensible, que muestre afectos positivos y sincronía en la interacción, no logrando las madres deprimidas desplegar este repertorio<sup>254</sup>. Por el contrario, las madres deprimidas reportan sentimientos hostiles y vivencias de estrés en relación al intercambio con sus bebés, así como percepciones negativas en cuanto a las conductas que éste presenta. Se ha descrito una mayor incidencia de apegos infantiles inseguros en hijos/as de madres deprimidas y se reportan más efectos negativos en el vínculo, mientras más severa y crónica sea la depresión de la madre (McMahon, Barnett, Kowalenko y Tennant, 2006)”<sup>255</sup>.

En suma, “las consecuencias de la depresión materna en el niño/a se observan en múltiples ámbitos, a nivel biológico y psicológico (Ashman et al., 2002; Downey y Coyne, 1990; Meijer *et al.*, 2011; Puckering, 2005; Urizar y Muñoz, 2010)”<sup>256</sup>.

---

<sup>252</sup> *Ibíd*, p. 257.

<sup>253</sup> *Ibíd*, p. 250.

<sup>254</sup> SVANBERG, MENNET, y SPIEKER, 2010, citados en OLHABERRY, Marcia, *et. al*, ob. Cit. p. 250.

<sup>255</sup> MCMAHON, BARNETT, KOWALENKO y TENNANT, MATTHEY, KAVANAGH, HOWIE, BARNETT y CHARLES, 2004, citados en OLHABERRY, Marcia, *et. al*, ob. Cit. p. 257.

<sup>256</sup> OLHABERRY, Marcia, *et. al*, ob. Cit. p.257

Como han señalado Evans, Vicuña y Marín, siendo un problema de salud pública, para enfrentar la depresión postparto “un manejo multidisciplinario con matronas, psicólogos, obstetras y en casos más severos psiquiatras debe estar disponible en todos los niveles de atención”<sup>257</sup>.

En síntesis, luego del análisis del estado del arte de los temas abordados, de los autores y artículos referidos y citados respecto de los conocimientos de psicología y de psiquiatría, resulta sencillo arribar a constataciones objetivas útiles que reflejan la esencia y magnitud del problema jurídico del desempleo - problema considerado como “suceso vital”, que puede acarrear consecuencias aún más gravosas al padecerlo en el período de gestación, puerperio y lactancia-, y que pueden coadyuvar en los análisis y en la valoración correspondientes caso a caso, contando los operadores jurídicos con más elementos que les permitan fundamentar las decisiones judiciales.

En este orden de cosas, dentro de la potestad que le confiere el artículo 174 del CdT, y en el ejercicio de esta facultad, el juez, además de la posibilidad jurídica de atender a la normativa nacional e internacional de derechos humanos, puede valerse de estos fundamentos y argumentos científicos para motivar una decisión judicial favorable a la trabajadora. Se constituye así la sana crítica en una herramienta más de que dispone el juez para una valoración judicial protectora de la maternidad, y de los bienes jurídicos y derechos

---

<sup>257</sup> Evans Gregorio M., Vicuña, Mcjohn M., Marín, Rodrigo. Depresión postparto realidad en el sistema público de atención de salud [en línea] *Rev. chil. obstet. ginecol.* 2003, vol.68, n.6, p. 494. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0717-75262003000600006&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-75262003000600006&lng=es&nrm=iso&tlng=es)> [Consulta: 13- agosto-2015]

fundamentales que protege el fuero maternal, bregando así por satisfacer en sus decisiones los umbrales constitucionales<sup>258</sup>.

## CONCLUSIONES

El propósito de esta investigación fue analizar el problema jurídico consistente en la aplicabilidad del fuero maternal a las docentes que prestan servicios bajo la modalidad de contratadas o “a contrata” del sector municipal, regidas por el Estatuto Docente, considerando la importancia de los bienes jurídicos que subyacen a la institución del fuero maternal, reconocidos como derechos fundamentales, y en consecuencia, objeto de tutela constitucional y laboral. Lo anterior se ha plasmado en numerosos instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile, y en la Constitución Política del Estado, que reconocen los bienes jurídicos protegidos mediante el fuero maternal como derechos esenciales, y en la propia legislación nacional, sin

---

<sup>258</sup> HUNTER Ampuero, Iván. Control judicial de las reglas de la sana crítica (Corte Suprema). [en línea] *Revista de Derecho*, Volumen XXV - N° 1 julio 2012, p. 251. Disponible en: <

<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n1/art12.pdf>> [Consulta: 14- septiembre-2015]

distinción derivada del sistema de contratación ni de ninguna especie, igualitario para todas las mujeres, con la única condición que se encuentren acogidas a un sistema previsional.

