



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL**

**Evolución jurisprudencial ante el procedimiento de desafuero maternal de
funcionarias públicas como límite al ejercicio del poder disciplinario estatal**

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**Autor : Vania Ricciulli Orloff
Profesor guía : Ricardo Juri Sabag**

**Santiago — Chile
2019**

ÍNDICE

ÍNDICE	2
RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO PRIMERO	
FUERO COMO PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD	11
1. IDEAS PRELIMINARES	11
2. FUERO LABORAL.....	12
2.1 Concepto	12
2.2 Elementos esenciales del fuero laboral.....	13
2.3 Tipología del fuero laboral	13
2.4 Características del fuero laboral	16
2.5 Derechos conferidos por el fuero laboral	18
2.5.1 Inamovilidad	19
2.5.2 Reincorporación y pago de remuneraciones.....	20
3. FUERO COMO PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD.....	22
3.1 Protección a la maternidad en el ámbito internacional	23
3.2 Protección a la maternidad en el ámbito interno: fuero laboral	26
4. CONCLUSIONES AL CAPÍTULO.....	32
CAPÍTULO SEGUNDO	
CONFIGURACIÓN DEL FUERO MATERNAL COMO LÍMITE AL PODER EMPRESARIAL.....	34
1. IDEAS PRELIMINARES	34
2. PROCEDIMIENTO DE DESAFUERO	40
3. REQUISITOS DE PROCEDENCIA Y ÉXITO DE LA ACCIÓN DE DESAFUERO	42
3.1 Naturaleza jurídica del fuero maternal: garantía de inamovilidad y rol de la autorización judicial	42
3.2 La autorización judicial debe ser previa al despido	43
3.3 Causales de despido que pueden ser invocadas en procedimiento de desafuero	46
3.3.1 Vencimiento del plazo convenido en el contrato	46
3.3.2 Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato.....	48
3.3.3 Causales de despido disciplinario	51
4. MOBBING MATERNAL	60
5. CONCLUSIONES AL CAPÍTULO.....	64
CAPÍTULO TERCERO	
FUERO MATERNAL DE LAS FUNCIONARIAS PÚBLICAS Y LA EVOLUCIÓN DE SU RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL	66
1. IDEAS PRELIMINARES	66
2. TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS LABORALES-MATERNALES EN EL SECTOR PÚBLICO	74
3. FUERO MATERNAL DE LAS FUNCIONARIAS PÚBLICAS: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.....	79
3.1 Facultades legales de la autoridad en el termino de la vinculación estatutaria versus el procedimiento de desafuero: primer estadio.....	80
3.2 Facultades legales de la autoridad en el termino de la vinculación estatutaria versus el procedimiento de desafuero: segundo estadio	87
3.3 La especial situación de los cargos de vacancia o suplencia	89
4. FUERO MATERNAL Y LOS TRABAJADORES A HONORARIOS DEL ESTADO	92

5. CONCLUSIONES AL CAPÍTULO.....	95
CONCLUSIONES	97
BIBLIOGRAFÍA.....	102

RESUMEN: El plan de trabajo de la presente investigación se construye en base al estudio de la evolución de jurisprudencia judicial y administrativa, emanada especialmente de la Contraloría General de la República, en orden a establecer la obligatoriedad para el Estado de proceder a través del procedimiento de desafuero respecto de sus funcionarias públicas, cuando existe una causal reglamentaria o estatutaria que autoriza el despido de aquellas.

La presente investigación da cuenta de un estadio inicial de negativa judicial a tener como requisito del ejercicio del poder disciplinario estatal, el procedimiento de desafuero de las funcionarias públicas, en atención al principio de especialidad y a la naturaleza jurídica de sus relaciones de trabajo, para dar paso, paulatinamente, a una doctrina judicial en cuya virtud las funcionarias públicas de planta y a contrata son titulares de las normas sobre protección de la maternidad, en la medida en que no existe una tutela análoga en sus respectivos estatutos, llegando a consolidarse la precitada tesis en manos de la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, que en Dictamen N° 14.498, de 30 de mayo de 2019, hace extensible la aplicación de los beneficios de la maternidad –entre los cuales destaca el de la estabilidad laboral por el tiempo establecido por el legislador laboral (fuero maternal)– a las trabajadoras a honorarios del Estado.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo del Derecho Laboral no ha estado exento de los avatares de las circunstancias históricas y socioeconómicas de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, de entre las cuales destaca el carácter patriarcal de la protección de los

derechos, lo que necesariamente discurre hacia lo que la doctrina especializada ha denominado el “pecado original”¹.

La precedente idea dice relación con la evolución del Derecho del ramo de la mano de la desincentivación de la contratación laboral femenina, de cara a la aquiescencia social del rol de la mujer como cuidadora de la familia y del hogar². En el citado contexto, el embrionario mercado laboral se distinguía por la diversificación de tareas entre hombres y mujeres, asignándoles distintos roles.

Sin embargo, la distinción de funciones según el género no agota la desigualdad laboral entre hombres y mujeres. Al contrario, esta se extiende hacia fenómenos como la excesiva onerosidad de la contratación de mano de obra femenina para el empleador, en las legislaciones nacionales, especialmente por el ausentismo laboral de la mujer a causa de la maternidad, así como la discriminación negativa que sufren las mujeres (especialmente en edad fértil), a propósito de la eventualidad de que se desplieguen a su favor las normas relativas a la protección de la maternidad en caso de embarazo.

El Derecho del Trabajo producido causalmente por la “cuestión social”, obedece a una función reivindicatoria, de donde destaca la intencionalidad legislativa de protección a las mujeres trabajadoras, tanto en su calidad de tal como en el ámbito de la tutela a la maternidad. Sin embargo, lo anterior colisiona con la noción de que la mujer no debía trabajar, habida consideración del rol cuidador de los hijos que se le atribuye, del rol dependiente de la misma para con el marido, quienes

¹CAAMAÑO ROJO, Eduardo. 2010. “Mujer y trabajo: Origen y ocaso del modelo del padre proveedor y la madre cuidadora. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (34): p. 186.

²OIT. 2016. *Las mujeres en el trabajo. Tendencias de 2016*. Ginebra, Ediciones PRODOC OIT, p. 17.

fueron responsabilizados por la legislación civil de la manutención de la mujer y de los hijos³.

Con todo, las normas protectoras de la mujer trabajadora han discurrido tradicionalmente hacia la maternidad. Evidencia de lo anterior es la Ley N° 3.186, publicada en el Diario Oficial el 13 de enero de 1917, conocida como “Ley de Sala Cuna”, una de las primeras leyes laborales aprobadas por el Congreso Nacional, dispuesta hacia el establecimiento de la obligación de las fábricas y de las empresas industriales que tenían más de 50 mujeres mayores de 18 años, de mantener una sala cuna para recibir en horas de trabajo a los hijos de las obreras durante el primer año de vida⁴. En términos generales, la precitada normativa se dirigía a la protección del amamantamiento.

La Ley N° 3.186 no resultaba aplicable a las mujeres menores de 18 años y a las mujeres que se desempeñaban en el área de servicios, la administración pública y en pequeños talleres⁵.

La mensura de la efectividad de la precitada Ley estuvo marcada por la protesta empresarial a lo gravoso que se tornó la empleabilidad de las mujeres⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la protección otorgada por la Ley no se dirigía a todas las mujeres, sino que solo a aquellas embarazadas, puérperas o

³ CAAMAÑO ROJO, 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* (33): p. 179.

⁴ YÁÑEZ, Juan Carlos. 2008. *La intervención social en Chile, 1807-1932*. Santiago, Ril Editores, p. 118.

⁵ CASAS BECERRA, Lidia y RIVERA VALENZUELA, Ester. 2012. Protección a la maternidad: una historia de tensiones entre los derechos de infancia y los derechos de las trabajadoras. *Revista de Derecho (Valdivia)* 25(1): p. 80.

⁶Diputado Irarrázaval, Cámara de Diputados, Legislatura Extraordinaria, Sesión 54, 29 de diciembre de 1916, 1916-1917, p. 1394.

que pudieran amamantar, en razón del objeto de tutela perseguido a modo de ratio legis, es decir, evitar la alta mortalidad infantil de la época⁷.

Posteriormente, en el año 1925 el Decreto Ley 442 concedió el descanso por maternidad que se extendía a sesenta días en cuya virtud la mujer tenía derecho al cincuenta por ciento de sus remuneraciones a cargo del empleador. De esta manera, el artículo 1 de la citada normativa, prescribía:

“Las obreras, durante el período de embarazo, tendrán derecho a un descanso que comprenderá, cuarenta días antes del alumbramiento y veinte días después.

Durante este periodo el patrón o empresario estará obligado, no obstante cualquiera estipulación en contrario, a reservar el puesto y pagarle el cincuenta por ciento del salario”.

La misma norma extendió el beneficio de la sala cuna, reduciendo el número de mujeres empleadas exigidas para que se devengara la obligación del empleador a veinte.

La norma en comento se disponía a proteger al recién nacido en cuanto a protección de la infancia. Al igual que la iniciativa del año 1917, la discusión parlamentaria estuvo marcada por la renuencia de extender los derechos maternales por encima de la libertad de trabajo, en los siguientes términos:

“Al igual que el derecho a la sala cuna y lactancia, un descanso muy extenso era visto como perjudicial para los empleadores y las trabajadoras. Un descanso más breve era percibido como normal, pues,

⁷ CASAS BECERRA, Lidia y RIVERA VALENZUELA, Ester. 2012. Op. cit. p. 80.

como se argumentó, las parturientas estaban de alta en diez días y aptas para el trabajo”⁸.

Argumentos como los precedentes fueron desechados para dar paso a la evolución de la protección a la maternidad.

En el año 1931, el D.F.L N° 178 del Ministerio de Bienestar Social, estableció que el descanso concedido a las trabajadoras embarazadas se extendería a doce semanas (seis semanas antes y después del alumbramiento), equivalente a ochenta y cuatro días de descanso; periodo durante el cual la mujer tenía derecho a recibir la mitad de su salario a cargo del empleador y del Seguro Obrero Obligatorio, creado en el año 1924 por la Ley N° 4.054, operando bajo un sistema de reparto⁹.

Particular atención merece el artículo 311 del referido D.F.L que contenía el Código del Trabajo de 1931, que establecía:

“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 el artículo 9 de este Texto, con excepción de las señaladas en los números 1, 2 y 4”.

⁸Op. cit. p 81.

⁹ AHUMADA BENÍTEZ, Daniel. 2018. “El proceso de formulación de la Ley de la Caja del Seguro Obrero Obligatorio de 1924”. *Revista Notas Históricas y Geográficas* (21): pp. 89-121.

Las causales exceptuadas se referían a la expiración del plazo del contrato; conclusión del trabajo o servicios que dieron origen al contrato y; voluntad unilateral de una de las partes.

Ya en el año 1953, la Ley N° 11.462 hizo extensibles los beneficios maternales garantizados a las mujeres obreras a todo tipo de empleo. Por su parte, más de una década después, en el año 1966, la Ley N° 16.434, amplió el descanso maternal en seis semanas cuando el cuidado del hijo así lo requiriera y fuera acreditado por el servicio médico respectivo.

En lo que respecta al fuero maternal, en cuanto fisionomía similar a la actual, el Decreto Ley N° 2.200 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, en su artículo 95 establecía:

“Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de 6 semanas antes del parto y 12 semanas después de él.

Estos derechos no podrán renunciarse y durante los períodos de descanso queda prohibido el trabajo de las mujeres embarazadas y puérperas. Asimismo, no obstante cualquiera estipulación en contrario, deberán conservárseles sus empleos o puestos durante dichos períodos”.

Tal y como se ha evidenciado a través de esta breve reseña legislativa, el Derecho Laboral ha venido incrementando las normas protectoras hacia la mujer trabajadora, en su calidad de madre de familia, por sobre su calidad de mujer propiamente tal.

Dentro del marco de la protección laboral de los derechos a la maternidad y, específicamente del fuero maternal como una de sus manifestaciones, la presente investigación tiene como objeto analizar la evolución jurisprudencial de dicho manto protector respecto de las trabajadoras del Estado, a raíz de la clásica renuencia jurisprudencial hacia la extensión de esta limitación al ejercicio del poder disciplinario cuando es el Estado el ente empleador.

CAPÍTULO PRIMERO

FUERO COMO PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD

1. Ideas preliminares

No existe una delimitación semántica en nuestro ordenamiento jurídico sobre la institución del fuero.

Etimológicamente, la voz “fuero” proviene del latín “fórum”, que significaba originalmente “(...) *lugar o sitio donde se hacía justicia*”, en referencia directa a los tribunales.

Desde una perspectiva semántica, el fuero es un “(...) *privilegio, prerrogativa o derecho moral que se reconoce a ciertas(...) personas, por su propia naturaleza*”¹⁰.

En términos generales, el fuero en materia laboral sigue la orientación semántica, es decir, se trata de un privilegio. En el acápite siguiente profundizaremos acerca de los alcances del fuero laboral desde una doble perspectiva.

En consecuencia, analizaremos la institución objeto de nuestro estudio, en torno a la arista de las personas que gozan del precitado privilegio (para lo cual haremos referencia a los alcances tipológicos del fuero laboral) y de los derechos que éste les confiere.

¹⁰ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Edición Tricentenario.

2. Fuero laboral

2.1 Concepto

Desde la perspectiva laboral, el fuero consiste en la inmunidad de que gozan ciertos trabajadores en atención a ciertas y determinadas características o calidades.

Parfraseando a G. Machiavello, el fuero consiste en la “*inamovilidad laboral*” 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”¹¹.

A partir de las premisas esbozadas con anterioridad, la noción de fuero evoca la idea de derechos o privilegios de que gozan ciertas personas en virtud de su especial naturaleza. Por su parte, la doctrina especializada ha precisado que el fuero laboral se reduce al derecho de ciertos trabajadores de no ser despedidos sin que medie autorización judicial previa¹².

Entre nosotros el profesor L. Lizama ha conceptualizado el fuero laboral como “(...) una especial forma de protección que el Código de Trabajo otorga a determinados trabajadores en razón del cargo o función que desempeñan (directores sindicales) o de la condición en que se encuentran (mujer embarazada y puérpera)

¹¹ MACHIAVELLO CONTRERAS, Guido. 1986. *Derecho del Trabajo*. Santiago, Fondo de Cultura Económica, p. 228.

¹² VIVANCO CISTERNAS, Manuel. 2004. *El despido laboral*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 203.

*cuyo objeto es evitar que sean despedidos arbitrariamente de su trabajo, en tanto dure su estado*¹³.

2.2 Elementos esenciales del fuero laboral

Resulta especialmente relevante para efectos de aprehender la extensión de la institución del fuero laboral, revelar los elementos constitutivos de su fisonomía protectora.

De tal modo, es posible distinguir dos elementos centrales en la construcción de la institución objeto de nuestro estudio: a) protección de inamovilidad de que gozan ciertos trabajadores en razón de su calidad o circunstancias, b) necesidad de autorización judicial para poner término al contrato de trabajo.

De allí que los alcances ontológicos del fuero laboral aborden no solo la situación de privilegio de ciertos trabajadores, sino que sea preciso extenderlo al requisito de autorización judicial para poner fin a la situación de privilegio del respectivo trabajador, en cuya virtud el empleador puede, además, poner fin a la relación de trabajo.

2.3 Tipología del fuero laboral

El alcance tipológico del fuero laboral dice relación, precisamente, con los tipos de trabajadores a los cuales beneficia. En este sentido, nuestra legislación laboral reconoce los siguientes fueros:

¹³ LIZAMA, Luis. 2003. Derecho del Trabajo. Santiago, Editorial Lexis Nexis, p. 219.

a) Fuero maternal. En lo que a nuestro estudio respecta, el artículo 201 del Código del Trabajo dispone: *“Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis, la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174”*.

b) Fuero de trabajadores que concurren a la constitución de un sindicato de empresas. El inciso 3º del artículo 221 del Código del ramo, dispone: *“Los trabajadores que concurren a la constitución de un sindicato de empresa o de establecimiento de empresa gozarán de fuero laboral desde los diez días anteriores a la celebración de la respectiva asamblea constitutiva y hasta treinta días de realizada. Este fuero no podrá exceder de cuarenta días”*.

c) Fuero de candidatos a directores. El artículo 238 del Código del Trabajo preceptúa: *“Los trabajadores de los sindicatos de empresa, de establecimiento de empresa, interempresa y de trabajadores transitorios o eventuales, que sean candidatos en la forma prescrita en el artículo anterior, gozarán del fuero previsto en el inciso primero del artículo 243, desde que el directorio en ejercicio comunique por escrito al empleador o empleadores y a la Inspección del Trabajo que corresponda, la fecha en que deba realizarse la elección respectiva y hasta esta última. Dicha comunicación deberá practicarse con una anticipación no superior a quince días de aquel en que se efectúe la elección. Si la elección se postergare, el fuero cesará en la fecha en la que debió celebrarse aquélla”*.

d) Fuero de directores sindicales. Por su parte, el artículo 243 del Código del Trabajo expresa: *“Los directores sindicales gozarán del fuero laboral establecido en la legislación vigente desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo, siempre que la cesación en él no se hubiere producido por censura de la asamblea sindical, por sanción aplicada por el tribunal competente en cuya virtud deba hacer abandono del cargo, por renuncia al sindicato o por*

término de la empresa. Asimismo, el fuero de los directores sindicales terminará cuando caduque la personalidad jurídica del sindicato por aplicación de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 223 o en el inciso segundo del artículo 227”.

e) Fuero de los delegados sindicales. Por remisión del inciso 3º del artículo 243 del Código del ramo, estos delegados gozan del mismo fuero de que gozan los directores sindicales.

f) Fuero del representante de los trabajadores del Comité Paritario de Higiene y Seguridad. El fundamento positivo de este tipo de fuero se encuentra en el inciso 4º del citado artículo 243, que dispone: *“En las empresas obligadas a constituir Comités Paritarios de Higiene y Seguridad, gozará de fuero, hasta el término de su mandato, uno de los representantes titulares de los trabajadores. El aforado será designado por los propios representantes de los trabajadores en el respectivo Comité y sólo podrá ser reemplazado por otro de los representantes titulares y, en subsidio de éstos, por un suplente, por el resto del mandato, si por cualquier causa cesare en el cargo. La designación deberá ser comunicada por escrito a la administración de la empresa el día laboral siguiente a éste”.*

g) Fuero de los miembros del directorio de una federación o confederación de trabajadores. El inciso 1º del artículo 274 del Código del Trabajo establece: *“Todos los miembros del directorio de una federación o confederación mantendrán el fuero laboral por el que están amparados al momento de su elección en ella por todo el período que dure su mandato y hasta seis meses después de expirado el mismo, aún cuando no conserven su calidad de dirigentes sindicales de base. Dicho fuero se prorrogará mientras el dirigente de la federación o confederación sea reelecto en períodos sucesivos”.*

h) Fuero de los trabajadores involucrados en un proceso de negociación colectiva. Según el artículo 309 del Código, los trabajadores afiliados a la

organización sindical involucrada en una negociación colectiva reglada gozarán del fuero establecido en la legislación vigente desde los diez días anteriores a la presentación de un proyecto de contrato colectivo hasta treinta días después de la suscripción de este último, o de la fecha de notificación a las partes del fallo arbitral que se hubiere dictado. La precitada norma agrega que gozarán del fuero antes señalado, los trabajadores que se afilien a la organización sindical durante el proceso de negociación colectiva, a partir de la fecha en que se comuniquen la afiliación al empleador y hasta treinta días después de la suscripción del contrato colectivo o de la notificación del fallo arbitral, en su caso.

i) Fuero laboral-militar. El artículo 158 del Código del Trabajo, en su inciso 1º, prevé la conservación del empleo del trabajador mientras haga el servicio militar o forme parte de las reservas nacionales movilizadas o llamadas a instrucción.