Luego de esbozar la legislación nacional e internacional de derechos fundamentales aplicable, se analizó la manera en que los operadores jurídicos – básicamente, Dirección del Trabajo, Contraloría General de la República y Tribunales Superiores de Justicia- han aplicado esta institución cuando se han presentado controversias en casos de docentes “a contrata” del sector municipal, como así algunos otros fallos con similares criterios jurídicos, de casos de aplicabilidad del fuero maternal en trabajadoras con contratos a plazo fijo.

Los resultados de dicho análisis arrojaron que las entidades administrativas - Dirección del Trabajo y Contraloría General de la República- han dictaminado de manera casi absoluta la aplicabilidad del fuero maternal, reconociendo la importancia de los bienes jurídicos asociados al mismo, estableciendo una preeminencia a los derechos fundamentales subyacentes al fuero maternal por sobre otras consideraciones de orden patrimonial. Sin embargo, se constata que el sector perjudicado con la interpretación jurisprudencial que ha hecho, específicamente la Contraloría, es aquel compuesto por las docentes a contrata para labores de reemplazo, y por las habilitadas para el ejercicio de la docencia en conformidad a la ley, en cuyos casos ha dictaminado el término del fuero junto con la conclusión del plazo de término de la contrata. Sobre este punto, se destaca la disparidad de criterios sostenidos por la DT y la CGR, lo que puede servir para nuevas investigaciones desde la óptica de la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación.

Respecto de la jurisprudencia judicial de los Tribunales Superiores de Justicia, se constató que no cuenta con una aplicación unificada de la institución, sino que más bien está dividida entre dos tendencias o criterios jurisprudenciales: el criterio pro trabajador, que da preeminencia al fuero maternal, y el criterio opuesto, que aplica de manera restrictiva la normativa referida a la materia, interpretándola bajo el criterio de especialidad, negando la aplicabilidad del fuero maternal. Por lo tanto, se comprueba sólo parcialmente la hipótesis de investigación, en el sentido que la institución del fuero maternal a los casos en estudio ha sido aplicada de manera parcial y vacilante; en ciertos casos, acarreando una deficiente protección a la maternidad, a los bienes jurídicos y a los derechos fundamentales que subyacen al fuero maternal, pues se ha negado su aplicación o concurrencia a las trabajadoras docentes municipales a contrata, y en otros casos se ha aceptado, propendiendo a la protección de estos derechos, con una interpretación progresiva o expansiva de los derechos fundamentales involucrados.

Se destaca la importancia de los fundamentos jurídicos utilizados por la jurisprudencia protectora de derechos fundamentales, que, bajo el alero de la potestad conferida por el legislador laboral, rechaza la autorización del desafuero considerando instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en una interpretación *pro homine*, y *pro operario* de la normativa nacional. Asimismo, se subraya la sentencia de unificación de jurisprudencia de una docente contratada a plazo fijo, que ilustra el cambio de criterio sostenido por el Máximo Tribunal<sup>259</sup>, respecto de la consideración a la normativa internacional y nacional de derechos fundamentales como “bloque de constitucionalidad”, y no ya como “argumentaciones de carácter humanitario<sup>260</sup>”, ajenos a la legislación laboral. Sobre este punto, cabe consignar la última

---

<sup>259</sup> Sentencia de la Corte Suprema de unificación de jurisprudencia citada, Rol N° 24.386-2014.

<sup>260</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 4295-2008

doctrina jurisprudencial en materia de jerarquía de tratados de derechos humanos, emanada del Máximo Tribunal: "...es la propia carta magna nacional la que reconoce que los derechos humanos constituyen un límite a la soberanía del Estado, una de cuyas manifestaciones es la propia Constitución. En consecuencia, los derechos humanos se encontrarían por sobre la Constitución adquiriendo un rango supraconstitucional, y ocuparían la cúspide de la pirámide normativa en el sistema chileno"<sup>261</sup>.

Como primera reflexión, la base del problema objeto de este estudio está dada por la normativa que contempla el artículo 174 del CdT, norma flexibilizadora, impuesta en Dictadura mediante el DL 2.200, contraria al espíritu de la ley, espíritu protector que está plasmado en el CdT de 1931. En efecto, la potestad del juez de autorizar el desafuero en casos de vencimiento del plazo de acuerdo a la normativa actual –hipótesis en la que se encuentra el vencimiento de la contrata-, estaba prohibida en el CdT de 1931, cuerpo normativo que no consideraba como justa causa para solicitar el desafuero, el vencimiento del plazo (ni la conclusión de la obra), sino únicamente, las causales de caducidad imputables al trabajador (en este caso, a la trabajadora). Luego, el problema de fondo tiene que ver con el sistema de relaciones laborales vigente en nuestro país, tanto en cuanto a la facilidad para tener modalidades contractuales flexibles -por ejemplo, sin exigirse requisitos adicionales para las contrataciones a plazo fijo-, como en cuanto a la precariedad laboral existente en el sector público, específicamente, en los trabajadores en calidad de contrata, lo cual puede servir a futuras investigaciones, desde una perspectiva histórica y comparada.

---

<sup>261</sup> Fallo Corte Suprema de fecha 18 de noviembre de 2015, Rol N° 17.393-2015.

Una segunda reflexión tiene que ver con el rol que le corresponde al operador jurídico en un Estado Constitucional de Derecho. Tomando las palabras de Ferrajoli, “la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional”<sup>262</sup>. Asimismo, de acuerdo al principio de vinculación directa de la Constitución, plasmado en el artículo 6 de la Carta Fundamental, los jueces tienen el deber de velar por el resguardo de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 19 de la misma Carta, y en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país, así como por aquellos axiomas consagrados en las bases de la institucionalidad, y de manera principal, la familia. Y el mandato constitucional es claro: los jueces deben “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”<sup>263</sup>, y bregar por la protección de la vida, la salud, y la seguridad social, la integridad psíquica, por la igualdad ante la ley y no discriminación, derechos protegidos mediante el fuero maternal.

En este sentido, y como tercera reflexión, la sana crítica, como sistema de apreciación y valoración de la prueba, entrega al juez una herramienta más a la que recurrir, para una aplicabilidad protectora del fuero maternal en los casos de demandas de desafuero por vencimiento del plazo de la contrata. Al incorporar dentro de la triada de sus componentes a los conocimientos científicamente afianzados, se posibilita al juez comprender en mayor medida una parte importante del problema en litigio, considerar los bienes jurídicos, realizar los análisis correspondientes caso a caso, para finalmente, tener más

---

<sup>262</sup> FERRAJOLI, Luigi. 1999. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Madrid, 7º Ed, 2010, Ed. Trotta. p. 68.

<sup>263</sup> Tenor del artículo 1 inciso 4º de la Constitución Política de la República.

elementos que le permitan, al momento de valorar la prueba, poder fundamentar su decisión, en resguardo de los derechos fundamentales protegidos por la institución del fuero maternal.

Específicamente, los conocimientos científicos aportados por los campos de la psicología y de la psiquiatría, permiten percibir las consecuencias psicológicas negativas que acarrea el desempleo para la integridad psíquica de quién lo experimenta, que en situaciones de suyo complejas como lo son la gestación, el puerperio, y la lactancia, podrían derivar en psicopatologías o en cuadros clínicos preocupantes tanto para la madre como para el *nasciturus*, pudiendo incluso acarrear consecuencias perjudiciales al hijo en su futuro desarrollo. Y tales conocimientos que entregan estas disciplinas del saber, constituyen un aporte para el juzgador, para una comprensión integral del problema de afectación de bienes jurídicos que protege el fuero maternal.

A mayor abundamiento, atender a los conocimientos científicamente afianzados se relaciona en parte importante con la motivación de las sentencias, que puede dar lugar a una interpretación de la ley laboral protectora de derechos fundamentales, en específico de aquellos que subyacen a la institución del fuero maternal. En el fondo, tomando las palabras de Ampuero, se trata de desarrollar un sistema de motivación capaz de satisfacer los umbrales constitucionales, recogiendo el concepto elemental de la *completitud de la motivación*, para que “ojala en el futuro (los tribunales) puedan pronunciarse sobre los otros aspectos de la motivación con la finalidad de completar un *modelo que sirva a los mismos jueces para justificar en forma racionalmente adecuada sus decisiones*”<sup>264</sup>.

---

<sup>264</sup> HUNTER Ampuero, Iván. Control judicial de las reglas de la sana crítica (Corte Suprema). *Revista de Derecho*, Volumen XXV - Nº 1 julio 2012, p. 251.