2.4 Características del fuero laboral

A partir de la sistematización doctrinal del fuero laboral¹⁴, es posible advertir la concurrencia de las siguientes características:

i) Tiene origen legal. Tal y como ha especificado la doctrina¹⁵, el fuero laboral es establecido en titularidad, duración y demás aspectos regulatorios por el legislador.

¹⁴ DÍAZ GARCÍA, Iván y GUTIÉRREZ SEPÚLVEDA, Genoveva. 2017. *El fuero laboral en Chile*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 33 y ss.

¹⁵ LANATA FUENZALIDA, Gabriela. 2010. *Contrato individual del Trabajo*. Cuarta Edición. Santiago, Editorial AbeledoPerrot, p. 314.

ii) Es de aplicación restrictiva. No resulta procedente la aplicación analógica del fuero laboral para casos distintos de aquellos contemplados expresamente por la ley.

iii) Es personal e intransferible. A raíz del carácter personalísimo del fuero laboral, resulta que no puede ser transferido a terceros. Sin embargo, resulta importante destacar que existe una situación en que la madre transmite el derecho a fuero consagrado en el artículo 201 del Código del ramo, según prevé expresamente el artículo 195 inciso 3º del mismo cuerpo legal que regula la hipótesis de muerte de la madre durante el parto o durante el periodo de descanso posterior a éste, confiriéndole al padre o a quien le fuere otorgada la custodia del menor tanto el derecho a descanso como el fuero correspondiente.

iv) Es temporal. Su extensión alcanza los límites temporales definidos por la ley mientras se encuentre vigente la condición de la cual depende su protección.

v) Es irrenunciable. En razón de lo establecido en el inciso 2º del artículo 5º del Código del Trabajo, que establece que los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables mientras subsista el contrato de trabajo, el fuero laboral comparte la irrenunciabilidad de los derechos laborales. En el mismo sentido se han pronunciado los tribunales¹⁶.

Creemos que lo anterior adopta dos manifestaciones claras en el marco de la aplicación del fuero maternal.

En primer lugar, ni aun mediando autorización judicial puede el empleador invocar la causal de despido contemplada en el numeral 2 del artículo 159 del Código del Trabajo, es decir, renuncia del trabajador.

¹⁶ Tribunal Constitucional, Sentencia ROL N° 2796-2015, de 24 de diciembre de 2015, considerando sexto.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que en el sector público, la Contraloría ha generado la doctrina administrativa de que la funcionaria que presenta la dimisión voluntaria a su cargo no puede invocar el fuero maternal, dado que éste tiene por objeto impedir que la desvinculación se produzca por decisión de la autoridad¹⁷.

En segundo término, la irrenunciabilidad del fuero laboral se traduce en que, aun cuando el empleador pague las remuneraciones, subsidios y derechos que le corresponden a la trabajadora hasta el término del plazo establecido en el artículo 201 del Código del ramo, el despido resulta improcedente sin previa autorización judicial. En idéntico sentido se ha pronunciado la Dirección del Trabajo¹⁸.

vi) Puede ser desactivado judicialmente. Esta característica hace referencia a la necesidad de que opere la autorización judicial para terminar con el beneficio devengado por el fuero.

2.5 Derechos conferidos por el fuero laboral

La regla general en materia de despido de trabajadores aforados, es la imposibilidad de desvincular a un dependiente protegido por fuero laboral —si así no fuera, la tutela perdería eficacia— y la excepción está constituida por el despido, caso en el cual se requiere obtener de modo previo —también en procura de la

¹⁷ Contraloría General de la República, Dictamen N° 13.523, de 20 de mayo de 2019.

¹⁸ Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 4041, de 16 de octubre de 2014.

efectividad de la protección— la autorización del juez con competencia para resolver el evento”¹⁹.

La ciencia forense ha sindicado la producción de cuatro efectos centrales en materia de fuero laboral, mismos que revisaremos a continuación.

2.5.1 Inamovilidad

Tal y como ha señalado la jurisprudencia, la legislación laboral contempla una forma especial de protección a determinados trabajadores, en razón de su cargo o función o de la situación en que se encuentran, como es el caso de la mujer embarazada y que produce esencialmente la inamovilidad laboral a favor de dichos trabajadores, con el fin de evitar que sean arbitrariamente despedidos de su trabajo²⁰.

Desde la citada perspectiva, el fuero laboral es una especie de inamovilidad, fundado en la vulnerabilidad material que posee el trabajador frente el empleador ante determinadas circunstancias, y genera como efecto primordial la obligación que pesa sobre el empleador de mantener al trabajador de que se trate, en su puesto de trabajo, pudiendo solo dar término a la relación laboral con autorización judicial del tribunal competente²¹.

Cabe agregar que la inamovilidad que se devenga a partir de la protección que el fuero laboral genera, no es absoluta, dado que el empleador puede poner término a la relación laboral si ha mediado autorización judicial para aquello.

¹⁹Corte Suprema, Sentencia ROL N° 24.386-2014 de 10 de julio de 2015, considerando primero.

²⁰Corte de Apelaciones de Arica, Sentencia ROL N° 113-2018, de 18 de diciembre de 2018, considerando primero.

²¹ En este sentido, véase en Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, Sentencia ROL N° S-9-2018, de 9 de noviembre de 2018, considerando primero.

En lo que respecta a los efectos temporales de la autorización judicial, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha sido enfática en señalar que la autorización para despedir se otorga al dictarse la sentencia, mientras que la ley no permite darla con efecto retroactivo²².

2.5.2 Reincorporación y pago de remuneraciones

La Corte Suprema ha sentenciado que el despido de un trabajador aforado sin autorización judicial del tribunal competente da lugar a la nulidad del despido, procediendo a la reincorporación del trabajador afectado y, en caso de que esto no se produzca, al pago de las remuneraciones que no podrá percibir, por no poder ejecutar el contrato de trabajo. En este orden de cosas, nuestro máximo tribunal ha subrayado que el pago de estas remuneraciones constituye una indemnización por el actuar ilegítimo del empleador, quien lo separa de sus funciones aun cuando el trabajador goce de fuero²³.

Aun cuando un sector de la doctrina nacional considera que el despido del trabajador aforado, sin previa autorización judicial, constituye un acto jurídico sancionable con la inexistencia, y no con la nulidad, habida consideración de que no requiere una declaración judicial en tal sentido y de que, además, el acto del despido no produce efecto alguno²⁴, lo cierto es que tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia califican los efectos del acto como de nulidad²⁵.

²² Manual Ejecutivo Laboral. 2015. *De la terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo*. Santiago, Editorial Edig, p. 156.

²³ Corte Suprema, Sentencia ROL N°6070-2009, de 11 de noviembre de 2009, considerando cuarto.

²⁴ DÍAZ GARCÍA, Iván y GUTIÉRREZ SEPÚLVEDA, Genoveva. 2017. Op. cit. p. 36.

²⁵ Dirección de Estudios de la Corte Suprema. 2015. Sistematización de la doctrina establecida por la Corte Suprema en materia laboral a través de los recursos de unificación de jurisprudencia. *Informe N° 136 de metas de gestión análisis de tendencia jurisprudencial*, p. 100.

Con todo, el despido no autorizado judicialmente de un trabajador aforado, produce los siguientes efectos jurídicos:

i. Reincorporación del trabajador: en caso de que el trabajador aforado sea despedido sin mediar autorización de juez competente, éste deberá ser reincorporado a sus funciones.

En consecuencia, la única autoridad con competencia para ordenar el reintegro del trabajador aforado, es el juez competente, por lo que si es ordenado por el Inspector del Trabajo, éste estaría obrando fuera del ámbito de sus atribuciones²⁶.

ii. Remuneraciones: el empleador debe pagar las remuneraciones y demás prestaciones debidas al trabajador que ha sido separado de forma indebida sin que haya mediado autorización judicial, por todo el tiempo en que dicha separación se extendió.

Así, la segunda parte del inciso 2° del artículo 174 del Código del ramo prescribe:

“Si el tribunal no diere autorización para poner término al contrato de trabajo, ordenará la inmediata reincorporación del que hubiere sido suspendido de sus funciones. Asimismo, dispondrá el pago íntegro de las remuneraciones y beneficios, debidamente reajustados y con el interés señalado en el artículo precedente, correspondientes al período de suspensión, si la separación se hubiese decretado sin derecho a remuneración. El período de separación se entenderá efectivamente trabajado para todos los efectos legales y contractuales”.

²⁶ Así ha sido expresamente reconocido por la Dirección del Trabajo en Dictamen ORD. N° 2027/132, de 7 de mayo de 1998: “No es procedente que la Inspección del Trabajo, en conformidad al inciso 2° del artículo 201 del Código del Trabajo, ordene reincorporar al trabajo a una dependiente embarazada que ha renunciado voluntariamente a él, aún cuando hubiere ignorado su estado de embarazo”.

Conforme a los términos de la norma transcrita, aparece que ella establece, por una parte, la reincorporación del trabajador respecto a cuyo contrato de trabajo se ha puesto término, y, por otro lado, determina la existencia del derecho al pago de las remuneraciones por todo el tiempo en que el dependiente ha estado indebidamente separado de sus funciones. Es decir, el legislador establece dos formas de protección coexistentes, la reincorporación y el pago de las remuneraciones por el periodo de separación indebida, derechos que deben ejercerse, conjunta o separadamente, dentro del plazo de sesenta días hábiles contados desde la fecha del despido²⁷.

Finalmente resulta importante destacar que la jurisprudencia administrativa ha expresado que a la trabajadora que goza de fuero maternal le corresponde percibir el total de sus remuneraciones por todo el período en que estuvo separada indebidamente de sus funciones por desconocimiento de su estado de embarazo, si durante dicho período no tuviere derecho a subsidio²⁸.

3. Fuero como protección a la maternidad

Habiendo delimitado los alcances generales de la tipología y efectos del fuero laboral, toca ahora ahondar sobre la configuración y alcance del fuero como protección a la maternidad.

²⁷ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 1497-2007, de 13 de diciembre de 2007, considerando sexto.

²⁸ Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 4956, de 27 de septiembre de 2018.

Debemos hacer presente que el fuero como protección al hecho jurídico de la concepción incluye el fuero maternal y el fuero paternal. Sin embargo, la presente investigación solo abordará el primero de ellos.

En lo que al ámbito laboral respecta (en referencia indirecta al ámbito de seguridad social desde el cual pueden estudiarse las normas protectoras de la maternidad), la tutela que el Derecho Laboral proporciona a la mujer embarazada radica en un conjunto de normas jurídicas de orden público que salvaguardan su trabajo, destinado a facilitar a la madre el cumplimiento de sus obligaciones maternales²⁹.

Pues bien, el desafío laboral de las normas tutelares de los derechos derivados de la maternidad ha importado una impronta dentro del derecho internacional, así como dentro del ámbito interno, cuestiones a las que nos referiremos en los acápite siguientes.

3.1 Protección a la maternidad en el ámbito internacional

La Organización Internacional del Trabajo (en adelante "OIT"), ya en su primera asamblea, en el año 1919, aprobó el Convenio N° 3 sobre "Protección a la maternidad", desde ahí emerge el movimiento legislativo de los diversos ordenamientos jurídicos en orden a tutelar los derechos laborales y previsionales de la mujer embarazada³⁰.

²⁹ THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. (2009). *Manual de Derecho del Trabajo*. Tomo IV. Derecho individual de Trabajo (Continuación) y Derecho Procesal del Trabajo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 122.

³⁰El artículo 4° del Convenio N° 3 de la OIT estableció: "*Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un*

Resulta importante destacar que el precitado Convenio es coetáneo al nacimiento de la OIT, de donde aparece la importancia del rol tutelar del Derecho Laboral, en orden a compatibilizar el trabajo y la maternidad.

Luego, en el año 1952 el Convenio N° 3 fue revisado por el Convenio N° 103, bajo la misma rúbrica, cuyo artículo 6 dispuso: *“Cuando una mujer se ausente de su 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”*.

De manera complementaria, la OIT aprobó las Recomendaciones 12 y 95, que vinieron a integrar los referidos Convenios. El último de los citados instrumentos, en lo que al estudio del alcance internacional del fuero maternal respecta, dispone en su numeral IV, denominado “Protección del empleo”, lo siguiente:

“(1) Siempre que sea posible, el período antes y después del parto durante el cual sea ilegal para el empleador despedir a una mujer en virtud del artículo 6 del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952, debería comenzar a contarse a partir del día en que el empleador haya sido notificado, por medio de un certificado médico, del embarazo de esa mujer, y debería ser prolongado por lo menos hasta un mes después de la terminación del período de descanso de maternidad previsto en el artículo 3 de dicho Convenio.

(2) Motivos tales como una falta grave de la mujer empleada, la cesación de las actividades de la empresa donde esté ocupada o la terminación de

certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia”.

su contrato de trabajo podrán ser considerados, por la legislación nacional, como causas justas para el despido, durante el período en el que la mujer esté protegida. Cuando existan consejos de empresa, sería conveniente consultarlos con respecto a tales despidos.

(3) Durante la ausencia legal, antes y después del parto, los derechos de antigüedad de la mujer deberían ser salvaguardados, así como su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido con la misma tasa”.

Luego, la evolución del manto tuitivo hacia las necesidades laborales de la maternidad, avanza en el año 1981 con el Convenio N° 156 sobre “Trabajadores con Responsabilidades Familiares”, que expresa en su artículo 8º que la responsabilidad familiar no debe constituir per se, una causa justificada para poner fin a una relación de trabajo, en analogía a la protección otorgada por el fuero maternal.

Todos los Convenios a los que se ha hecho referencia en el presente apartado han sido ratificados por Chile.

Resta destacar que los Convenios protectores de la maternidad en el marco de las relaciones de trabajo, se encuentran sujetos a lo dispuesto por el Convenio N° 158 de la misma OIT del año 1982, en la medida en que contemplan los tópicos de la terminación del contrato de trabajo. En tal sentido, la letra e) del artículo 5º del referido instrumento, dispone: “Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: (e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad”.

3.2 Protección a la maternidad en el ámbito interno: fuero laboral

La salvaguarda a las trabajadoras dentro de la legislación nacional nace en el concierto de la preocupación por la cuestión social. Normas como el descanso postnatal y otras normas de protección hacia la madre trabajadora forman parte de la lucha del proletariado por mejores condiciones de trabajo³¹.

En el marco de la industrialización, el Derecho del Trabajo recoge el modelo de trabajo masculino, desde donde surge la demanda de una legislación protectora del trabajo femenino.

El Código del Trabajo dedica el Título II del Libro II al establecimiento de normas sobre protección de la maternidad, paternidad y la vida familiar³², de una forma transversal, es decir, aplicable a toda mujer trabajadora, con prescindencia del sector en que se desempeña (v.gr. público o privado)³³.

De forma previa y general, el legislador establece en el artículo 174 del Código del Trabajo lo siguiente:

“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”.

³¹ CASAS BECERRA, Lidia y RIVERA VALENZUELA, Ester. 2012. Op. cit. p. 78.

³² La Ley N° 20.764 que Modifica el Código del Trabajo en materia de Protección a la Maternidad, la Paternidad y la Vida Familiar y establece un Permiso por Matrimonio del Trabajador, publicada en el Diario Oficial el 18 de julio de 2014, reemplazó el epígrafe del Libro II, por el siguiente: “De la Protección a la Maternidad, la Paternidad y la Vida Familiar”.

³³ En este sentido, el inciso 1° del artículo 194 del Código del Trabajo establece: “La protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar se regirá por las disposiciones del presente título y quedan sujetos a ellas los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado”.

Por su parte, el artículo 201 del mismo cuerpo legal, dispone que durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis, la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174 del Código del ramo.

El examen de titularidad del fuero maternal obliga a incluir no solo a la madre biológica, sino que también a la adoptiva en los términos establecidos en el inciso 2º del artículo 201 de la Ley Laboral³⁴. De igual forma, la Ley N° 19.591, publicada en el Diario Oficial el 9 de noviembre de 1998, incluyó a la mujer trabajadora de casa particular, dado que con anterioridad la norma del artículo 201 la excluía expresamente.

Asimismo, la jurisprudencia administrativa emanada de la Dirección del Trabajo, ha dictaminado que las trabajadoras sujetas a contrato de aprendizaje también son beneficiarias de las normas sobre protección de la maternidad y en tal carácter, se encuentran amparadas por el fuero maternal³⁵.

Lo anterior importa una aplicación amplísima de las normas protectoras a la maternidad contenidas en el Código del Trabajo, desbordando incluso los márgenes de su propio texto³⁶.

³⁴ Artículo 201 inciso 2º del Código del Trabajo: “*Tratándose de mujeres o de hombres solteros o viudos que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar un hijo en conformidad a las disposiciones de la ley N° 19.620, el plazo de un año establecido en el inciso primero se contará desde la fecha en que el juez, mediante resolución dictada al efecto, confíe a estos trabajadores el cuidado personal del menor en conformidad al artículo 19 de la ley N° 19.620 o bien le otorgue la tuición en los términos del inciso tercero del artículo 24 de la misma ley*”.

³⁵ Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 537/7, de 6 de febrero de 2014.

³⁶ HUMERES NOGUER, Héctor. 2009. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 256.