En suma, la sana crítica como sistema de valoración probatoria, se convierte en una herramienta útil para una aplicabilidad de la normativa laboral protectora de derechos fundamentales, que sin duda puede trascender a los casos de fuero maternal, abriéndose la puerta para el estudio de problemas jurídicos -más allá incluso del Derecho del Trabajo-, en los que, mediante los conocimientos científicamente afianzados, el derecho pueda aproximarse a la esencia del problema humano, y de acuerdo a las probanzas rendidas, los operadores jurídicos adopten decisiones que resguarden de la mejor manera, los derechos humanos.

Por último, utilizando los términos de Ferrajoli, en el fondo se postula una “segunda revolución” en la naturaleza del derecho (laboral), que transforma el principio positivista de “mera legalidad” o “legalidad formal”, en “principio de estricta legalidad” o “legalidad sustancial”, que no es otra cosa que el constitucionalismo del derecho (laboral), en tanto que positivización de los derechos fundamentales (laborales-derecho al trabajo) como límites y vínculos sustanciales a la legislación (laboral) positiva, introduciendo la dimensión sustancial en la teoría de la democracia<sup>265</sup>.

---

<sup>265</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil”. Ed. Trotta, 7º Edición, Madrid, 2010, p. 66-68.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ÁLVARO, GARRIDO y TORREGROSA. 1996. Psicología Social Aplicada. Madrid, Ed. McGraw-Hill/Interamericana de España. 534p.

ANSOLEAGA, Elisa, ALVARADO, Nelly, CASAS, Lidia, GODOY, Lorena, PEMJEAN, Alfredo, SALAS, Sofía, TORO, Juan Pablo, VALENZUELA, Ester. 2011. Mujer, Trabajo, Maternidad, Salud. Tensiones no resueltas del siglo XX y propuestas para el Bicentenario. Santiago, Universidad Diego Portales. 510p.

ASTUDILLO, Omar. 2012. El Recurso de Nulidad Laboral. Algunas consideraciones técnicas. Santiago, Ed. Legalpublishing. 306p.

BACIGALUPO, Enrique. 1996. Manual de Derecho Penal. Bogotá, Ed. Temis. 261p.

BCN. "Evolución de Dotación Docente Municipal a Contrata. Período 2003-2013. Actualización". [En línea] Disponible en: <[http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/20936/5/BCN\\_Estimacion%202003\\_%202013%20docentes%20a%20contrata%20sector%20municipal\\_Actualizacion%20\\_2\\_v3.pdf](http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/20936/5/BCN_Estimacion%202003_%202013%20docentes%20a%20contrata%20sector%20municipal_Actualizacion%20_2_v3.pdf)> [consulta: 10 de marzo de 2016]

BRAVO Ortiz, María Fe. Día mundial de la salud mental. "Invertir en salud mental" [En línea] *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.* vol.32 no.113 Madrid ene.-mar. 2012, pp. 205-2012.  
Disponible en: <<http://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/v32n113/paginas1.pdf>> [consulta: 13- agosto-2015]

BUENDÍA, José. Psicopatología del desempleo. [En línea] *Anales de psicología*, 1990, 6 (1), pp. 21-36. Disponible en: <[http://www.um.es/analesps/v06/v06\\_1/03-06\\_1.pdf](http://www.um.es/analesps/v06/v06_1/03-06_1.pdf)> [consulta: 21 - agosto-2015]

BUSTOS, Juan. 1989. Manual de Derecho Penal Parte General. Barcelona, Ed. Ariel. 425p.

CAAMAÑO, Eduardo. 2009. Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo. [En línea] *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII, pp.175 – 214. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n33/a04.pdf>> [consulta: 10 - agosto- 2015]

CAAMAÑO, Eduardo. *Mujer, Trabajo y Derecho*. Santiago, Ed. Legalpublishing, 2011. 202p.

CERDA, Rodrigo. 2008. *Valoración de la Prueba. Sana Crítica*. Santiago, Ed. Librotecnia. 148p.

OLHABERRY, Marcia, ESCOBAR, Marta, SAN CRISTÓBAL, Pamela, SANTELICES, María Pía, FARKAS, Chamarrita, ROJAS, Graciela, MARTÍNEZ, Vania. Intervenciones psicológicas perinatales en depresión materna y vínculo madre-bebé: una revisión sistemática. [En línea] *Terapia psicológica* 2013, Vol. 31, N° 2, pp. 249-261. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/terpsicol/v31n2/art11.pdf> > [consulta: 13- agosto-2015]

COLEGIO DE PROFESORES DE CHILE A.G. Estatuto Docente. [En línea] Disponible en: < [http://www.oei.es/quipu/chile/Estatuto\\_Profesores.pdf](http://www.oei.es/quipu/chile/Estatuto_Profesores.pdf) h> [consulta: 10- marzo- 2015]

CONTRERAS, Candela. 2004. La incidencia del desempleo sobre el auto concepto. Las tesinas de Belgrano [En línea] Disponible en: < [http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/142\\_contreras.pdf](http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/142_contreras.pdf)> [consulta: 19- julio-2015]

CORDERO, Eduardo. Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno. [En línea] *Ius et Praxis* - AÑO 15 - N° 2, 21, pp. 11-49. Disponible en <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n2/art02.pdf>> [consulta: 16- junio-2015]

ELSTER, Jon. 2003. Desempleo y Justicia Local. [En línea] *Revista Internacional de Sociología* (SIS), Tercera Época, n° 34, Enero-Abril 2003, pp. 169-185. Disponible en:  
<<http://revintsociologia.revistas.csic.es/index.php/revintsociologia/article/viewArticle/290> [consulta: 16 - julio-2015]

ESPINO Granado, Antonio. Crisis económica, políticas, desempleo y salud (mental) [En línea] *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.*, 2014; 34 (122), pp. 385-404. Disponible en: <<http://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/v34n122/10debate01.pdf>> [consulta: 20 - agosto- 2015]

ETCHEBERRY, Alfredo. 1998. Derecho Penal Parte General Tomo I. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, Tercera Edición. 361p.

EVANS Gregorio M., VICUÑA, Mcjohn M., MARÍN, Rodrigo. Depresión postparto realidad en el sistema público de atención de salud [En línea] *Rev. chil. obstet. ginecol.* 2003, vol.68, n.6, pp. 491- 494. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0717-75262003000600006&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-75262003000600006&lng=es&nrm=iso&tlng=es)> [consulta: 19- agosto-2015]

FAGIN, Leonardo. Stress y desempleo. [En línea] *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiquiatría*. Vol. VII. N. 021. 1987, p. 265-276. Disponible en: <<http://www.revistaaen.es/index.php/aen/article/view/14933/14801>> [consulta: 13- agosto-2015]

FERRAJOLI, Luigi. 1999. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Madrid, 7º Ed, 2010, Ed. Trotta. 180p.

FLORES-RAMOS, Mónica. La salud mental en la mujer embarazada [En línea] *Perinatol. Reprod. Hum.* vol. 27 nº 3, México, ene. 2013, pp. 143-144. Disponible en: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/prh/v27n3/v27n3a1.pdf> > [consulta: 13- agosto-2015]

GAVILAN, Mirta; FERRER, Karina e IBARRA, Rosana. Salud mental versus inestabilidad laboral. [En línea] *Orientac. soc.* 2002, vol.3, pp. 115-122 Disponible en: <<http://www.scielo.org.ar/pdf/orisoc/v3/v3a07.pdf>> [consulta: 21 - agosto- 2015]

GONZÁLEZ Castillo, Joel. La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. [En línea] *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 1, 2006, pp. 93-107 Disponible en:< <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art06.pdf>> [consulta: 30 - agosto- 2015]

HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. [En línea] *Diánoia*, volumen LV, número 64, mayo 2010, pp. 3–25. Disponible en: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/dianoia/v55n64/v55n64a1.pdf> > [consulta: 15-04-2015]

HORMAZÁBAL, Hernán. 1992. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. Ed. Jurídica Conosur. 188p.

HUNTER Ampuero, Iván. Control judicial de las reglas de la sana crítica (Corte Suprema) [En línea] *Revista de Derecho*, Volumen XXV - N° 1 julio 2012, pp. 243- 251. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n1/art12.pdf>> [consulta: 14- septiembre-2015]

Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 2011. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales. 287p.

IZQUIERDO, Tomás, JORGE Alonso, Horacio. Valores Culturales y Consecuencias Psicosociales del Desempleo en América Latina. [En línea] *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, Vol. 26, n.º 2, 2010, págs. 123-133. Disponible en: <<http://scielo.isciii.es/pdf/rpto/v26n2/v26n2a04.pdf>> [consulta: 15- agosto-2015]

JADRESIC M., Enrique; JARA V., César; ARAYA B., Ricardo. Depresión en el embarazo y el puerperio: estudio de factores de riesgo. *Acta psiquiátr. psicol. Am. Lat*, 39(1), pp. 63-74, mar. 1993. Disponible en: <<http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/online/?IscScript=iah/iah.xis&nextAction=Ink&base=LILACS&exprSearch=126128&indexSearch=ID&lang=p>> [consulta: 7- agosto-2015]

JADRESIC, Enrique. Depresión en el embarazo y el puerperio. [En línea] *Rev chil neuro-psiquiat*. 2010; 48 (4), pp. 269-278. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/rchnp/v48n4/art03.pdf> > [consulta: 7- agosto-2015]

LANATA Gabriela. 2006. Contrato Individual de trabajo. Primera edición, Santiago, Editorial Lexis Nexis. 319p.