La norma antes señalada configura el fuero maternal, como una de las instituciones de Derecho Laboral que ampara a la mujer durante su preñez y hasta un año después del descanso posnatal, tanto en lo que se refiere a la estabilidad en el empleo —procediendo su despido solo por las causales señaladas en la ley y previa autorización judicial— como en sus remuneraciones, de modo que si la trabajadora ha sido despedida sin dicha autorización deba ella ser reincorporada a su empleo, debiendo pagársele todas las remuneraciones a que tuvo derecho durante su ausencia, y en caso de no ser reincorporada tiene derecho al pago de las remuneraciones por el lapso que va desde la separación de sus labores hasta el término del fuero maternal³⁷.

Ya habíamos adelantado que la estabilidad laboral proveniente del fuero maternal no es de carácter absoluto, toda vez que el empleador puede iniciar el procedimiento de desafuero a través del cual persigue obtener resolución judicial que lo autorice a terminar la relación de trabajo.

Sin embargo, creemos que la regla de la estabilidad laboral de índole relativa se encuentra también mitigada por la institución del fuero laboral, por las razones que siguen.

Primero, porque por regla general, la legislación laboral protege y regula la estabilidad relativa en el empleo, cuya consecuencia inmediata es que el empleador no puede poner término a la relación de trabajo mientras no medie una causal de despido expresamente contemplada en el Código del Trabajo³⁸. En tal caso, la autorización emerge desde la voluntad del legislador, todo, sin perjuicio de la facultad judicial de revisar la procedencia de la aplicación de la causal de despido invocada por el empleador, según prevé el artículo 168 del Código del Ramo.

³⁷ Corte Suprema. 2000. 26 de julio de 2000. Jara Escobar, Elizabeth y otra (casación en el fondo). Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (2): pp. 136-141.

³⁸ En el mismo sentido, véase en Corte Suprema, Sentencia ROL N° 927-2001, de 12 de julio de 2001, considerando noveno.

Sin embargo, los trabajadores con fuero, precisamente por la inamovilidad de la que gozan, no pueden ser despedidos por cualquier causal legal de despido, sino que solo por aquellas expresamente previstas por el legislador, esto es:

i) Por el vencimiento del plazo previsto en el contrato.

ii) Por la conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato. Al respecto, el ente fiscalizador de la vigencia y aplicación de las normas laborales, es decir, la Dirección del Trabajo, ha señalado que el “(...) *fuero maternal de las trabajadoras que prestan servicios transitorios por medio de un contrato de puesta a disposición, sólo produce sus efectos mientras la relación laboral se encuentra vigente. La excepción la constituye, el que se constate que la trabajadora mantiene vínculo de subordinación y dependencia de la usuaria, caso en el cual el fuero se rige por las reglas generales del Código del Trabajo*”³⁹.

Como argumento a contrario, aparece que la inamovilidad devengada a partir del fuero maternal de la trabajadora que se desempeña en empresa de servicios transitorios cesa de pleno derecho una vez finalizado dicho contrato⁴⁰.

De igual forma, la Dirección del Trabajo ha dictaminado que el fuero maternal de las profesionales de la educación que se desempeñan en establecimientos educacionales dependientes de Corporaciones Municipales, sujetas a contrato de reemplazo se extiende únicamente hasta la fecha de reintegro del titular⁴¹.

iii) Por algunas de las causales establecidas en el artículo 160.

A contrario sensu, el empleador no puede invocar en el procedimiento de desafuero, las causales de despido de:

³⁹ Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 6287, de 28 de diciembre de 2017.

⁴⁰ Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 3014/58, de 17 de julio de 2008.

⁴¹ Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 3859/138, de 16 de septiembre de 2003.

- i) Mutuo acuerdo de las partes.
- ii) Renuncia del trabajador.
- iii) Caso fortuito o fuerza mayor,
- iv) Necesidades de la empresa, establecimiento o servicio.
- v) Desahucio. En este orden de ideas, aun las trabajadoras que ejercen cargos de exclusiva confianza del empleador están amparadas por el fuero maternal⁴².

Cabe agregar que la trabajadora de casa particular que goza de fuero maternal no puede ser despedida por la causal prevista en el artículo 147 del Código del Trabajo, esto es, la voluntad unilateral del empleador en el denominado período de prueba, por lo que el empleador requiere, de igual forma, para poner término a la relación laboral la obtención previa, por resolución judicial, del desafuero de la trabajadora en los casos taxativamente señalados en el artículo 174 del citado cuerpo legal⁴³.

Por otra parte, desde la perspectiva de las trabajadoras de los servicios públicos, la Contraloría General de la República ha dictaminado que las renovaciones de funcionarias a contrata efectuadas en respuesta a su protección por fuero maternal no son suficientes ni aptas para constituir la confianza legítima que caracteriza el vínculo laboral prolongado en el ámbito público⁴⁴.

⁴² Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 3149/126, de 31 de mayo de 1996.

⁴³ Así se ha pronunciado la Dirección del Trabajo, en Dictamen ORD. N°5613/343, de 16 de noviembre de 1999.

⁴⁴ Contraloría General de la República, Dictamen N° 18.663, de 10 de julio de 2017.

En segundo término, encontramos una excepción a la extensión clásica de la estabilidad relativa en el empleo, en el caso de la especie fuero maternal dentro del género fuero laboral, a raíz de la necesidad de que opere la autorización judicial a favor del empleador que desea poner fin al contrato de trabajo. Esto porque en el caso de los trabajadores que no gozan de esta estabilidad laboral reforzada, el juez solo tiene la facultad revisora del despido y no permisiva.

Ahora bien, una particular situación en la que el legislador laboral se puso a regular los alcances del fuero maternal, es que el empleador ignore el estado de gravidez de la trabajadora o el cuidado personal o tuición de un menor y, ante tal circunstancia de desconocimiento, ponga término al contrato de trabajo. En este contexto, el inciso 4° del artículo 201 del Código del Trabajo, dispone que el despido quedará sin efecto y la trabajadora será reincorporada a su trabajo, bastando la sola presentación del correspondiente certificado médico o de matrona, o bien de una copia autorizada de la resolución del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor, sin perjuicio del derecho a remuneración por el tiempo en que haya permanecido indebidamente fuera del trabajo, si durante ese tiempo no tuviere derecho a subsidio. Para hacer valer los precitados derechos, el Código dispone la concurrencia de un plazo de 60 días hábiles contados desde el despido.

Cabe apuntar que el legislador no ha sometido el certificado por el que se consulta a ninguna formalidad especial, salvo la indicada en el mismo precepto, es decir, que el documento respectivo haya sido emitido por un médico o una matrona. A mayor abundamiento, es dable consignar, que a diferencia de lo que ocurre con la norma en análisis, cuando un certificado médico debe cumplir con requisitos específicos, ellos han sido regulados en cuerpos normativos, como es el caso del Decreto N°460, de 1970, del Ministerio de Salud, que contiene el Reglamento sobre extensión de certificado médico de defunción; o el Decreto N°75, de 1974, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, –que Aprueba el reglamento del D.L. N° 307, de 1974, sobre prestaciones familiares– que en su artículo 8° establece los

requisitos que debe contener el certificado médico que habilita el pago de la asignación maternal, entre otros⁴⁵.

4. Conclusiones al capítulo

De radical importancia resulta subrayar que la protección contenida en el Título II del Libro II del Código del ramo, (a diferencia de las primeras normas tutelares, que velaban por la infancia), e independientemente de toda otra consideración, asiste al bien jurídico “maternidad”, lo que resulta valedero ante cualquier empleador⁴⁶.

El fuero maternal constituye la más axiomática de las protecciones proporcionadas por el ordenamiento jurídico laboral hacia la maternidad y, esencialmente, hacia la fuente de empleo mientras la mujer se encuentra en un natural estado de vulnerabilidad.

Así las cosas, el pago remuneracional por el periodo de fuero de maternidad que favorece a la trabajadora emana del hecho reconocido por el legislador laboral, de que resulta imprescindible para la trabajadora mantener su fuente de empleo antes y después del alumbramiento, dentro de los límites temporales establecidos por la ley. De allí que las remuneraciones que se le deben a la mujer trabajadora que goza de fuero maternal, aseguran que se compense en dinero el período de estabilidad laboral que garantizado por la ley y al que no accederá por razones que no le son atribuibles⁴⁷.

⁴⁵ Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 2239, de 24 de mayo de 2017.

⁴⁶ Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 795/63, de 1 de marzo de 2000.

⁴⁷ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 55.306-2016, de 2 de marzo de 2017, considerando tercero.

En el presente capítulo vimos cómo el mantra de laboralidad que salvaguarda la maternidad, en lo que a estabilidad en el empleo respecta, ordena que las trabajadoras protegidas por fuero maternal no puedan ser despedidas de su trabajo sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en determinados casos que señala la ley (artículos 174 y 201 del Código del Trabajo).

Lo anterior se sujeta a la sanción de nulidad prevista por la judicatura cuando opera el despido sin la autorización judicial requerida por las normas señaladas, como un acto que carece de toda validez (llegando algunos a inclinarse por la teoría de la inexistencia⁴⁸), por lo que el empleador debe reincorporar a la trabajadora que ha sido despedida en contravención a la ley, pagándole las remuneraciones y demás beneficios legales por todo el tiempo por el cual se extiende su separación.

Con todo, en el evento de no ser posible su reincorporación, el empleador debe pagar las remuneraciones que correspondan, hasta la terminación del período de fuero maternal.

En efecto, la declaración de nulidad del despido de una trabajadora, por el hecho de haberse puesto término a su contrato de trabajo sin requerir la autorización judicial previa correspondiente, no obstante encontrarse gozando de fuero maternal, es una sanción que se impone conforme a las reglas del derecho común, por la vulneración de una norma prohibitiva y cuyo efecto natural es la reincorporación de la trabajadora a sus labores, con el pago de las remuneraciones devengadas durante el período de la separación. En consecuencia, para el evento que dicha reincorporación no sea posible, la jurisprudencia ha tendido a sustituir dicha medida, por el pago de

⁴⁸ Véase en la p. 18 del presente Capítulo.

una indemnización equivalente a las remuneraciones que deberían ser percibidas por la trabajadora durante el período comprendido por el fuero maternal⁴⁹.

El capítulo siguiente se abocará al estudio del fuero maternal como límite al poder empresarial, en el marco del procedimiento de desafuero y de los requisitos del éxito de la acción del mismo carácter.

CAPÍTULO SEGUNDO

CONFIGURACIÓN DEL FUERO MATERNAL COMO LÍMITE AL PODER EMPRESARIAL

1. Ideas preliminares

De conformidad a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 5° del Código del Trabajo, las garantías constitucionales de los trabajadores constituyen un límite

⁴⁹ En este sentido, véase en Corte Suprema, Sentencia ROL N° 55.306-2016, de 2 de marzo de 2017, considerando séptimo.

infranqueable al ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, mientras la relación laboral se encuentre vigente.

Si bien es cierto, no existe en nuestra Carta Fundamental una protección expresa y sistematizada de la maternidad en su faz laboral, también es cierto que el constituyente establece normas de carácter general que se vinculan con el tópico objeto de nuestro estudio.

En tal sentido, el artículo 1° inciso 2° de la Constitución Política de la República declara que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Luego, el inciso final de la misma norma expresa que es deber del Estado dar protección a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta.

De igual forma, el numeral 1 del artículo 19 de la Carta Fundamental asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, agregando que, la ley protege la vida del que está por nacer, instruyendo una referencia implícita a la protección de la maternidad, en la medida en que el amparo a la maternidad permite el amparo de la vida del que está por nacer.

Luego, la Constitución asegura a todas las personas la libertad de trabajo y su protección (artículo 19 N° 16 inciso 1° del Código Político). De allí que la doctrina especializada haya destacado que esta norma, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, que establece la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres, garantiza la estabilidad laboral de la mujer trabajadora que da a luz, a fin de tutelar la maternidad, la igualdad ante la ley y la familia⁵⁰. Una conclusión contraria a lo anterior atentaría con el texto del inciso 3° del numeral 16 del artículo 19 ya citado, en la medida en que prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal.

⁵⁰ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. 2009. Op. cit. p. 183.

Resulta interesante en este punto traer a colación el Dictamen N° 2210/035 de la Dirección del Trabajo que, con ocasión de un pronunciamiento sobre la discriminación laboral, expresa la importancia de los sesgos negativos con que está marcado el trabajo femenino, en el siguiente orden de ideas:

“A pesar de la creciente incorporación de la mujer al mundo del trabajo y de los positivos efectos que ésta trae aparejados, subsisten las diferencias de oportunidades y de trato, tanto en el acceso al empleo como en materia de remuneraciones y condiciones de trabajo. Respecto del positivo aporte de la incorporación de la mujer al mercado laboral, Gloria Mercuri sostiene que el mundo femenino constituye actualmente la mayor fuente de recursos humanos para un mercado de trabajo, siempre con mayores necesidades de calidad e innovación en consideración a su primacía cuantitativa y cualitativa, alcanzada por las mujeres en todos los grados de la instrucción superior, incluso en disciplinas técnicas y en cursos de formación más complejos y específicos (...).

Asumiéndose la relevancia que, para la igualdad de oportunidades entre trabajador y trabajadora, representa el fuero maternal, resulta pertinente señalar que la jurisprudencia administrativa, sostiene que la trabajadora, que gozando de fuero maternal se retira voluntariamente de una empresa y celebra un contrato de trabajo con otro empleador, le asiste el derecho a invocar ante su nuevo empleador la prerrogativa del fuero que la ampara, sea que a la fecha de celebración del referido contrato esté en estado de embarazo o tenga un hijo recién nacido o se encuentre en el período puerperal o dentro del año siguiente a la expiración de dicho período, debiendo, en consecuencia, para los efectos de poner término a la respectiva relación, solicitarse la correspondiente autorización judicial en conformidad al artículo 174 del Código del Trabajo.

Por último, se ha reparado en que si se hubiere dado el aviso anticipado de desahucio de término de contrato y la trabajadora acredita en el intertanto su estado de embarazo, se le ha de reconocer el fuero maternal⁵¹.

Ahora bien, en el plano internacional la maternidad también ha sido objeto de protección a través de diversos instrumentos de tutela de derechos fundamentales. En este contexto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución N° 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, expresa en su artículo 25.2, en lo que a nuestro estudio respecta, que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1966, en su artículo 10.2, expresa:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 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”.

Ahora bien, en el marco de las normas legales que protegen la maternidad, se encuentra, la protección y vigilancia del Estado durante el embarazo y hasta seis meses de nacido el hijo (Código Sanitario, artículo 16).

⁵¹ Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 2210/035 de 10 de junio de 2009.

Enseguida, aparece toda la normativa laboral dirigida a tutelar la maternidad contenida en el Código del Trabajo. Así, el embarazo no puede ser un factor para contratar, para permanecer en el trabajo o para renovar el contrato (artículo 194); el pre y post natal (artículo 195 y 197 bis); el permiso especial por enfermedad grave del niño menor de un año (artículo 199); el permiso especial por enfermedad gravísima del menor de 12 años (artículo 199 bis); el fuero maternal (artículo 201); el derecho a sala cuna (artículo 203); el derecho a dar alimentos (artículo 206). Después, se encuentra la normativa de seguridad social, como el bono por hijo en caso de jubilación (Ley N° 20.255 que establece Reforma Previsional, de 17 de marzo de 2008).

Con todo, el fuero maternal es considerado la base axiomática de la tutela por maternidad. El fundamento de la precedente afirmación es que la institución del fuero desempeña un rol limitador de los poderes empresariales, en la medida en que persigue evitar que el embarazo constituya una fuente de discriminación femenina en materia de empleo.

El embarazo, dentro de la fisonomía tradicional de la estructura y funcionamiento empresarial, representa, aún hoy, un serio obstáculo al orden laboral. Sin embargo, *“(...) en la medida en que la producción ha tenido necesidad del trabajo femenino, las empresas han debido contar con el hecho de que las trabajadoras tienen hijos y por ello, aceptar crecientemente las perturbaciones que esto podría producir en el orden empresarial. Las bajas eventuales en la productividad de la trabajadora, las alteraciones en la organización y la planificación del centro de trabajo y la generación, en definitiva, de efectos que no encajan en la lógica de productividad de las empresas, han debido ser asumidas como un costo necesario y una responsabilidad social establecida por el derecho”*⁵².

⁵² HENRÍQUEZ, Helia y RIQUELME, Verónica. 1996. “Trabajo y maternidad: los pasos pendientes”. *Temas Laborales* (3), Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, p. 2.

El fuero maternal es la llave hacia el ejercicio de los demás derechos tutelares de la maternidad, toda vez que su protección constituye la finalidad última de su existencia. Con esta institución se protege a la trabajadora otorgándole estabilidad en el empleo para asegurar la mantención de los ingresos económicos que hagan posible su manutención durante el embarazo y durante el tiempo de crianza del que está por nacer.

En este orden de ideas, el fuero maternal materializa el derecho de la mujer de que su descanso por maternidad (pre y postnatal) no acarreen consecuencias negativas al tiempo de reanudar sus actividades laborales tras ese descanso, así como el derecho de que no se menoscabe su condición y posición laboral en el marco de su contrato de trabajo. Según lo ha establecido la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República y de la Dirección del Trabajo, durante este período el empleador no puede alterar las condiciones de contratación, ni afectar las remuneraciones.

En el primer sentido, el órgano contralor ha señalado que *“(...) dado que las normas de protección de la maternidad establecidas en el Código del Trabajo tienen como principal finalidad mantener las condiciones preexistentes a la inamovilidad, estos derechos de maternidad tienen el carácter de irrenunciables conforme art/195 inc/3 del código aludido, norma que además prohíbe todo desempeño durante los periodos de descanso a las mujeres embarazadas o puérperas”*⁵³.

A su vez, la Dirección del Trabajo ha expresado: *“Del precepto legal transcrito se infiere que el empleador está obligado a trasladar a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado, a las mujeres embarazadas que se ocupen habitualmente en labores consideradas por la autoridad como perjudiciales para su salud, entendiéndose como tales, las que podrían encontrarse comprendidas en los casos señalados en la norma.*

⁵³ Contraloría General de la República, Dictamen ORD. N° 40.128, de 2 de noviembre de 1998.

*Se colige, asimismo, que dicho traslado no puede significar en caso alguno una disminución de las remuneraciones de estas trabajadoras*⁵⁴.