LIZAMA, Luis. 2003. Derecho del Trabajo. Santiago, Chile, Editorial Lexis Nexis. 224p.

MARTÍNEZ Bullé-Goyri. Víctor M. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. [En línea] *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* Vol. XLVI, núm. 136, p. 39-67.

Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42725646002>> [consulta: 17-04-2015]

MATURANA, Javier. 2014. Sana Crítica: Un Sistema de Valoración Racional de la Prueba. Santiago, Ed. Legalpublisging. 616p.

Mensaje nº 165-363. Proyecto de Ley que crea el Sistema de Desarrollo Profesional Docente y modifica otras normas, de 20 de abril 2015 [En línea] Disponible en:

<[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=10422&prmBoletin=10008-04](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10422&prmBoletin=10008-04)> [consulta: 30 de junio de 2015]

MONTES Piñeiro, Carlos y LOUZÁN Mariño, Rita. Repercusiones psicológicas del desempleo: Efectos colaterales de la crisis en el sector de la construcción. [En línea] *Escritos de Psicología*, Vol. 6, nº 1, pp. 28-35. Enero-abril 2013. Disponible en:

<[http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S198938092013000100005&script=sci\\_abstract](http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S198938092013000100005&script=sci_abstract)> [consulta: 10 - agosto- 2015]

MOYANO-DÍAZ, E., GUTIÉRREZ, D. P., ZÚÑIGA K. C., & CORNEJO, F. A. Empleados y desempleados, atribuciones causales y bienestar subjetivo. [En línea] *Psicología & Sociedade*, 25(2), 2013, p. 440-450. Disponible en: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v25n2/21.pdf>> [Consulta: 15- agosto-2015]

MUÑOZ Conde, Francisco. 2010. Derecho Penal. Parte General. Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch. 647p.

NAVARRO Albiña, René. 2014. Bases para una Sana Crítica. Lógica, interpretación, argumentación, máximas de la experiencia, conocimiento científico. Santiago, Ril Editores, 174p.

OLHABERRY, Marcia, ESCOBAR, Marta, SAN CRISTÓBAL, Pamela, SANTELICES, María Pía, FARKAS, Chamarrita, ROJAS, Graciela, MARTÍNEZ,

Vania. Intervenciones psicológicas perinatales en depresión materna y vínculo madre-bebé: una revisión sistemática. [En línea] *Terapia psicológica* 2013, Vol. 31, N° 2, pp. 249-261. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/terpsicol/v31n2/art11.pdf> > [Consulta: 13- agosto- 2015]

PALOMBELLA, Gianluigi. 2006. La Autoridad de los Derechos. Los Derechos entre Instituciones y Normas. Madrid, Ed. Trotta. 191p.

PAREJO Ortega, Andrea, SÁNCHEZ, Rocío, VÁZQUEZ Gil, Andrea e VALERO Pizarro, Irene. Efectos del desempleo en las relaciones de pareja, en el ambiente familiar y en la salud mental. [En línea] *Reidocrea*, volumen 4, artículo 15, pp. 106-111. Disponible en: <<http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/37011/1/ReiDoCrea-Vol.4-Art.15.pdf>> [consulta: 8 - agosto- 2015]

PEREZ PORTILLA, Karla. 2005. Principio de Igualdad. Alcances y Perspectivas. México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México y Consejo para Prevenir la Discriminación. 261p.

PIQUERAS, Rafael, RODRÍGUEZ, Alberto, RUEDA, Cristina. Expectativas y duración del desempleo. [En línea] *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones* - 2008 Volumen 24, nº 2 – pp. 129-151. Disponible en: <<http://scielo.isciii.es/pdf/rpto/v24n2/v24n2a01.pdf>> [consulta: 8 - agosto- 2015]

PLÁ Rodríguez, Américo. 1990. Los Principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires, Ed. Depalma, 2ª Ed. 330p.