En suma, el fuero maternal constituye una barrera ineludible a la cual se sujeta el poderío empresarial, ergo, allí donde se ejerzan las potestades del empleador, siempre estará presente la protección de la maternidad. En efecto, esta función limitadora se desarrolla en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral. Tanto al inicio de la relación laboral o, incluso antes en los procesos de selección de personal; en su desarrollo y en su conclusión, tanto en el ámbito estrictamente laboral en cuanto involucra la conformación esencial del poder empresarial, como fuera de él, en cuanto importa una limitación que viene dada por la colisión de derechos y por la preeminencia de los derechos fundamentales⁵⁵.

Dedicaremos el presente capítulo al análisis de los requisitos de ejercicio del procedimiento de desafuero con la finalidad de dar cuenta del tratamiento jurisprudencial en materia de la función pública en el capítulo tercero.

2. Procedimiento de desafuero

El inciso 1º del artículo 174 del Código del Trabajo 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”.

⁵⁴ Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 2133/143, de 14 de mayo de 1998.

⁵⁵ La precedente argumentación ha sido refrendada por la Dirección del Trabajo, en Dictamen ORD. N° 2210-035, de 5 de junio de 2009.

Según ha sentenciado la jurisprudencia de nuestros tribunales laborales, la naturaleza jurídica del desafuero representa una potestad jurisdiccional que el juez no está obligado a autorizar.

El legislador laboral, ha entregado al juez el poder público para acoger o rechazar una solicitud de desafuero, el que debe ejercerse realizando un análisis acabado de todos los antecedentes aportados al proceso por las partes, puesto que están en juego derechos de orden público como son la familia, la dignidad humana, la protección de la vida del que está por nacer y la no discriminación arbitraria, lo que trasciende a la sola terminación de la relación laboral⁵⁶.

En otros términos, atendida la naturaleza eminentemente protectora del fuero maternal, la facultad que el artículo 174 del Código del Trabajo proporciona al juez laboral, no se agota en la mera constatación de la causal objetiva invocada por el empleador para poner término al contrato de la trabajadora.

En consecuencia, la utilización de la voz “podrá” que utiliza la norma antes comentada, redundante en que el juez puede otorgarla o no, según el mérito de los antecedentes puestos a su disposición. Dicho de otro modo, el juez es la autoridad convocada por ley para pronunciarse sobre la solicitud relativa al despido de la trabajadora titular del fuero maternal, pero no se trata de una norma imperativa.

⁵⁶ Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, Sentencia ROL N° O-59-2016, de 23 de mayo de 2016, considerando primero.

3. Requisitos de procedencia y éxito de la acción de desafuero

El procedimiento de desafuero se encuentra imbuido de una serie de requisitos configurativos que dan lugar al éxito de la correspondiente acción de desafuero. El presente apartado tiene por objeto examinar dichos elementos a fin de evidenciar lo que la praxis judicial ha elevado como principios de desestimación de la referida acción.

3.1 Naturaleza jurídica del fuero maternal: garantía de inamovilidad y rol de la autorización judicial

Tal y como hemos venido sosteniendo, el fuero maternal constituye un privilegio o una garantía de inamovilidad en cuya virtud el trabajador aforado en caso alguno podrá ser separado de la empresa por la mera voluntad del empleador.

Lo anterior importa que como primer supuesto de existencia del procedimiento de desafuero, el empleador debe deducir la acción de desafuero a fin de ejercer las facultades concedidas por el legislador, de entre las cuales destaca la del poder disciplinario empresarial. Esta es, sin duda, una cortapisa impuesta a los derechos empresariales, en cuanto se alza como freno a la voluntad unilateral del empleador de poner término a la relación de trabajo de forma inherente al respeto y vigencia de los derechos laborales de sus trabajadoras.

En suma, si el empleador decide poner término al contrato de cualquier trabajadora aforada debe requerir, siempre, la pertinente autorización judicial, por lo que la eficacia del ejercicio de su poder disciplinario se sujeta a la venia del juez laboral.

El artículo 174 del Código del trabajo, advierte al juez que se encuentra facultado para conceder la autorización solicitada en el evento de concurrir alguna de las causales señaladas, lo que lo obliga a ponderar, caso a caso, si concurren elementos suficientes que justifiquen alzar el fuero que ampara a la trabajadora, sobre todo considerando que en un proceso de desafuero se encuentran comprometidos valores de orden público que exceden el solo término de una relación laboral, como son, la protección de la maternidad y de la vida del que está por nacer⁵⁷.

3.2 La autorización judicial debe ser previa al despido

La autorización judicial que confirma el derecho del empleador de dirigir y organizar su empresa, bajo la rúbrica del despido (en las causales autorizadas por el artículo 174 del Código del ramo) debe ser, en todo caso, previa al despido mismo.

Ahora bien, en análisis del fuero maternal como garantía de la mujer trabajadora, cabe preguntarse por la hipótesis del desconocimiento por parte del empleador del estado de gravidez de la trabajadora al tiempo de proceder al despido.

Dicha interrogante ha sido despejada desde el ámbito jurisdiccional, en el siguiente orden de ideas:

“Es relevante el conocimiento que haya tenido el empleador del estado de embarazo al momento en que venció el plazo del contrato, o al menos, al momento de la suscripción del finiquito esgrimido por la demandada, toda vez que sólo a partir del momento en que se ha tomado conocimiento de

⁵⁷ Juzgado de Letras del Trabajo de Osorno, Sentencia ROL N° O-60-2016, de 3 de junio de 2016, considerando décimo tercero.

la referida situación y ante una terminación unilateral del vínculo laboral por parte del empleador es que a este último le resulta imperativo arbitrar el procedimiento de desafuero maternal; cuestión que en la especie no resultó posible de cumplir antes de la llegada del plazo o al momento de suscribir el finiquito agregado a los autos, primero, porque no consta que la parte demandada haya conocido la gravidez y, segundo, porque la relación laboral ya había concluido y no por su decisión, sino por el vencimiento del lapso pactado”⁵⁸.

Con todo, la jurisprudencia transcrita es anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.545 del año 2011, que introdujo el inciso 4° del artículo 201 del Código del Trabajo, que expresa:

“Si por ignorancia del estado de embarazo o del cuidado personal o tuición de un menor en el plazo y condiciones indicados en el inciso segundo se hubiere dispuesto el término del contrato, en contravención a lo dispuesto en el artículo 174, la medida quedará sin efecto y la trabajadora volverá a su trabajo, para lo cual bastará la sola presentación del correspondiente certificado médico o de matrona, o bien de una copia autorizada de la resolución del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor, en los términos del inciso segundo, según sea el caso, sin perjuicio del derecho a remuneración por el tiempo en que haya permanecido indebidamente fuera del trabajo, si durante ese tiempo no tuviere derecho a subsidio. La afectada deberá hacer efectivo este derecho dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde el despido”.

⁵⁸ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 7702-2008 de 15 de enero de 2009, considerando octavo.

A partir del análisis conjugado de la jurisprudencia y de la nueva redacción de la norma transcrita, es posible advertir que en cuanto a la eficacia de la voluntad del empleador de poner fin a la relación laboral por aplicación de una o más causales contenidas en la ley laboral y al desconocimiento del estado de gravidez de la mujer trabajadora al tiempo de desencadenar el proceso de despido, hemos transitado desde un estadio inicial en donde primaba una suerte de “teoría del conocimiento” hasta la sanción legal de ineficacia del despido coetáneo con el embarazo de la trabajadora.

Para precisar lo anterior cabe agregar que los efectos del reforzamiento de garantía que realiza el inciso 4° del artículo 201 del Código del Trabajo, tiene alcances que merece la pena clarificar.

En primer término, debemos señalar que el despido anterior al conocimiento por parte de la entidad empleadora del embarazo de la trabajadora no trae aparejada la consecuencia del procedimiento de desafuero. Dicho en otros términos, si la terminación de la relación laboral ya se produjo (antes de que la trabajadora pusiera al empleador en antecedente), la hipótesis normativa del artículo 201 del Código del ramo no se sustenta en el requerimiento de autorización previa para proceder al despido, puesto que éste ya se configuró, sino que, por el contrario, la acción correspondiente se solventa en la estimación de reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo, permaneciendo la medida del despido sin efecto alguno⁵⁹.

Ahora bien, en cuanto a los efectos de la nulidad, tanto el despido como el finiquito que, eventualmente, haya sido suscrito, adolecen de nulidad y la situación laboral de la trabajadora embarazada se retrotrae el tiempo anterior al despido. De

⁵⁹ Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto, Sentencia T-72-2017, de 17 de octubre de 2018, considerando décimo.

perogrullo, el empleador debe enterar las remuneraciones y prestaciones de salud y seguridad social que haya dejado de recibir la trabajadora durante la separación⁶⁰.

Visto desde otra perspectiva, el conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora no constituye un requisito —ni activo ni pasivo— de la acción de desafuero y, si el trabajador se encontrara en estado de desconocimiento al tiempo del despido, simple y llanamente su voluntad extintiva de la relación laboral no surte efectos.

3.3 Causales de despido que pueden ser invocadas en procedimiento de desafuero

El artículo 174 del Código del ramo establece que el juez podrá conceder la autorización de desafuero cuando el empleador ejerciera dicha acción e invocara las causales de los numerales 4 y 5 del artículo 159 o cualquiera del artículo 160, todas normas del Código del Trabajo.

En términos generales, es dable apuntar que la norma en comento supone la manifestación de voluntad del empleador objetivando el término de la relación laboral que lo vincula con la trabajadora en estado de gravidez.

3.3.1 Vencimiento del plazo convenido en el contrato

El artículo 159 N°4 del Código del Trabajo establece que el contrato de trabajo termina por el vencimiento del plazo convenido en el contrato.

⁶⁰ Op. cit. considerando décimo tercero.

Por tanto, *prima facie* y en atención al tenor literal del inciso 1° del Artículo 5° del mismo cuerpo legal, podría pensarse que el fuero maternal se extiende hasta la vigencia de la relación de trabajo, por lo que el plazo a través del cual caduca el contrato laboral derroca a la inamovilidad devengada por el fuero. Sin embargo, los tribunales de justicia se han pronunciado en sentido opuesto.

En efecto, la judicatura laboral ha sentenciado que el solo vencimiento del plazo no tiene la entidad suficiente para acceder sin mayor razonamiento a la solicitud de desafuero.

A contrario sensu, ni aun la llegada del plazo al cual se sujetaba la vigencia del contrato de trabajo es suficiente para mandar incondicionalmente al juez a admitir el desafuero maternal. Por el contrario, el sentenciador deberá ponderar los antecedentes y circunstancias del caso en pos de inclinarse por la suficiencia de éstos para desconocer los efectos propios del fuero maternal⁶¹.

Aun cuando en la hipótesis del contrato a plazo fijo la data de vencimiento de la vinculación se conoce por las partes con antelación y en forma precisa, lo cierto es que su advenimiento per se, no puede constituir una forma de eludir la protección que le asiste a la trabajadora embarazada, sino que, por el contrario, el juez deberá conocer el asunto en uso de la prerrogativa concedida por el artículo 174 del Código del Trabajo.

De este modo, el desentrañamiento jurisdiccional del alcance tutelar de la norma citada adiciona un requisito más al simple vencimiento del plazo del contrato.

Sin perjuicio de lo antes señalado, creemos que lo anterior tiene el siguiente sustento. El mecanismo que, de forma exclusiva, ha sido dispuesto por el legislador para poner fin a la relación de trabajo entre el empleador y la trabajadora aforada es el procedimiento de desafuero. Por tanto, ni aun las causales ultra-objetivadas de terminación del contrato laboral—como es el vencimiento del plazo— han de suponer una suspensión de la protección a la maternidad.

⁶¹ Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto, Sentencia ROL N° O-61-2016, de 22 de julio de 2016, considerando vigésimo.

Fuerza concluir lo anterior, un argumento en contrario no resiste. Esto porque si así no fuera, llegaríamos al absurdo de sostener que el vencimiento del plazo convenido en el contrato habilita al empleador para aplicar la causal de despido, operando como una suerte de desafuero por ley e ipso iure. Carecería, por tanto, de sentido la competencia judicial de decidir un conflicto, si la norma en estudio consultara la sola constatación de la llegada del plazo⁶².

Todo lo anterior significa que cualquier nivel de discusión parte del supuesto que la relación laboral sea a plazo. Frente a la transformación del contrato de trabajo a uno de carácter indefinido⁶³, no hay duda alguna de la necesidad de que el juez autorice el desafuero, pero en virtud de alguna otra causal de despido a las que se refiere el artículo 174 del Código del ramo.

3.3.2 Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato

En términos similares a los expuestos en torno a la causal de vencimiento del plazo, la conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato contenida en el numeral 5 del artículo 159 del Código del Trabajo, constituye un antecedente que debe ser apreciado por el juez de la instancia para acceder o denegar la solicitud de desafuero maternal⁶⁴.

En el citado orden de ideas, y de forma transversal a toda posible aplicación de las causales de despido en materia de desafuero, el juez está llamado a examinar con mayor rigurosidad el cumplimiento de la causal invocada por el empleador.

⁶² En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, véase en Corte Suprema, Sentencia ROL N° 18.947-2018, de 18 de julio de 2017, considerando décimo.

⁶³ Véase Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia ROL N° O-6495-2018, de 17 de junio de 2019, considerando noveno.

⁶⁴ En el mismo sentido, véase Corte Suprema, Sentencia ROL N° 5320-2014, de 2 de diciembre de 2014, considerando décimo.

Desde la citada perspectiva, “(...) es claro que no basta que la obra o faena para la que fue contratada la recurrida haya concluido para acceder al desafuero maternal, pues el conocimiento de parte del empleador de su estado de gravidez antes del término de la obra o faena la coloca en una situación distinta frente a otros trabajadores, ya que la legislación la ampara de un modo especial ante un eventual término intempestivo de sus funciones, de modo tal, que aun cuando la ley concede al empleador una causal formal para despedirla, previa autorización del juez, es dable exigir que además se acredite la necesidad material de acceder a su petición”⁶⁵.

Lo anterior supone la concurrencia copulativa de dos elementos de hecho a considerar.

Primero, que el empleador ejerza la acción de desafuero tan pronto tenga conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora, sin esperar a que la obra o faena concluya o esté próxima a concluir. En efecto, no es requisito de la acción de desafuero maternal basada en el término de la obra, que dicha obra no haya finalizado⁶⁶.

En segundo término, la posibilidad material de que el empleador pueda reubicar en otra obra o faena a la trabajadora luego de haber concluido el trabajo o servicio que dio origen al contrato, acarrea la ineficacia de la causal de despido en comento⁶⁷.

A propósito de la extemporaneidad de la acción de desafuero en torno a la conclusión de la obra o servicio, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha discurrido entre dos posibles interpretaciones sobre las consecuencias jurídicas de un contrato

⁶⁵ Op. cit. considerando décimo primero.

⁶⁶ Corte de Apelaciones de San Miguel, Sentencia ROL N° 400-2011, de 19 de enero de 2012, considerando primero.

⁶⁷ Op. cit. considerando décimo octavo.

por obra o faena, si una vez concluida, el trabajador se mantiene laborando bajo las órdenes de la empleadora.

La primera, indica que nace un contrato nuevo, distinto e independiente del anterior, pero finito y enmarcado en el proyecto mayor. La segunda, aclara que en esa hipótesis, pierde eficacia la cláusula que limitaba la vigencia del contrato, transformándose en indefinido⁶⁸.

Sin embargo, la jurisprudencia judicial ha sido enfática en señalar que la causal de despido del numeral 5 del artículo 159 del Código del ramo, sólo resulta aplicable en el caso de servicios esencialmente transitorios y de limitada duración, de suerte que en caso de extenderse en el tiempo, es posible presumir la existencia de conversión en un contrato de duración indefinida, cuya terminación está sujeta al sistema de justificación contemplado en la ley.

Por el contrario, creemos que en caso de que el servicio tenga carácter transitorio, resulta aplicable la hipótesis de subsumir la duración del contrato en la obra mayor que desarrolle el empleador.

Con todo, ante la dicotomía de interpretaciones judiciales en torno a la extensibilidad de la relación laboral una vez concluida la obra o faena, la Dirección del Trabajo también ha establecido doctrinas evolutivas, en el siguiente orden de cosas.

Ya a partir de la década del los 90', la Dirección del Trabajo sostenía que la circunstancia de que un trabajador sea contratado para una faena determinada y al término de ésta continúe prestando servicios en una faena distinta dentro de la misma obra, no produce el efecto de transformar dicho contrato en indefinido, agregando que "(...) *el término de la obra o faena precisa para la cual fue contratado*

⁶⁸ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 4656-2014, de 29 de diciembre de 2014, considerando segundo.

*debe importar el término de la relación laboral por lo cual no resulta posible su renovación, sin perjuicio de que una vez que aquélla haya finalizado y finiquitado, el dependiente sea recontratado para una faena distinta (...)*⁶⁹.

Por otra parte, la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo ha señalado que la única situación de hecho que permitiría la existencia de un nuevo contrato por obra respecto de un trabajador previamente contratado por faena determinada, sería el caso del dependiente que, luego de finalizada la faena inicial y de otorgado el pertinente finiquito, celebra otro contrato con el mismo empleador para la ejecución de una faena diversa o en una obra distinta que pertenezca a la empresa de que se trate⁷⁰.

Todo lo anterior tiene relevancia para efectos del examen que el juez laboral haga en el procedimiento de desafuero en torno a la causal de despido invocada.

3.3.3 Causales de despido disciplinario

Finalmente, el artículo 174 autoriza la invocación de las causales del artículo 160 del Código del Trabajo, como procedentes para solicitar la autorización judicial para el despido en procedimiento de desafuero.

Cabe hacer presente que en miras a mantener el foco objeto del presente estudio, no se analizará en profundidad la sustancia de cada causal de despido disciplinario, sino que nos limitaremos a analizarlas a propósito del procedimiento de desafuero.

⁶⁹ Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 5379-321, de 5 de octubre de 1993.

⁷⁰ Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 1035, de 22 de febrero de 2018.

El numeral 1° del artículo 160 del Código del ramo dispone:

“El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:

1.- Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan:

a) Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones”.

En el marco de las relaciones laborales, la falta de probidad no se encuentra definida por la Ley, por lo que ha sido la jurisprudencia de los tribunales de justicia la que ha definido su sentido y alcance, estimándose que ella debe entenderse en su sentido natural y obvio, como “falta de rectitud, de integridad y honradez en el obrar”⁷¹.

Dada la especial naturaleza ética de las relaciones laborales, la judicatura laboral ha debido ponderar la protección relativa a la maternidad y la transgresión a la esencial confianza que preside el contrato de trabajo.