POZO Iribarría, Juan, RUIZ, Miguel, PARDO, Antonio y SAN MARTÍN, Rafael. Efectos de la duración del desempleo entre los desempleados. [En línea] *Psicothema*, Vol. 14, nº 2, pp. 440-443. Disponible en: <<http://www.unioviado.net/reunido/index.php/PST/article/view/8040/7904>> [consulta: 10 - agosto- 2015]

QUIROZ, Felipe. La precariedad del contrato laboral de los profesionales de la educación en el sector municipal. En: *Estudios Laborales* N° 6, pp. 93-112, Ed. Legal Publishing, Chile, 2012.

RIQUELME, Verónica. 2011. La Maternidad Castigada. Discriminación y malos tratos. Aportes al Debate Laboral N° 25. Santiago, Dirección del Trabajo. 104p.

ROXIN, Claus. 1997. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Madrid, Ed. Civitas. 1070p.

SACCO Aquino, Sabina. La constitución de 1980 como fundamento y origen de una teoría constitucional de la irretroactividad. [En línea] *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 3, p. 497. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n3/art03.pdf> > [consulta: 19-07-2015]

SALVIA, Agustín, BOSO, Roxana. Representaciones, estratificación social y diferencias de género bajo condiciones de crisis y desempleo. [En línea] Disponible en: <[http://catedras.fsoc.uba.ar/salvia/programa/biblioteca/bolsa/cl21\\_07.pdf](http://catedras.fsoc.uba.ar/salvia/programa/biblioteca/bolsa/cl21_07.pdf)> [consulta: 10 - agosto- 2015]

SÁNCHEZ Montoya, Jesús, PALACIOS, Graciela. Trastorno de estrés postraumático en el embarazo, parto y posparto. [En línea] *Matronas Prof.* 2007;

8 (1), pp. 12-19. Disponible en: <<http://www.federacion-matronas.org/rs/234/d112d6ad-54ec-438b-9358-4483f9e98868/518/rclang/es-es/filename/vol8n1pag12-19.pdf>> [consulta: 15-07-2015]

SEN, Amartya. Desigualdad y desempleo en la Europa contemporánea [En línea]

*Revista Internacional del Trabajo*, vol. 116 (1997), núm. 2 (verano). Disponible en: <<http://www.oit.org/public/spanish/revue/download/pdf/sen972.pdf>> [consulta: 10 - agosto- 2015]

TARUFFO, Michele. 2014. *La Prueba*. Madrid, Ed. Marcial Pons. 324p.

THAYER William. 2008. *Dimensión Histórica del Código del Trabajo*. Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo. 171p.

VARAS, Karla. 2009. *Protección a la Maternidad, una Cuestión de Fondo*. [En Línea] Disponible en: <<http://www.escuelasindical.org/blog/wp-content/uploads/Desafuero-Maternal-y-Procedimiento-Moniorio.pdf> > [Consulta: 1-12-2014]

ZARATE, Miguel. 2012. *Estatuto Docente. Indemnizaciones para Profesores Contratados del Sector Municipal*. Santiago, Ed. Legal Publishing. 111p.

ZARATE, Miguel. 2013. *La huelga en la Administración del Estado. El caso de los profesionales de la educación del sector municipal*. En: *Estudios Laborales* N° 9, pp. 217-243. Santiago, Ed. Legal Publishing.

### **Jurisprudencia**

### Jurisprudencia Judicial

Corte Suprema, sentencia de 28 de noviembre de 2002, causa Rol N° 2.273-02.

Corte Suprema, sentencia de 21 de junio de 2007, causa Rol N° 2462-07

Corte Suprema, sentencia de 24 de diciembre de 2007, causa Rol N° 5139-07.

Corte Suprema, sentencia de 17 de marzo de 2008, causa Rol N° 5686-07.

Corte Suprema, sentencia de 27 de marzo de dos mil ocho, en causa Rol N° 6655-2007.

Corte Suprema, sentencia de 23 septiembre de 2008, causa Rol N° 4295-2008.

Corte Suprema, sentencia de 12 de agosto de dos mil nueve, causa Rol N° 3999-2009.

Corte Suprema, sentencia de 14 de octubre de 2008, causa Rol N° 5600-09.

Corte Suprema, sentencia de de 24 de noviembre de 2008, causa Rol N° 7004-2008.

Corte Suprema, sentencia de fecha 12 de agosto de 2009, causa Rol N° 3999-2009.

Corte Suprema, sentencia 19 de agosto de 2010, causa Rol N° 2821-10.