En este orden de ideas, la jurisprudencia ha venido señalando:

“Que sin perjuicio del reconocimiento constitucional y legislativo nacional como internacional del derecho a la protección de la maternidad en los términos antes referidos, cabe consignar que la facultad que el artículo 174 del Código del Trabajo proporciona al juez laboral, lo es para que

⁷¹ En este sentido, véase en Juzgado de letras del Trabajo de Talca, Sentencia ROL N° O-53-2017, de 9 de junio de 2017, considerando tercero.

*haga ejercicio de ella con ponderación de la o las causales legales que invoca para obtener el desafuero, como también las circunstancias de la contratación de la trabajadora, y bajo este respecto cabe precisar que la parte demandante imputó a la demandada causales que son de suyo graves por expresa normativa legal, siendo éstas, la falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones (...)*⁷².

De allí que el legislador laboral autorice al juez para visar la terminación de la relación laboral por atentados contra del deber de fidelidad (quedando comprendida en ella la deslealtad y el abuso de confianza), por encima de la tutela a la maternidad producida por el fuero maternal, siempre y cuando el empleador supere la carga procesal relativa a la prueba de los hechos constitutivos de la causal de despido en comento.

Enseguida, la letra b) del numeral 1 del artículo 160 se refiere a las conductas de acoso sexual, en el marco de lo prescrito por el artículo 2° del Código del Trabajo, que define el acoso sexual aquel en que una persona realiza en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenazan o perjudican su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.

Sin afanes de generalizar premisas sin acudir a un sustento estadístico o de campo, creemos que en torno al fuero maternal, es más común la interposición de la

⁷² Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, Sentencia ROL N° O-53-2017, de 9 de junio de 2017, considerando quinto.

acción de despido indirecto por acoso sexual que la acción de desafuero por la misma razón⁷³.

Cabe agregar que, en principio, ambas veredas tutelares (la del acoso sexual y la de la maternidad laboral) no son ultraactivas en la vigencia de la relación de trabajo, por lo que la salvaguarda otorgada por el Derecho del ramo, solo alcanza hasta el término de la relación laboral. Tal fue el razonamiento del Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, en procedimiento por reincorporación, desafuero laboral y reintegro de prestaciones que dedujo el empleador que había mantenido una relación amorosa con la trabajadora, sentenciando:

“De esta forma al haber concluido la relación laboral entre las partes realmente en marzo de 2016 la solicitud de reincorporar a la trabajadora de 14 de julio de 2016 resulta completamente extemporánea quedando fuera del resguardo del Derecho Laboral el estado de gravidez de la demandante”⁷⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos advertir que la tutela aplicable en el marco de los bienes jurídicos de que son titulares las mujeres trabajadoras puede tener alcances ultraactivos, en casos en que opera el autodespido de una trabajadora que goza de fuero maternal. En este sentido, los tribunales de justicia han acogido demandas que involucran la compensación pecuniaria de la trabajadora que ha ejercido el derecho conferido por el artículo 171 del Código del Trabajo y, que goza, al mismo tiempo, de fuero maternal. Creemos que lo anterior le otorga valor y tutela

⁷³ Véase en Juzgado de Letras y Garantía de Quintero, Sentencia ROL N° O-19-2018, de 31 de julio de 2018.

⁷⁴ Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, Sentencia ROL N° O-349-2016, de 6 de febrero de 2017, considerando décimo.

jurídica a aquellas circunstancias en las que las trabajadoras se ven forzadas a terminar la relación de trabajo⁷⁵.

Ahora bien, en lo que respecta a las vías de hecho, debemos puntualizar que se han entendido referidas a "agresiones físicas", a reacciones violentas y groseras; en general, ofensas físicas entendidas como un injusto ataque de una persona a otra, materialmente, al hacerla objeto de una agresión que mortifique o lesione su integridad corporal⁷⁶.

Evidentemente, la inamovilidad laboral que provee el fuero maternal ha de ceder ante las agresiones de las que la mujer que goza del citado privilegio es autora, así como ante el quiebre irremediable del clima laboral.

A continuación, la letra d) del numeral 1 del artículo 160 del Código del Trabajo contempla la causal de injurias como fundamento del término disciplinario de la relación laboral. Desde una perspectiva semántica, injuria se define como expresiones que ultrajan a otro mediante palabra que lo agravian. Por otra parte, de acuerdo a la definición del artículo 416 del Código Penal, la injuria es toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona.

En tal sentido, la Corte Suprema ha declarado que para admitir la terminación de un contrato de trabajo, por injurias, resulta esencial que las expresiones vertidas verbalmente o por escrito, lo sean en deshonra, descrédito o menosprecio del

⁷⁵Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, Sentencia ROL N° T-135-2018, de 12 de octubre de 2018.

⁷⁶ Corte de Apelaciones de Concepción, Sentencia ROL N° 514-2007, de 30 de noviembre de 2007, considerando cuarto.

empleador y exista *animus injuriandi*, agregando que lo que se trata de críticas movidas por actos políticos, no constituye una injuria⁷⁷.

Todo comportamiento injurioso debe ser imputable a la trabajadora con fuero maternal y no a un tercero. Es decir, para que el juez laboral pueda autorizar el despido por la causal en comento, es preciso que las injurias provengan de quien mantiene una relación de trabajo con el empleador y no por interpósita persona⁷⁸.

Ahora bien, continuando con el análisis del artículo 160, la trabajadora aforada puede ser despedida, previa autorización judicial, por conducta inmoral que afecte la empresa en donde se desempeña.

En este caso, los hechos de la trabajadora deben transgredir los deberes de conducta que el contrato de trabajo importe a las partes, acarreando como consecuencia el incumplimiento del contrato de trabajo y la transgresión al principio de buena fe contractual. “*Se trata de incumplimientos —los defectos de conducta— que afectan a deberes mínimos de convivencia, las que justifican la aplicación de la causal*”⁷⁹.

Al respecto debemos apuntar que la comisión por dos o más trabajadores de una conducta inmoral, aun cuando cumpla con los requisitos exigidos por los tribunales de justicia en torno a la configuración de la causal de despido de que se trata, pero que resulta únicamente en el ejercicio de la acción de desafuero contra la

⁷⁷ Juzgado de letras de Angol, Sentencia ROL N° O-7-2017, de 5 de agosto de 2016, considerando tercero.

⁷⁸ Véase en Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, Sentencia ROL N° O-7-2016, de 5 de julio de 2016, considerando décimo primero.

⁷⁹ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia ROL N° T-453-2016, de 22 de agosto de 2016, considerando segundo.

trabajadora que goza de fuero por maternidad, contraviene la *ratio legis* del artículo 174 del Código del ramo. Así se ha fallado⁸⁰.

La letra f) de la norma en comento, sanciona con el despido disciplinario las conductas de acoso laboral, definido por el artículo 2° del Código del Trabajo, como aquella conducta que constituye agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tiene como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenaza o perjudica su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.

Al igual que en la hipótesis del acoso sexual, es de mayor ocurrencia la acción de autodespido por acoso laboral de que es víctima la mujer trabajadora⁸¹.

De allí que la doctrina especializada, especialmente de Derecho comparado, ha venido acuñando la noción de *mobbing maternal* en cuya virtud las mujeres son víctimas de acoso laboral sistemático por razón del sexo indisolublemente unido a la condición de la maternidad, potencial o verificada, con consecuencias físicas y psicológicas que afectan especialmente a la mujer embarazada⁸².

El numeral 2 del artículo 160, relativo a las negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del empleador, para ser autorizada como causal de despido, en términos transversales, debe cumplir con los siguientes requisitos:

⁸⁰ Op. cit. considerando octavo.

⁸¹ En este sentido, véase en Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia ROL N° O-5914-2016, de 29 de agosto de 2017.

⁸² PEÑA GALLO, María Luisa. 2016. El *mobbing maternal*: una forma de discriminación laboral contra la mujer en Europa. El caso de las mujeres gestantes y madres en España y Reino Unido. *Trabajo de Investigación*, Institut de Drets Humans de Catalunya, p. 8. Ahondaremos sobre este punto en el acápite siguiente.

i. Que exista una prohibición expresa, en el contrato de trabajo del trabajador, respecto a ejecutar negociaciones dentro del giro del negocio del empleador;

ii. Que el trabajador efectivamente haya ejecutado negociaciones dentro del giro del negocio del empleador. Así se ha fallado⁸³.

Luego, la causal de despido contenida en el número 3 del comentado artículo 160 del Código del Trabajo, nuevamente, requiere de un examen en concreto de las circunstancias fácticas que rodean la inasistencia de la mujer aforada que provoca el procedimiento de desafuero maternal.

Así las cosas, la jurisprudencia judicial ha sentenciado que aun configurándose la causal de no concurrencia del trabajador según la hipótesis del Código del ramo, resulta necesario acreditarse otros antecedentes que justifiquen la necesidad de separar a la trabajadora sujeta a fuero, lo cual, debe relacionarse necesariamente con toda la normativa relativa a la protección de la maternidad, que en definitiva, no hace más que plasmar lo lejos que estamos de una situación de "necesidad"⁸⁴.

En cuanto al abandono del trabajo, la judicatura laboral ha precisado que su concurrencia requiere que el abandono sea intempestivo, es decir, que no se enmarque dentro de una salida autorizada por el empleador o por el propio contrato de trabajo (v.gr. horario de colación).

De igual forma parece importante hacer presente que, en atención a la especial naturaleza del estado que motiva el fuero de la mujer embarazada, los

⁸³ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia ROL N° O-5914-2016, op. cit. considerando sexto.

⁸⁴ Juzgado de Letras del Trabajo de Coyhaique, Sentencia ROL N° O-88-2018, de 22 de febrero de 2019, considerando segundo.

tribunales han venido flexibilizando cada vez más, las salidas de los trabajadores para realizarse exámenes o controles médicos⁸⁵.

Luego, el número 5 del artículo 160 se refiere a los actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos.

En este orden de ideas es necesario señalar que las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio, y el concepto temerario al tenor del Diccionario de la Real Academia Española, es algo "excesivamente imprudente arrastrando peligros". De otro lado, la imprudencia temeraria hace referencia a la falta de prudencia o a la culpa grave e inexcusable⁸⁶.

En seguida, el numeral 6 de la misma norma contempla la causal de despido disciplinario de consistente en el perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.

En torno al tema, no existen pronunciamientos judiciales que especifiquen en alguna medida el tópico del desafuero maternal, por lo que nos limitaremos a hacer referencia a la procedencia de la causal.

Finalmente, el número 7 de la norma comentada, prescribe que el contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando haya incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

⁸⁵ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 5813-2008, de 4 de noviembre de 2008, considerando segundo.

⁸⁶ Así se ha fallado. Juzgado de La Ligua, Sentencia ROL N° T-9-2015, de 31 de mayo de 2016, considerando segundo.

Al igual que en hipótesis anteriores, resulta frecuente la acción de despido indirecto ejercida por la trabajadora aforada a raíz del incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato por parte del empleador.

En el citado orden de cosas, nuestros estrados son testigos recurrentes de demandas por autodespido en razón del no pago de remuneraciones y prestaciones de carácter social por haber procedido el empleador a despedir a la mujer que goza de fuero maternal sin intentar la autorización judicial⁸⁷.

4. Mobbing maternal

“El imperio que ejercemos sobre ellas (las mujeres) es una verdadera tiranía. Ellas nos lo han permitido porque tienen más dulzura que nosotros y, por consiguiente, más humanidad y razón. Estas ventajas, que debieran darle superioridad sobre nosotros si fuésemos razonables, las hicieron perder la partida porque nosotros no lo somos”.

MONTESQUIEU

Durante la última década, la doctrina comparada, especialmente española, ha venido denunciando una nueva arista del acoso o mobbing laboral, ejercido sobre un grupo parcializado de trabajadores, esto es, las mujeres.

Dicho esto, debe agregarse que las mujeres trabajadoras son sujetos pasivos de acoso múltiple y dentro del vasto campo de causales de acoso laboral, el embarazo efectivo o eventual desempeña un rol preponderante dentro de los factores de riesgo de mobbing al interior de la empresa.

⁸⁷ En el mismo sentido, véase en Corte Suprema, Sentencia ROL N° 27.794-2014, de 1 de octubre de 2015, considerando tercero.

En el citado contexto, estudios sobre el fenómeno en comento han señalado: “(...) para la mujer, la maternidad se ha convertido en un factor de desigualdad laboral y social, y su embarazo en un factor de riesgo, frente a la violencia, el abuso o la pérdida del empleo. La última víctima es siempre el menor”⁸⁸.

Como especie dentro del género mobbing, comparte con éste las siguientes características.

En primer término, debemos decir que constituye un “(...) *proceso conformado por un conjunto de acciones u omisiones, en el ámbito de las relaciones laborales públicas y privadas, en virtud de las cuales uno o mas sujetos acosadores crean un ambiente laboral hostil e intimidatorio respecto de uno o más acosados, afectando gravemente su dignidad personal y dañando la salud del o los afectados con miras a lograr distintos fines de tipo persecutorio*”⁸⁹.

En otros términos, al igual que el acoso maternal representa una afectación de carácter psicológico que daña la dignidad personal. Sin embargo, en materia de maternidad, el acoso no busca directamente la eliminación del trabajador de su puesto o lugar de trabajo, sino que pretende hacer hostil y compleja la vida laboral de la trabajadora, de manera tal que ella misma y otras trabajadoras a su alrededor atiendan a la nota ejemplificadora del acoso, mermando su empoderamiento para hacer valer sus derechos laborales derivados de la maternidad⁹⁰.

⁸⁸ Fundación Madrina, Fundación Madrina denuncia en el Parlamento Europeo que la mujer sufre discriminación maternal. Publicación marzo de 2013 [Consulta 30-08-2019]. Disponible en: <http://www.madrina.org/madrinamail/web/noticias/0/1/11>.

⁸⁹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio y PRADO LÓPEZ, Pamela. 2011. *El mobbing o acoso moral laboral*. Santiago, Legalpublishing, p. 23.

⁹⁰ PIÑUEL, Iñaki. Mobbing maternal. El acoso psicológico [En línea] Disponible en < <http://acosopsicologico.blogspot.com/2009/09/mobbing-maternal-el-acoso-psicologico.html>> [Consulta 13-08-2019].

En tal sentido, la maternidad revela la denegación del acceso a promociones o ascensos, capacitaciones, así como, de forma positiva, activan una serie de cortapisas en el desarrollo profesional, tales como las disminuciones de remuneraciones que apuntan a “castigar” a las trabajadoras que se embarazan, en pos de ejercer presión para lograr la renuncia de éstas.

De allí que la organización española Fundación Madrina ha definido el mobbing maternal desde una perspectiva general, en los siguientes términos:

“La violencia o acoso que sufre la mujer por el hecho de ser madre, especialmente en su entorno laboral, si bien la mujer sufre violencia o efectos negativos y colaterales igualmente en el entorno personal y familiar, incluso social y administrativo”⁹¹.

Por su parte, la dogmática española ha definido el precitado fenómeno de la siguiente manera:

“El denominado ‘mobbing maternal’ constituye una discriminación directa por razón de sexo, y como tal ha de entenderse cualquier trato desfavorable en el trabajo hacia las mujeres relacionado con el embarazo y la maternidad. Es un tipo de acoso que reúne los requisitos comunes del mobbing, pero su peculiaridad radica en que su ataque se

⁹¹ Fundación Madrina, “La crisis en España sitúa a la mujer madre trabajadora al borde de la exclusión laboral y social”. MobbingMaternal.org. Sección Noticias. [Consulta 04-01-2019] Disponible en: <http://www.mobbingmaternal.org/?p=1#more->.

*dirige de forma sistemática contra mujeres embarazadas, que han sido recientemente madres, o que han manifestado su voluntad de serlo*⁹².

Por su parte, el Parlamento Europeo, a través de su Resolución de fecha 11 de septiembre de 2018, sobre las medidas para prevenir y combatir el acoso sexual y psicológico en el lugar de trabajo, en los espacios públicos y en la vida política en la Unión, expresó considerar necesario un enfoque integral de la violencia en el lugar de trabajo, que debería comprender el reconocimiento de la coexistencia del acoso psicológico, el acoso sexual y el acoso por motivos de embarazo y maternidad con diversas formas de trabajo no remunerado en las economías formal e informal.

En suma, creemos que el mobbing maternal es el acoso laboral por razón de maternidad, que sienta sus efectos en la salud física y/o psicológica de la mujer trabajadora que se encuentra en edad fértil, embarazada, en periodo de lactancia o es madre de hijos en edad pre-escolar.

Cabe señalar que el concepto de mobbing maternal, con las notas particulares que hemos esbozado en el presente acápite, salvo causas aisladas, no ha tenido recepción aún en sede jurisdiccional⁹³.

⁹² LEDESMA RUBIO, Elisa. 2017. El acoso maternal. Jupsin' Información para decidir [en línea] Disponible en: <<https://jupsin.com/en-sus-manos/acoso-maternal/>> [Consulta 13-08-2019].

⁹³ Véase en Juzgado de letras del Trabajo de Valdivia, Sentencia ROL N° O-190-2018, de 27 de diciembre de 2018 y Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, Sentencia ROL N° T-4-2017, de 28 de abril de 2017.

5. Conclusiones al capítulo

Los bienes jurídicos que están envueltos en la protección a la maternidad son de diversa índole, razón por la cual trascienden el interés meramente individual de la trabajadora. En efecto, por un lado, nos encontramos con la maternidad y el derecho a la vida del que está por nacer o recién nacido, y por otro, con la estabilidad en el empleo, es decir, la mantención de la fuente de ingresos que permitan satisfacer las necesidades asociadas a la maternidad.

Así ha sido reconocido por la Corte Suprema en sentencia de fecha 28 de noviembre de 2002, al establecer que las normas de protección a la maternidad priman por sobre cualquier otra que descuide a la mujer en estado de gravidez o puerpera, atendido que "*(...) el legislador ha tutelado especialmente la maternidad y estabilidad en el empleo a fin de que la madre disponga de una fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades y las del hijo por nacer o recién nacido*". En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de fecha 8 de marzo de 2004, señaló que nuestro legislador "*(...) ha tutelado especialmente la maternidad y la estabilidad en el empleo, a fin de que la madre disponga de una fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades y las del hijo por nacer o recién nacido*".