Corte Suprema, sentencia de 10 de julio de 2015, causa Rol N° 24.386-2014.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de 25 de marzo de 2010, causa Rol N° 16-10.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 4 de junio de 2008, causa Rol N° 4683-2007.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 1 de septiembre de 2009, causa Rol N° 141-2009.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de 25 de marzo de 2010, causa Rol N° 16-10.

Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 27 julio 2010, causa Rol N° 79-10.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 27 de julio de 2010, causa Rol N° 240-10.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 3 de diciembre de 2010, causa Rol N° 1246-10.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 29 de junio de 2012, causa Rol N° 2002-2011.

Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia de 13 de mayo de 2011, causa Rol N° 31-11.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 10 de febrero de 2012, causa Rol N° 37-12.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 14 de mayo de 2013, causa Rol N° 84 -2013.

Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia de fecha 17 de mayo de 2013, causa Rol N° 39-13.

Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 20 de junio de 2013, causa Rol N° 191-2013.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 30 de septiembre de 2013, causa Rol N° 850-13.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 5 de marzo de 2015, causa Rol N° 1465-14.

#### Jurisprudencia Administrativa

Contraloría General de la República. Dictamen N° 25298 de fecha 21 de julio de 1998.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 36.321, de 17 de septiembre de 2002.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 50.894, de 29 de octubre de 2008.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 50.896 de 29 de octubre de 2008.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 19.511, de 15 de abril de 2009.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 69.909, de 19 de noviembre de 2010.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 78.460, de 18 de diciembre de 2012.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 22.735, de 1 de abril de 2011.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 20.729, de 5 de abril de 2011.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 55.666, de 22 de julio de 2014.

Contraloría General de la República. Dictamen N° 34.838, de 4 de mayo de 2015.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 1801/61, de 25 de marzo de 1992.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2535/95, de 5 de mayo de 1992.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 1253/73, de fecha 22 de marzo de 1993.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 3545/210, de 16 de julio de 1993.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2962/141, de 17 de mayo de 1994.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario 3759/169, de 27 de junio de 1994.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N°918/41, de 7 de febrero de 1995.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N°508/53, de 1 de febrero de 2000.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2969/143, de 6 de agosto de 2001.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 3859/138, de 16 de septiembre de 2003.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 3753/143, de 16 de agosto de 2004.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2210/035, de 05 de junio de 2009

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2297, de 7 de mayo de 2015.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario. N° 2389, de 12 de mayo de 2015.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2390, de 12 de mayo de 2015.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N°2497, de 19 de mayo de 2015.

Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2484, de 19 de mayo de 2015.

## **Legislación**

### Legislación Nacional

Ministerio de Bienestar Social. DFL N° 178, que refunde y sistematiza las leyes del trabajo en el Código del Trabajo. 13 de mayo de 1931.

Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Decreto Ley 2.200, Fija normas relativas al contrato de trabajo y a la protección de los trabajadores. 15 de junio de 1978.

Ministerio de Educación. Ley N° 19.070. Aprueba el Estatuto de los Profesionales de la Educación. 27 de junio de 1991.

Ministerio de Educación. Decreto Supremo N° 453 que Aprueba Reglamento de la Ley n° 19.070, Estatuto de los Profesionales de la Educación. 26 de noviembre de 1991.

Ministerio del Trabajo y Previsión Social. DFL N°1 que fija el texto refundido coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. 31 de julio de 2002.

Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Decreto 100 que fija el texto refundido coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile de 1980. 22 de septiembre de 2005.

## Legislación e Instrumentos Internacionales

Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. Organización de Estados Americanos. Río de Janeiro, Brasil, 1947.

Convenio N° 3 Sobre Protección de la Maternidad. Organización Internacional del Trabajo. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, Washington, 29 de noviembre 1919.

Convenio N° 103 Sobre Protección de la Maternidad. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1° de julio 1949.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Organización de Estados americanos. San José, Costa Rica, 22 de noviembre 1969.

Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Asamblea General de Naciones Unidas, 18 de diciembre 1979.

Convención Sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989.

Convenio N° 103 Sobre Protección de la Maternidad. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 28 de junio 1952.

Convenio N° 111 Sobre la Discriminación en el Empleo y Ocupación. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 25 de junio 1958.

Convenio N° 156 Sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 23 de junio 1981.

Convenio N° 158 Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 22 de junio 1982.

Declaración de Filadelfia Relativa a los Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 10 de mayo 1944.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General Naciones Unidas. 10 de diciembre 1948.

Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 18 de junio 1998.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de Naciones Unidas, 16 de diciembre 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Asamblea General de Naciones Unidas, 16 de diciembre 1966.