De lo prescrito por el artículo 174 del Código del ramo, se infiere que el legislador otorga al juez de la causa una facultad, la que debe ejercer en plenitud, sin que baste al efecto la simple comprobación mecánica de la causal invocada por el empleador, siendo imprescindible la armoniosa conjugación de todos los elementos de juicio que han sido puestos a su disposición por las partes. En un proceso de desafuero, reconociendo que la intención del legislador fue impedir la terminación de la relación laboral por causales puramente objetivas, cabe considerar otros antecedentes de hecho, sobre todo si se tiene presente los intereses, valores y objetivos que se encuentran comprometidos en las normas sobre protección a la

maternidad que difieren de los que fluyen del término de una relación laboral pura y simple.

De esta forma podemos concluir que el juez no está obligado a conceder la autorización judicial, aun acreditándose la concurrencia de alguna de las causales establecidas en el artículo 174 del Código del Trabajo, ya que debe ponderar otros elementos diversos a la simple constatación mecánica de la causal invocada, que digan relación con la efectiva protección que se debe conferir a la madre e hijo/a por nacer o recién nacido, y de esa forma posibilitar la mantención de su fuente de ingresos y la compatibilización de su inserción laboral con la maternidad. En ese mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de fecha 24 de septiembre de 2007, sostuvo dicha tesis al señalar que: *"Que el artículo 174 del Código del Trabajo otorga una facultad al juez, la que debe ejercerse con prudencia, lo que se explica por los valores y objetivos involucrados en el término de la relación laboral de la trabajadora embarazada. La ley llama al juez a no decidir mecánicamente en esta materia y le obliga a ponderar, con plena discrecionalidad, otros elementos exógenos a la causal invocada que puedan conducir a viabilizar o no el despido. En caso de juicio de desafuero el juez debe ejercer en plenitud su facultad, superando una mecánica comprobación de la causal invocada por el empleador, con la conjugación de otros elementos de juicio"*.

Finalmente, creemos que existe una íntima relación entre el fuero maternal y el mobbing maternal, toda vez que las causas de discriminación y hostigamiento al interior de la empresa, que involucra el último fenómeno referido, provienen en gran medida, de la tutela devengada por el fuero maternal, lo que trae aparejado el maltrato y presión para obtener la renuncia de la trabajadora por parte del empleador, en el entendido de que sabe aquella se encuentra premunida de un bagaje protector que le impide dar por terminada la relación laboral por el solo desprecio al ejercicio de los derechos por maternidad, entre ellos, el fuero.

CAPÍTULO TERCERO

FUERO MATERNAL DE LAS FUNCIONARIAS PÚBLICAS Y LA EVOLUCIÓN DE SU RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL

1. Ideas preliminares

Los funcionarios que forman parte de la Administración se relacionan con el Estado dentro del ámbito de la potestad administrativa del mismo. En este sentido, el profesor R. Pantoja nos ha iluminado diciendo que la potestad administrativa es un poder jurídico de que goza la Administración y que, a la vez, se concretiza en la ley⁹⁴.

A su vez, los funcionarios públicos son aquellos que ejercen la función pública, comprendida ésta como aquella función diseñada en torno a los fines de interés general de la sociedad jurídicamente constituida⁹⁵.

Por su parte, el profesor E. Silva ha señalado que la función pública es una actividad que desarrolla la dotación o elemento humano de la Administración para poner en funcionamiento el servicio público⁹⁶.

A partir de la añeja discusión relativa a la naturaleza jurídica de la relación existente entre los funcionarios públicos y el Estado, cabe señalar que tradicionalmente ha sido entendida como una de carácter estatutaria.

Lo anterior porque el funcionario público no tiene para con el Estado una vinculación contractual, sino que un lazo estatutario cuya vigencia se extiende

⁹⁴ PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2012. *Derecho Administrativo. 150 años de doctrina*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 167.

⁹⁵ MARTINS, Daniel. 1965. *Estatuto del Funcionario*. Montevideo, Editorial Montevideo, p. 23.

⁹⁶ SILVA CIMMA, Enrique. 1993. *Derecho Administrativo chileno y comparado. La función pública*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 111.

desde el correspondiente nombramiento hasta la extinción del nexo profesional, dentro del marco de un cuerpo normativo también estatutario que determina sus derechos y deberes funcionarios⁹⁷.

Así las cosas, desde una perspectiva conceptual, el vínculo estatutario puede ser definido como aquella relación regida por un Estatuto, esto es, por aquel conjunto normativo de Derecho Público, destinado a regular a una colectividad, categoría o grupo de personas, y a no a personas determinadas. De allí que el artículo 1 de la Ley N° 18.834 (en adelante “Estatuto Administrativo”), publicado en el Diario Oficial con fecha 23 de septiembre de 1989, establece:

“Las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo, con las excepciones que establece el inciso segundo del artículo 21 de la ley N° 18.575”.

En relación con lo anterior, la Contraloría General de la República ha expresado:

“Debe considerarse que la relación del Estado con sus funcionarios es de carácter legal o estatutaria y no convencional y en la que el contenido de ese vínculo jurídico es fijado por el legislador sobre la base de principios de bien común, uno de los cuales es que el interés general debe primar sobre el interés particular del empleado, de manera que la persona, al ingresar a la Administración o permanecer

⁹⁷ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. 1996. Derecho de la Función pública. Madrid, Editorial Tecnos, p. 18.

en ella, pasa a tener los derechos, los deberes y prohibiciones que el respectivo estatuto contempla”⁹⁸.

En el citado contexto, el Estatuto Administrativo responde al marco normativo por el cual se reglamentan las relaciones jurídicas de los funcionarios públicos para con el Estado y viceversa. En este punto cabe responder a la interrogante relativa a quiénes son funcionarios públicos según la norma administrativa.

El artículo 2º letra b) señala que empleado público o funcionario es la persona que desempeña un empleo público en algún servicio fiscal o semifiscal y que, por tanto, se remunera con cargo al Presupuesto General de la Nación o del respectivo servicio.

Con todo, los cargos inherentes al desarrollo de la función pública son reservados a los denominados “funcionarios de planta” y “a contrata”.

Desde una perspectiva positiva, el artículo 3º letra b) del Estatuto Administrativo prescribe: *“b) Planta de personal: Es el conjunto de cargos permanentes asignados por ley a cada institución, que se conformará de acuerdo a lo establecido en el artículo 5º”.*

Por su parte, el referido artículo 5º dispone que, para los efectos de la carrera funcionaria, cada institución sólo podrá tener las siguientes plantas de personal: de Directivos, de Profesionales, de Técnicos, de Administrativos y de Auxiliares.

A su vez, la Ley N° 21.125 de Presupuesto del Sector Público para el año 2019, define dotación de personal como aquella que tiene una relación jurídico-laboral permanente con el sector público, es decir, el personal de planta, a

⁹⁸ Contraloría General de la República, Dictamen N° 37.762, de 21 de agosto de 2007.

contrata, contratado como honorario asimilado a grado, a jornal y otro personal permanente.

De lo anterior no aparece tan clara la definición de una relación estatutaria contraria y excluyente a la vinculación laboral para efectos de determinar la naturaleza de la relación Estado-empleado público.

Del mismo modo, la letra c) del artículo 3º del Estatuto Administrativo define el empleo a contrata como aquel de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución.

Desde una perspectiva nuclear, los cargos de planta y a contrata son titulares del derecho a la carrera funcionaria y de los beneficios asociados a ella, tales como la estabilidad de la función pública.

De allí que el Tribunal Constitucional haya precisado que la carrera funcionaria es un derecho fundamental de los funcionarios públicos y que supone estabilidad en la función o empleo; la promoción, esto es, la posibilidad de ir ascendiendo grado a grado en ese *cursus honorum*⁹⁹ y que conlleva el derecho a que se respeten las reglas del ascenso; la calificación en el desempeño de sus cargos, que posibilita la promoción, la capacitación y el perfeccionamiento¹⁰⁰.

Finalmente, en lo que a trabajadores a honorarios que prestan servicios para el Estado, la doctrina y jurisprudencia tradicionales¹⁰¹ han sido enfáticos en refrendar lo dispuesto en el artículo 11, inciso 3º del Estatuto Administrativo, en orden a subrayar que aquellos no son funcionarios públicos, ergo, no le son aplicables las normas del Estatuto Administrativo. Volveremos sobre este punto más adelante cuando hagamos tratamiento del fuero maternal en el sector público.

⁹⁹ Loc. *Cursus honorum* es el nombre que recibía la carrera política o escalafón de responsabilidades públicas en la Antigua Roma.

¹⁰⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia ROL N° 239-96, de 16 de julio de 1996.

¹⁰¹ Contraloría General de la República, Dictamen N° 38.989, de 3 de octubre de 2019.

Ahora bien, cabe precisar que a nivel teórico se distinguen tres tipos de modelos estatutarios. En primer término, existe un sistema estatutario general o genérico, que resulta aplicable a todos los funcionarios públicos, con prescindencia del ámbito o rubro de los servicios públicos que presten. Luego, aparece un sistema estatutario específico para ciertas categorías de funcionarios públicos, v.gr. docentes, servidores municipales, de servicios de salud, etc. Finalmente, es posible distinguir un modelo mixto aplicable a todos los funcionarios, salvo excepciones establecidas en el mismo marco normativo estatutario.

A nivel interno es dable apreciar que se aplica el modelo mixto, en la medida en que el Estatuto Administrativo no se aplica a Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, a los Gobiernos Regionales, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley.

Sentadas las bases precedentes, es dable advertir que durante las últimas décadas (especialmente durante la última) nuestros estrados han sido testigos de un movimiento laborizador de las relaciones existentes entre los funcionarios públicos y el Estado-empleador. La precedente discusión ha cobrado fuerza a partir de la discusión sobre la aplicabilidad del procedimiento de tutela de derechos fundamentales de los funcionarios públicos, en orden a tener o no por configurada una relación laboral entre el empleado público y el Estado.

En este orden de ideas, a partir del año 2014¹⁰², la Corte Suprema sentó fuertes bases que sostenían la aplicación del precitado procedimiento tutelar respecto de los funcionarios públicos, en consideración de los siguientes argumentos:

i. Ausencia en la regulación estatutaria. El artículo 1° del Código del Trabajo, dispone que se sujetarán los funcionarios públicos a las disposiciones de

¹⁰² Corte Suprema, Sentencia ROL N° 10.972-2013, de 30 de abril de 2014.

su texto normativo, en los aspectos o materias no reguladas en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a los mismos.

Lo anterior plantea la interrogante relativa a la existencia de un procedimiento tutelar en el orden jurídico administrativo, similar en extensión y cobertura, a aquel consagrado a partir del artículo 485 del Código del Trabajo, siempre en términos de que satisfaga el estándar de protección de derechos fundamentales consagrado por este último cuerpo normativo.

Prima facie, los funcionarios públicos se encuentran sometidos a normas estatutarias y, por tanto, no son trabajadores en la voz del artículo 3° del Código del Trabajo, que dispone en su letra b), lo que sigue:

“(...) trabajador: toda persona natural que presta servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo”.

Sin embargo, creemos que son trabajadores, sui generis, en la medida en que el artículo 1° del Código del Trabajo hace extensible las normas laborales a los trabajadores del Estado en el supuesto de ausencia de regulación estatutaria que contempla la norma.

A su vez, cabe señalar que el Estatuto Administrativo, que regula el trabajo de los funcionarios públicos, no establece un procedimiento jurisdiccional especial para conocer y resolver denuncias de vulneración de derechos fundamentales que afecten a los funcionarios en el ámbito de su relación laboral con el Estado, contando solo con un procedimiento administrativo – y no jurisdiccional- establecido en el artículo 160 del Estatuto Administrativo, que tiene por objetivo reclamar de los vicios de legalidad que pudieran afectar los derechos de los funcionarios públicos. Por lo tanto, dicho procedimiento no protege a los funcionarios públicos en caso de vulneración de derechos fundamentales en el marco de su relación laboral.

En consecuencia, al no estar regulada la materia en el Estatuto Administrativo, (no en los términos tutelares del Código del Trabajo en cuanto al procedimiento de tutela de garantías fundamentales), no siendo, además contradictoria con lo establecido en el Estatuto Administrativo, dicho procedimiento es plenamente aplicable a los funcionarios públicos.

Lo anterior es coherente con lo resuelto por la Corte Suprema en fallo de 30 de Abril de 2014, Rol de ingreso N° 10.972-2013, conociendo de un recurso de unificación de jurisprudencia en el contexto de una denuncia de tutela laboral interpuesta por un funcionario a contrata en contra de CENABAST, en donde nuestro máximo tribunal expresa:

“Que, así las cosas, debe concluirse que el Juzgado de Letras del Trabajo es competente para conocer de la demanda de autos, toda vez que el artículo 420, letra a) del Código del Trabajo, lo habilita para conocer las ‘cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores, por aplicación de las normas laborales’ y la acción de tutela laboral, ejercitada por un funcionario público que denuncia una conducta de su empleador que, a su juicio, afecta sus derechos fundamentales es, precisamente y a la luz de lo preceptuado en el artículo 485 del Código del Trabajo, una de aquellas ‘cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales’, que la referida judicatura está llamada a resolver(...).”

En este orden de ideas, excluir la aplicación de las normas laborales protectoras de derechos fundamentales dada la naturaleza jurídica del vínculo laboral existente entre el Estado y el funcionario público detona en un argumento incompleto.

En efecto, la correcta interpretación del artículo 1° del Código del Trabajo, conduce a concluir que debe verificarse la compatibilidad tutelar y, para lograr

dicha empresa, necesariamente, debemos cotejar la existencia de procedimientos que salvaguarden los derechos fundamentales de los funcionarios públicos como lo hace el Código del ramo.

Tal y como adelantamos precedentemente, es cierto que existe un procedimiento de tutela que puede ser deducido en Contraloría General de la República. En este orden de ideas, y en lo que a nuestro estudio respecta, el artículo 160 del Estatuto Administrativo dispone:

“Los funcionarios tendrán derecho a reclamar ante la Contraloría General de la República, cuando se hubieren producido vicios de legalidad que afectaren los derechos que les confiere el presente Estatuto”.

Por otra parte, los funcionarios públicos tienen a su respecto “(...) *el Recurso de Protección o el Contencioso Administrativo ante la Justicia Ordinaria*”¹⁰³.

Pues bien, resulta válido advertir que el citado artículo 160 del Estatuto Administrativo concede un procedo de protección a los derechos “conferidos” por el referido cuerpo estatutario, de donde es posible afirmar que no es un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, por las siguientes razones.

Primero, se enmarca dentro de un nivel legal, en la medida que expresamente se refiere a “vicios de legalidad”, mientras que el campo de los derechos fundamentales se encuadra dentro de un contexto constitucional¹⁰⁴ (sin perjuicio de que la ley pueda establecer ciertas limitaciones al ejercicio de los

¹⁰³Corte de Apelaciones de Concepción, Sentencia ROL N° 131-11, de 22 de junio de 2011, considerando primero.

¹⁰⁴

derechos esenciales, lo cierto es que la fuente -material o formal- es la Carta Fundamental).

Segundo, sostenemos la tesis de que el procedimiento regulado en el artículo 160 del Estatuto Administrativo no es sustitutivo en el ámbito del Derecho Administrativo, del procedimiento de tutela laboral del Código del Trabajo, debido a que protege “derechos conferidos” por el citado estatuto. De perogrullo y, con prescindencia de la tesis a la que se adhiera entre las doctrinas iusnaturalistas o positivistas¹⁰⁵, los derechos fundamentales no se tendrán nunca por “conferidos” por el Estatuto Administrativo.

ii. Compatibilidad. El razonamiento de la Corte Suprema avanzó hacia la constatación de la regla de la compatibilidad a la que alude el inciso 3° del artículo 1° del Código del Trabajo.

En este orden de ideas, creemos que el Código del Trabajo apunta hacia la no contradicción regulatoria de ambas regulaciones normativas. En este entendido, cabe precisar que no existe norma alguna del Estatuto Administrativo que pueda resultar contradictoria con la protección de los derechos esenciales de los trabajadores que dispone el Código del ramo.

2. Tratamiento de los derechos laborales-maternales en el sector público

El D.F.L N° 1, del Ministerio de Salud, de 2006, establece en su artículo 153, que el derecho a licencia por enfermedad, descanso de maternidad o enfermedad grave del hijo menor de un año y el derecho a permiso postnatal parental del personal afecto a al Estatuto Administrativo se regirá por lo establecido en dicho cuerpo estatutario.

¹⁰⁵KELSEN, Hans. 2008. La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico. Revista sobre Enseñanza del Derecho (6-12): pp. 183.198. Publicado originalmente en Revista Jurídica de Buenos Aires (4) en 1961. Traducción Eugenio Bulygin.

La precitada norma agrega que estos trabajadores tendrán derecho, durante el goce de la licencia y el permiso postnatal parental, a la mantención del total de sus remuneraciones y su pago corresponderá al Servicio o Institución empleadora, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 12 de la Ley N° 18.196, que establece Normas Complementarias de Incidencia Presupuestaria y Financiera.

Sin embargo, en octubre de 2011 entra en vigencia la Ley N° 20.545, que Modifica las Normas sobre Protección a la Maternidad e incorpora el Permiso Postnatal Parental, que vino a alterar lo dispuesto por el artículo 153 del D.F.L N° 1, del Ministerio de Salud, en la medida en que el artículo 6° de la referida ley, dispone:

“Las y los funcionarios del sector público a que se refiere el inciso primero del artículo 194 del Código del Trabajo, tendrán derecho al permiso postnatal parental en los mismos términos del artículo 197 bis del referido Código.

Un reglamento dictado por el Ministerio de Hacienda, suscrito además por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, determinará la forma y el procedimiento en que la funcionaria podrá hacer uso del derecho a reincorporarse a sus funciones durante el goce de este permiso. Además, establecerá los criterios que el Servicio o Institución empleadora deberán utilizar para determinar la jornada que le corresponderá cumplir”.

A partir de lo dispuesto en la transcrita norma, se desprende la contradicción entre el derecho a una remuneración íntegra conferido por el D.F.L N° 1, del Ministerio de Salud, y el artículo 6° de la Ley N° 20.545, que sujeta a los funcionarios públicos a un tope en el subsidio, por lo cual durante el periodo

posnatal parental las trabajadoras del sector público vieron disminuidas el monto de sus prestaciones.

En tal sentido, la Circular N° 2.777, de 2011, de la Superintendencia de Seguridad Social, que imparte instrucciones para la aplicación de la Ley N° 20.545 a los organismos administradores del régimen de subsidios por incapacidad laboral¹⁰⁶ refrendó la no aplicabilidad del artículo 153 del D.F.L N° 1, al descanso postnatal parental del sector público.

De allí que los esfuerzos se hayan dirigido a obtener la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la primera parte del inciso 2° del artículo 6° ya citado, particularmente por funcionarias del Poder Judicial. En el citado contexto, en el año 2012, tres juezas dirigieron esta acción e incluso demandaron al Estado de Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰⁷, en razón de los perjuicios remuneracionales que les acarrea dicha normativa, sin que prosperara ninguno de los recursos¹⁰⁸.

Ahora bien, a través de la potestad reglamentaria de ejecución¹⁰⁹ se dictó el Decreto Supremo N° 1.433, del Ministerio de Hacienda y del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, de 12 de noviembre de 2011, denominado “Reglamento para la aplicación del permiso de postnatal parental establecido en

¹⁰⁶ “En virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 6o de la Ley N° 20.545, las y los funcionarios del sector público tendrán derecho al permiso postnatal parental y al subsidio que éste origine en los mismos términos del artículo 197 bis del Código del Trabajo. A este subsidio se le aplicarán las normas correspondientes del decreto con fuerza de ley N° 44, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Conforme a lo establecido en el inciso segundo del citado artículo 6°, a este permiso no le será aplicable lo dispuesto en el artículo 153 del decreto con fuerza de ley N°1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979, y de las leyes N°s 18.933 y 18.469. Un reglamento dictado por el Ministerio de Hacienda, suscrito además por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, determinará la forma y el procedimiento en que la funcionaria podrá hacer uso del derecho a reincorporarse a sus funciones durante el goce de este permiso”. Circular N° 2.777, de 18 de octubre de 2011, de la Superintendencia de Seguridad Social, p. 10.

¹⁰⁷ VILCHES OLMOS, Camila. 2018. “Protección a la maternidad: dos caras de una misma moneda”. *Revista de Estudios Ius Novum* (11-1): pp. 26-65.

¹⁰⁸ Tribunal Constitucional, Sentencia ROL N° 2250-2012, de 18 de junio de 2013.

¹⁰⁹ CORDERO QUINZACARA, Eduardo. 2009. “El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (32): pp. 416 y s.s.

la Ley 20.545 para el Sector Público”, que vino a materializar lo mandatado por la misma ley.

Sin perjuicio de lo anterior, en el año 2015 se suscribió Protocolo de Acuerdo por el Ministerio de Hacienda, Ministerio del Trabajo y Previsión Social y la directiva de la Agrupación Nacional de Empleados Fiscales (en adelante “ANEF”), producto del cual se dictó la Ley N° 20.891, publicada en el Diario Oficial con fecha 22 de enero de 2016, que Perfecciona el Permiso Postnatal Parental y el ejercicio del Derecho a Sala Cuna para las Funcionarias y Funcionarios Públicos que indica.

El artículo 1º de la citada Ley corrige la situación originada por la Ley N° 20.545 en torno a los funcionarios públicos, dándole la redacción actual al artículo 153 del D.F.L N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud.

La mencionada corrección repercute en un aumento de dinero para quienes gocen de permiso postnatal parental en el sector público, así como en la recuperación de un importante beneficio para esta categoría de trabajadores¹¹⁰.

Ahora bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia han estado contestes en que las normas protectoras de la maternidad contenidas en el Código del Trabajo, son de amplio alcance y resultan aplicables de forma transversal a todas las funcionarias con prescindencia del sector en que se desempeñen. En efecto, la Corte Suprema ha sentenciado:

“(…) las normas sobre protección de la maternidad son de amplio alcance, de modo que no es discutible que se aplican al servicio público en que se desempeñaba la actora, teniendo especialmente

¹¹⁰ ARELLANO ORTIZ, Pablo. 2017. “Tensiones en torno a la parentalidad en el sector público: prestaciones de postnatal parental y de sala cuna en extensión”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (24-2): p. 250.

*presente que el estatuto que rige a los funcionarios de la administración pública no se refiere a ese tema*¹¹¹.

Una conclusión contraria a la anterior sería ilegal, toda vez que el inciso 1º del artículo 194 del Código del Trabajo dispone:

*“La protección a la maternidad se regirá por las disposiciones del presente título y quedan sujetos a ellas los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades, y todos los servicios y establecimientos, cooperativas, o empresas industriales, extractivas agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado*¹¹².

De allí que la Contraloría General de la República haya puesto de relieve en su jurisprudencia administrativa que las normas sobre protección a la maternidad, son de aplicación general, por lo que ellas benefician a las servidoras de la Administración del Estado, cualquiera que sea el régimen estatutario a que se encuentren afectas y con independencia de la calidad jurídica en que desempeñen sus labores (aplica criterio contenido en dictamen N° 13.426, de 2010)¹¹³.

¹¹¹ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 12.364-2015, de 12 de mayo de 2016, considerando primero.

¹¹² Téngase presente que el artículo 194 transcrito, fue modificado por la Ley N° 20.764, publicada en el Diario Oficial con fecha 18 de julio de 2014.

¹¹³ Contraloría General de la República, Dictamen N° 9771, de 7 de febrero de 2014.

Por tanto, la tutela o protección a los derechos incoados en el seno de la maternidad son idénticos tanto en el sector público como privado, es decir, a las funcionarias públicas les asiste, entre otros, los siguientes derechos:

i. Descanso prenatal 6 semanas antes del parto.

ii. Descanso postnatal 12 semanas después del parto.

iii. Descanso postnatal parental 12 o 18 semanas (dependiendo de si la madre se queda en casa o si regresa a trabajar por media jornada) después del postnatal recién mencionado.

iv. Fuero maternal hasta un año de expirado el descanso maternal.

A su vez, las funcionarias uniformadas son objeto de una serie de exenciones en materia de guardias, comisiones de servicio, trabajos que impliquen un riesgo para la salud de la madre o su hijo en gestación, entre otros, permitiéndoles asimismo la utilización de vestuario especial durante este periodo¹¹⁴.

3. Fuero maternal de las funcionarias públicas: evolución jurisprudencial

Tal y como hemos venido anunciando, las funcionarias públicas gozan de los derechos de tutela a la maternidad reconocidos por el Código del Trabajo en el Título II, del Libro II, de entre los cuales destaca la inamovilidad laboral devengada por el fuero maternal.

¹¹⁴ HORZELLA CUTBILL, Bárbara. 2018. Normas de protección a la maternidad en las FF.AA. y en Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. Asesoría Técnica Parlamentaria [en línea] Disponible en <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26824/2/Informe_BCN_Normas_de_Proteccion_a_la_Maternidad_en_las_FFAA_y_de_Orden_y_Seguridad_Final.pdf>[consulta: 13 septiembre 2019].

Ahora bien, aun cuando la figura del fuero maternal del Código del Trabajo se ha hecho extensiva a las funcionarias públicas, su aplicación no ha estado exenta de dificultad, pues las figuras de contratación laboral que regula ese Código, amparadas por el fuero, difieren de las establecidas por el legislador para la Administración del Estado, coexistiendo las normas del citado cuerpo laboral con las del Estatuto Administrativo y, a su vez, junto a otros estatutos especiales, como lo son el municipal, docente, de salud municipal, de fuerzas armadas entre otros, todos ellos con sus propias características y modalidades de contratación, como acontece con las suplencias, las que no encuentran un símil en la regulación entregada por el Código del Trabajo.

No obstante a lo anterior, como premisa irrefutable aparece que el Estado-empleador se encuentra limitado en el ejercicio de sus facultades disciplinarias y de organización del capital humano que ejerce la función pública, por la necesidad de ejercitar la acción de desafuero respecto de la funcionaria pública que se encuentra gozando de fuero maternal. En otros términos, al igual que el empleador en el ámbito privado, el Estado debe deducir la acción de desafuero a fin de ejercer las facultades concedidas por el legislador, de entre las cuales destaca la del poder disciplinario.

Sin embargo, existen ciertas particularidades que han premunido de objeto al presente estudio, en lo que dice relación con los límites del Estado en sus vinculaciones estatutarias/laborales para con sus funcionarios.

3.1 Facultades legales de la autoridad en el término de la vinculación estatutaria versus el procedimiento de desafuero: primer estadio

Durante el estado de gravidez de las funcionarias públicas y hasta un año de expirado el descanso postnatal, éstas se encuentran premunidas del beneficio de la inamovilidad laboral, pudiendo la autoridad administrativa solo dar término a la relación laboral con autorización judicial de tribunal competente.

Sin embargo, existen situaciones especiales en que la autoridad cuenta con la facultad legal de disponer el cese de funciones. En este punto la doctrina y jurisprudencia, principalmente aquella administrativa emanada del órgano contralor, han sido equívocas y poco uniformes, en la medida en que existen argumentos que postulan la no necesidad de incoar el procedimiento de desafuero cuando existe una causal legal de cese, así como posturas que sostienen lo contrario.

Así, la Circular N° 1.819 de carabineros, expresa que “(...) *el derecho, desde el inicio de su embarazo y hasta un año después de expirado el descanso postnatal, excluido el permiso postnatal parental, al pago de sus remuneraciones y a la imposibilidad de que la Institución o quien la represente, ponga término a la relación laboral, salvo en los casos que exista una autorización judicial previa, o tenga lugar una causal legal de cese, en que no se requiera dicha autorización, de conformidad a la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República atinente a la materia (aplica Dictamen N° 35.365 del 2002)*”.

El Dictamen de Contraloría citado se refiere al caso de una funcionaria de carabineros que impetró reclamación administrativa por la separación de sus funciones en estado de gravidez, invocando la autoridad la causal de salud incompatible con el cargo.

En la especie, el órgano contralor debió pronunciarse sobre los límites del poderío de la autoridad administrativa para operar una causal legal de cese de funciones cuando la funcionaria se encuentra gozando de inamovilidad por fuero maternal. En tal sentido, Contraloría tuvo presente lo dispuesto en el artículo 115 del Estatuto del Personal de Carabineros de Chile, que previene que el retiro absoluto del personal de nombramiento institucional procederá, entre otras causales, por enfermedad incurable que le imposibilite para continuar en el servicio o por alguna de las causales de invalidez de primera, segunda o tercera clase.

Luego, la citada jurisprudencia administrativa declara:

“(...) es dable anotar que la reiterada jurisprudencia administrativa, contenida en los dictámenes N°s 16.215 y 36.047, ambos de 1995, entre otros, ha precisado, en lo que interesa, que acorde al Código del Trabajo, la mujer trabajadora durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso post natal, goza de fuero maternal, con arreglo al cual, el empleador no podrá poner término a su contrato sino con la autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en determinados casos, pero que aplicada una causal legal de expiración de servicios, la funcionaria debe dejar el empleo, sin que obste a ello la referida inamovilidad, puesto que los ceses de labores que dispone la ley operan con prescindencia de las normas de inamovilidad en el empleo contenidas en textos estatutarios o en otros preceptos legales generales o especiales, ya que esas normas de estabilidad sólo dicen relación con la eventual facultad del empleador de poner término a las funciones, pero no tienen cabida en las situaciones en que es la propia ley la que ordena el alejamiento del servidor”¹¹⁵.

La doctrina administrativa precedentemente descrita importaba que el fuero maternal de las funcionarias públicas solo era oponible respecto de las causales de cese que implicaran el ejercicio de facultades discrecionales, pero no respecto de aquellas que estuvieran ordenadas por ley.

Por tanto, los argumentos que sostenían la tesis de la preferencia de los Estatutos o reglamentos particulares que regulan las relaciones entre la autoridad administrativa y las funcionarias públicas, pueden ser reseñados de la forma que sigue.

¹¹⁵ Contraloría General de la República, Dictamen N° 35.365, de 10 de septiembre de 2002.

i) Las limitaciones a las cuales se sujeta la autoridad administrativa en el plano de la terminación de la relación estatutaria no se aplican cuando:

a) Existe una autorización legal para operar el cese de funciones de la funcionaria pública sujeta a fuero maternal.

b) Existe una causal legal de cese de funciones prevista por el legislador.

En términos generales, la jurisprudencia administrativa de Contraloría ha sido uniforme, en el sentido de aplicar las normas de fuero maternal en todas aquellas situaciones donde existe una eventual facultad de la autoridad para disponer el cese de funciones¹¹⁶, v.gr. término anticipado de contrata, renovación de contrata, renovación primer periodo de tres años de los cargos del artículo 8º del Estatuto Administrativo, cese soldado de tropa profesional antes de los cinco años, entre otros.

ii) En virtud del principio de especialidad, la normativa propia de los funcionarios públicos debe primar por sobre las normas comunes contenidas en la ley laboral.

En este orden de ideas, la doctrina especializada ha señalado que la especialidad normativa dice relación con el contenido de la norma y supone el tránsito de una regla más amplia, que afecta a todo un género, a una regla menos extensa, que afecta solamente a una especie dentro de dicho género¹¹⁷. De allí que, en virtud del principio de especialidad, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, sostenía su interpretación en que los estatutos administrativos especiales deben primar por sobre la regla general que es el Código del Trabajo.

¹¹⁶ Contraloría General de la República, Dictamen Nº 20.291, de 21 de agosto de 2018.

¹¹⁷ TARDÍO PATO, José Antonio. 2003. "El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales". *Revista de Administración Pública* (162): p. 191.

Lo anterior aparece como reflejo de lo dispuesto en el artículo 13 del Código Civil, que dispone que las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición.

Sin embargo, resulta imprescindible formular algunas precisiones al respecto.

Primero, debemos decir que ante la simultaneidad regulatoria de dos cuerpos normativos, aquel que contenga normativa especial debe primar en su aplicación. Ergo, el Decreto N° 412, del Ministerio de Defensa Nacional, de 3 de enero de 1994, en su artículo 32 quinquies N° contempla como causal de cese de funciones la de salud incompatible con el servicio¹¹⁸, vale decir, establece una causal de término de la vinculación legal que no establece el Código del Trabajo.

Lo anterior colisiona con el vacío legal establecido en la referida normativa estatutaria especial en torno a los derechos derivados de la maternidad de las funcionarias de la Institución, de donde aparece la posibilidad de aplicar supletoriamente el Código del Trabajo. Sin embargo, la jurisprudencia administrativa, como hemos venido anunciando, hacía prevalecer la voz del legislador estatutario en torno a las causales de cese de funciones de las funcionarias de Carabineros de Chile.

Con todo, este argumento, válido o no, solo resulta legalmente viable hasta enero de 2019, en la medida en que entra en vigencia la Ley N° 21.129 que modifica diversos cuerpos legales, a fin de establecer Fuero Maternal a las Funcionarias de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, en las

¹¹⁸ Téngase presente que esta causal de cese de funciones se encuentra recogida en otros cuerpos legales, v.gr. en la Ley N° 19.070 o Estatuto Administrativo (artículo 72 letra h).

condiciones que indica¹¹⁹, que, agrega una letra w) al artículo 46 del Decreto N° 412, del Ministerio de Defensa, estableciendo:

“El personal de Carabineros gozará, además del sueldo y mayores sueldos asignados a su grado, de los siguientes beneficios y derechos, en la forma que lo establezca el reglamento respectivo:

w) Fuero laboral. Al personal de Carabineros de Chile le será aplicable el derecho a fuero laboral establecido en el artículo 201 del Código del Trabajo, conforme a este estatuto. Respecto de quienes sean comprendidos en retiro por contraer enfermedad declarada incurable que los imposibilite para continuar en el servicio o enfermedad curable que los imposibilite temporalmente para el servicio, les será aplicable el referido fuero. En estos casos se procederá en la forma prevista en el artículo 68 de este estatuto”.

En términos similares el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Defensa, que establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, de 1997, en su artículo 209 inciso 2º¹²⁰, modificado por la misma ley, reconoce el derecho conferido por el artículo 201 del Código del Trabajo; el Decreto con

¹¹⁹ En las indicaciones realizadas por el Ejecutivo durante la tramitación de la precitada Ley consignó: “A nuestro juicio, con la nueva redacción se cumple el principio legal de la especialidad, según el cual los estatutos especiales priman sobre la norma general, que es el Código del Trabajo, y el principio de supletoriedad, conforme al cual lo que falte en la ley especial -los estatutos- se complementará con lo establecido en la ley general, que es el Código del Trabajo”. Biblioteca del Congreso Nacional. s/a. Historia de la Ley N° 21.129 [en línea] Disponible en <<https://www.bcn.cl/historiadela Ley/historia-de-la-ley/vista-expandida/7615/>> [consulta: 29 septiembre de 2019].

¹²⁰ Artículo 209 inciso 2º del D.F.L N° 1, del Ministerio de Defensa Nacional; Subsecretaría de Guerra, de 1997: “Al personal de las Fuerzas Armadas le será aplicable el derecho a fuero laboral establecido en el artículo 201 del Código del Trabajo, conforme a este estatuto. Respecto de quienes sean comprendidos en retiro por contraer enfermedad declarada incurable o enfermedad curable que los imposibilite temporalmente para el servicio, les será aplicable el referido fuero. En estos casos se procederá en la forma prevista en el artículo 246 de este estatuto”.

Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Defensa Nacional, de 1980, que establece el Estatuto del Personal de Policía de Investigaciones, en su artículo 85 hace un ejercicio análogo¹²¹.

En segundo término, la discusión eventualmente subsiste respecto de las funcionarias públicas que no son parte de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública. Vale decir, la interrogante sobre la supremacía de las normas protectoras de la maternidad, entre las cuales se encuentran aquellas que establecen el fuero maternal en el Código del Trabajo, particularmente ante la redacción del artículo 194 del Código del Trabajo conferida por la Ley N° 20.764 de 2014, que hace aplicable las normas de protección a la maternidad, la paternidad y la maternidad a los funcionarios de la Administración pública.

Cabe hacer presente que, tal y como veremos en el acápite siguiente, la jurisprudencia judicial se ha apartado de la línea interpretativa de la jurisprudencia administrativa en orden a admitir la existencia y procedencia de la terminación legal del fuero cuando opera una causal estatutaria de cese de funciones.

Lo anterior porque cuando dicho término opera por el solo ministerio de la ley, según la jurisprudencia de Contraloría no aplica el fuero, v.gr. cuando se aplica una medida disciplinaria de destitución, cuando la funcionaria se encuentra en Lista N° 4, de eliminación o en Lista N° 3, condicional, por dos años consecutivos, o cuando se termina el periodo en que se ejerce suplencia o vacancia.

En este sentido, Contraloría ha expresado:

“(...) cuando dicho término es dispuesto por la ley, se ha entendido que éste opera con prescindencia de las normas de inamovilidad en el

¹²¹ Artículo 85 inciso 3 del DFL N° 1, del Ministerio de Defensa Nacional, de 1980: *“En el caso de retiro del personal por padecer de una enfermedad declarada incurable que los imposibilite para continuar en el servicio o enfermedad curable que los imposibilite temporalmente para el servicio, y que se encuentre gozando del fuero laboral regulado en el artículo 114 de este estatuto, dicho retiro se hará efectivo al término del respectivo fuero”*.

*empleo contenidas en textos estatutarios u otros preceptos legales generales o especiales*¹²².

3.2 Facultades legales de la autoridad en el término de la vinculación estatutaria versus el procedimiento de desafuero: segundo estadio

Sin perjuicio de lo señalado en el acápite anterior, la jurisprudencia de nuestros tribunales re-adjudicó el alcance hermenéutico de la doctrina judicial sostenida precedentemente, otorgándole primacía a las normas tutelares de la maternidad contenidas en el Código del Trabajo.

En tal orden de ideas, la judicatura ha venido reinterpretando el principio de especialidad, invirtiendo la lectura que tradicionalmente había hecho de él. Así las cosas, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en sentencia del año 2016, sostuvo que era el artículo 194 del Código del Trabajo el que representaba el principio de especialidad respecto de la trabajadora embarazada, toda vez que las normas estatutarias generales o particulares, no regulan la precitada materia.

Así las cosas, la Corte sentenció:

“Ahora bien, como se desprende de su tenor el referido artículo 194 es una norma especial, que se aplica a una situación de hecho particular, que es el estado de embarazo de una funcionaria pública, y por tener ese carácter, prima por sobre las normas generales que se aplican a las demás funcionarias públicas que no se encuentran en dicho estado, por lo tanto, es el legislador el que ha establecido claramente reglas

¹²²Contraloría General de la República, Dictamen N° 20.291, de 21 de agosto de 2018.

*diferenciadas para situaciones fácticas que no son exactamente las mismas, con el objeto que la ley especial excluya la aplicación de la ley general, en virtud del Principio de la Especialidad*¹²³.

Lo anterior importa considerar que el artículo 1° inciso 3° del Código del Trabajo, al establecer que los trabajadores del sector público al que se refiere el inciso 2°, se sujetan a las normas contenidas en dicho cuerpo normativo, en la medida en que se trate de aspectos o materias no reguladas en sus respectivos estatutos y siempre y cuando no exista contrariedad entre ambos.

De allí las cosas, coincidimos con el pronunciamiento antes citado, toda vez que en materia de fuero maternal y su subsecuente inamovilidad no existe un vacío legal en cuya virtud deba ser aplicado el principio de subsidiariedad, habida consideración de lo dispuesto en el artículo 194 del Código del Trabajo, que hace extensibles las normas sobre protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar a los servicios de la Administración pública. Por tanto, hay una disposición legal expresa que regula los derechos de las empleadas de la Administración Pública protegidas por el fuero maternal.

Esto porque de acuerdo al test de subsidiariedad debe verificarse la existencia de una o más normas en la reglamentación estatutaria que cumpla con los mismos cánones de eficacia en la misión de salvaguardar los derechos de los funcionarios públicos¹²⁴. A contrario sensu, es el principio de especialidad el que se refiere a casos en los que hay dos o más normas que regulan los mismos aspectos o materias y determina cuál de estas ha de primar.

¹²³ Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Sentencia ROL N° 76-2016, de 6 de diciembre de 2016, considerando cuarto.

¹²⁴ La precedente interpretación ha sido aplicada por analogía en torno al concepto de subsidiariedad en el campo del Derecho Administrativo. Véase en PANTOJA BAUZÁ, Rolando. 2012. Op. cit. p. 134.

En este orden de ideas, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas expresa:

“En consecuencia, el fuero maternal de las funcionarias públicas, - de todas, sin distinción -, debe ser respetado no por aplicación supletoria del inciso tercero, del artículo 1º, del Código del Trabajo, sino por mandato de la norma especial contenida en el artículo 194”.

3.3 La especial situación de los cargos de vacancia o suplencia

Antes de principiar con el desarrollo del presente apartado, debemos prevenir que a partir del Dictamen N° 24.490 de Contraloría General de la República las contrataciones de reemplazo se asimilaron a la figura de suplencia, habida consideración de que en ambos casos se trata de una modalidad de desempeño esencialmente transitorio, que se ha efectuado con el objeto de reemplazar a un determinado servidor público, por el período que dure su ausencia¹²⁵, por lo que las precisiones desarrolladas en este acápite son aplicables a ambos institutos.

El inciso 2º del artículo 83 del Estatuto Administrativo establece que los funcionarios públicos tendrán derecho a gozar de todas las prestaciones y beneficios que contemplen los sistemas de previsión y bienestar social en conformidad a la ley y de protección a la maternidad, de acuerdo a las disposiciones del Título II, del Libro II, del Código del Trabajo.

¹²⁵ Cabe hacer presente que, dentro de los estatutos especiales existentes en la Administración del Estado, se consigna la creación expresa del contrato de reemplazo, tal es el caso de la Ley N° 19.378 -que establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal-, como también el de la Ley N° 19.070, que aprueba el Estatuto de los Profesionales de la Educación.

Sin embargo, la jurisprudencia emanada del órgano contralor administrativo ha dispuesto que resulta preciso distinguir los supuestos de cargo de planta y aquellos relativos a suplencias.

Así, en el caso de las funcionarias que han sido nombradas como titulares en un cargo de la planta de una repartición pública, se encuentran amparadas por el fuero maternal durante toda la extensión que establece el citado artículo 201.

Por el contrario, en materia de suplencias, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 4º del Estatuto Administrativo, cabe anotar que esta clase de nombramientos procede respecto de cargos que se encuentren vacantes y en aquellos que por cualquier circunstancia no sean desempeñados por el titular, durante un lapso no inferior a 15 días, ergo, se trata de designaciones transitorias, que no pueden extenderse más de seis meses, al término de los cuales debe necesariamente proveerse el cargo con un titular.

A este respecto la jurisprudencia del órgano contralor, en el Dictamen N° 19.511, de 2009, entre otros, ha manifestado que las contrataciones dispuestas para reemplazar a otros servidores solo se extienden por el período que dura la ausencia del titular, lo que significa que una vez que éste se reincorpora a sus funciones, cesa la relación laboral del reemplazante.

Luego, Contraloría ha señalado en los Dictámenes N°71.053, de 2012 y N° 47.457, de 2016, que “(...) *aun cuando las funcionarias designadas en calidad de suplentes se encuentran amparadas por el fuero maternal mientras dura la suplencia, al cumplirse el plazo al cabo del cual debía asumir el titular, terminada la causa que impedía a este ejercer sus funciones, es la propia ley la que pone término a sus servicios y, en tales circunstancias, la respectiva empleada debe dejar el cargo*”¹²⁶.

¹²⁶ Contraloría General de la República, Dictamen N° 20.921, de 21 de agosto de 2018.

Sin embargo, los citados Dictámenes de Contraloría no hay análisis alguno del artículo 194 del Código del Trabajo que señala expresamente que los servicios de la administración pública quedan sujetos a las normas de protección a la maternidad; normas que disponen que en el caso de las trabajadoras sujetas a fuero maternal, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente.

En efecto, resulta al menos alertante el hecho de que la jurisprudencia de Contraloría persista en determinar que no es necesario en estos casos someter estos casos de vacancia o suplencia respecto de funcionarias públicas con fuero maternal al conocimiento de los tribunales laborales, basada exclusivamente en la aplicación de las mismas normas generales contenidas en el Estatuto Administrativo que regulan las suplencias y las contrataciones de reemplazo de aquellas personas que no se encuentran protegidas por el fuero maternal porque no están en estado de embarazo, y que como no tienen fuero alguno que cambie sus circunstancias terminan su vínculo laboral cuando se cumple el plazo respectivo.

Lo anterior conlleva al absurdo de hacer aplicables normas generales (Estatuto Administrativo) a una situación que el legislador expresamente ha excluido de ellas, por su especialidad.

Con todo, la evolución jurisprudencial de los Dictámenes de Contraloría han llegado al estadio de reconocer la procedencia del beneficio de fuero maternal de las funcionarias que se encuentran realizando suplencia o vacancia, en los términos establecidos por el artículo 201 del Código del ramo, señalando:

“Por ende, el hecho de contratar a una trabajadora para sustituir a otra, como acontece en las contrataciones de reemplazo y eventualmente en las suplencias, no obsta a su derecho de hacer valer el fuero maternal, en cuyo caso, será únicamente el juez el facultado para determinar si autoriza a finalizar dicho vínculo por el hecho que una ley haya

*dispuesto un plazo o una condición para concluir tal relación laboral, a través del procedimiento de desafuero, atendido a que se trata un vínculo laboral sujeto a una modalidad, tal como acontece con la causal N° 4 del artículo 159 del Código del Trabajo, o también porque concluyó el trabajo o servicio que dio origen al trabajo, circunstancia que recoge la causal N° 5 de este último precepto legal*¹²⁷.

4. Fuero maternal y los trabajadores a honorarios del Estado

El contrato a honorarios a que se refiere el artículo 11 del Estatuto Administrativo, es aquel que dispone que podrá contratarse, sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución, mediante resolución de la autoridad correspondiente. Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera. Además, se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales del cual se colige que la contratación de profesionales o expertos en determinadas materias en esta modalidad es para realizar labores accidentales¹²⁸.

Respecto de la aplicabilidad de las normas tutelares de la maternidad, ergo, del fuero maternal en torno a los trabajadores a honorarios del Estado, la doctrina administrativa tradicional e inamovible de Contraloría General de la República, estaba por excluir su aplicación, en razón de que estas empleadas, no poseen la calidad de funcionarias y de que tienen como única norma reguladora de sus relaciones para con la Administración el instrumento contractual que las

¹²⁷ *Ibídem*.

¹²⁸ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 4822-2012, de 8 de octubre de 2012, considerando octavo.

vincula, sin que obste al término de la contratación que la afectada se encuentre haciendo uso de licencia médica (Dictámenes N° 42.858, de 2009, N° 3.302 y N° 34.857, ambos de 2010, entre otros).

En efecto, la línea jurisprudencial antes reseñada puede ser sintetizada a través del siguiente extracto de Dictamen:

“Al respecto, cabe indicar que la jurisprudencia administrativa de esta Contraloría General, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s 6.126, de 2001 y 1.792, de 2010, ha determinado que los contratados a honorarios, no invisten la calidad de funcionarios públicos, careciendo de los derechos de que gozan dichos empleados, como son el fuero maternal y las normas de protección a la maternidad establecidas en el Código del Trabajo, a menos que tales beneficios se hayan estipulado expresamente en el respectivo convenio, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 11, inciso tercero, de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, en virtud del cual las personas contratadas a honorarios, se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones contenidas en el mencionado texto legal¹²⁹.

Sin embargo, recientemente esta doctrina tipo mutó y abrió el paso a la aplicabilidad del beneficio del fuero maternal a los empleados a honorarios del Estado, mediante una vuelta en 180 grados del criterio rector en esta materia, a través del Dictamen N° 14.498 de 30 de mayo de 2019, en el que expresa los siguientes argumentos.

Primero. La doctrina tradicional de dicha entidad de control administrativo, era que a las funcionarias contratadas a honorarios no se les aplicaban las

¹²⁹ Contraloría General de la República, Dictamen N° 22.970, de 20 de abril de 2010.

disposiciones del Estatuto Administrativo, puesto que esas servidoras no tienen la calidad de funcionarias públicas, careciendo de estabilidad en el empleo y de fuero maternal, lo que le llevaba a concluir que tampoco se veían beneficiadas por las normas de protección a la maternidad consagradas en el Código del Trabajo, pues estas solo son aplicables a los empleados de planta o a contrata y, excepcionalmente, a los contratados a honorarios, cuando ello se ha estipulado expresamente en el respectivo convenio.

Segundo. Dicha doctrina se mantuvo por más de 50 años, por lo que entiende el órgano contralor que resulta necesario realizar una “revisión” de los precitados dogmas, acorde a la interpretación realizada por los tribunales de justicia en orden a dar prevalencia a las normas de protección a la maternidad.

Tercero. Es el propio legislador quien ha reconocido la necesidad de reevaluar la situación jurídica de los trabajadores a honorarios del Estado, a través de diversas iniciativas legales (Ley N° 20.255, N° 20.984 y, recientemente Ley N° 21.133).

Cuarto. El fuero maternal constituye un resguardo del que goza la madre trabajadora para mantener su fuente laboral y asegurarle un medio de subsistencia económica para el debido cuidado tanto de ella como de su hijo y, asimismo, para permanecer adscrita al sistema de seguridad social antes aludido.

Quinto. En términos prácticos las trabajadoras a honorarios del Estado cumplen funciones asimilables a las de una funcionaria pública, pero que por un hecho no imputable a ellas, como lo es la rigidez de la normativa de la Administración, que restringe la cantidad de cargos con el que cuenta el servicio contratante para desarrollar sus funciones usuales, han sido contratadas bajo una figura excepcional y transitoria, como lo es la prestación de servicios sobre la base de honorarios. Sin embargo, dicha circunstancia o categorización legal, no puede ser obstáculo para dar cumplimiento a las garantías y principios protectores reconocidos universalmente, como acontece con la protección a la maternidad,

dentro de los cuales se contempla el derecho al fuero maternal, por lo que resulta necesario hacer extensibles las normas del Código del Trabajo que protegen la maternidad, ergo, el fuero maternal, a dichas trabajadoras.

Sexto. El citado Dictamen finaliza sosteniendo que en cuanto a la pertinencia de recurrir al procedimiento de desafuero, al incurrir en alguna causal que lo haga procedente, deberá estarse a lo dispuesto en el Dictamen N° 20.921, de 2018, en el entendido que, para estos efectos, dichos contratos se asimilan a uno de plazo fijo.

5. Conclusiones al capítulo

El legislador ha fundado la especialidad de las normas de protección a la maternidad, concordándolas con el reconocimiento de los derechos fundamentales contenido en el ordenamiento jurídico, de manera que toda medida que adopten las instituciones públicas o privadas deben atender en forma primordial al “interés superior del niño”, según dispone el artículo 1° N°1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, suscrita y ratificada por el Estado de Chile.

En efecto, si bien existen diferencias entre la regulación del Código del Trabajo con la estructura estatutaria que rige a la Administración del Estado, ello no puede ser obstáculo para dar aplicación a las garantías y principios protectores reconocidos universalmente en dicho código laboral a todas las trabajadoras del país, como lo es el fuero maternal, beneficio que se extendió a las funcionarias públicas por expresa disposición del artículo 194 de la ley laboral.

El fuero maternal constituye una protección a la maternidad que goza toda madre trabajadora por un cierto espacio de tiempo, y que consiste en la imposibilidad de poner término a su vínculo laboral sin una autorización judicial

previa, cualquiera sea la modalidad bajo la cual se estructura dicha relación laboral.

Al haberse extendido expresamente dicha protección a las funcionarias públicas, sin hacerse ninguna distinción, no cabe sino entender que esta se mantiene, aún en los siguientes supuestos:

i. No obstante que la ley haya establecido en ciertos casos un plazo para finalizar el vínculo laboral, aplicándose, de este modo, la normativa del sector privado, dándose, por tanto, plena aplicación al principio de igualdad ante la ley.

ii. No obstante detentar la calidad jurídica de trabajadoras a honorarios, habida consideración de que desarrollan funciones habituales, por lo que esos derechos se entenderán implícitamente incorporados a sus contratos, como elementos de la naturaleza de los mismos.

CONCLUSIONES

La evolución de las normas protectoras del trabajo femenino ha sido paulatina y no ha avanzado a pasos agigantados durante el último siglo. Esto, a pesar de que a fines del siglo XIX y durante el siglo XX es posible apreciar eventos sociopolíticos de los cuales el mundo fue testigo y en cuya virtud las mujeres irrumpen en la vida pública, tanto a nivel internacional (v.gr. guerras mundiales¹³⁰), como dentro del marco interno (aumento alfabetización femenina desde un 29,3% en el año 1885, a un 49,5% en 1920¹³¹). Hitos legislativos como el derecho a estudiar en la universidad (1877)¹³², el derecho a sala cuna (1917)¹³³, y el derecho a voto (1934), fueron pavimentando el camino a este nuevo espacio, más allá de lo doméstico.

De allí la trascendencia de la consagración de las normas protectoras de los derechos laborales de las mujeres trabajadoras, tanto en su calidad de seres humanos, iguales en dignidad y derechos respecto de aquellos titulares de la fuerza laboral masculina (tal y como se desprende de lo establecido en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental), así como en lo que respecta al reconocimiento de los derechos derivados de la maternidad, en especial reconocimiento al rol de la mujer dentro de la sociedad.

Consecuencialmente, la tutela normativa contenida en los modelos estatutarios y en el Código del Trabajo, necesariamente se alzan como un valioso

¹³⁰ MARTÍN LÓPEZ, Carolina. 2000. La mujer en el mercado de trabajo. Comunicaciones XIX Reunión ASEPELT, Anales de Economía Aplicada, 22 y 23 de junio, p. 2.

¹³¹ Cifras Instituto Nacional de Estadísticas, 2012.

¹³² SÁNCHEZ MARTÍQUEZ, Karin. 2006. El ingreso de la mujer chilena a la universidad y los cambios en la costumbre por medio de la Ley 1872-1877. Revista Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile (39-2): pp. 497-529.

¹³³ THAYER ARTEAGA, William. 1994. "Salas cunas y el derecho del niño a la leche materna". *Revista Chilena de Derecho* (21-2): pp. 351-357.

plexo protector de esenciales bienes jurídicos de las mujeres trabajadoras, como es la inamovilidad laboral a causa de la maternidad.

La presente investigación destaca el fuero maternal como la más axiomática de las protecciones proporcionadas por el ordenamiento jurídico laboral hacia la maternidad y, esencialmente, hacia la fuente de empleo mientras la mujer se encuentra en un natural estado de vulnerabilidad.

En tal sentido, decíamos que el derecho remuneracional que le asiste a la mujer trabajadora durante el periodo de fuero maternal, emerge del reconocimiento legislativo acerca de la necesidad de la trabajadora de mantener su empleo antes y después del alumbramiento dentro de los límites temporales establecidos por la ley. Todo lo anterior se enmarca dentro del objeto de aseguramiento de la compensación en dinero el período de estabilidad laboral en beneficio de la trabajadora garantizado por la ley y al que no accederá por razones que no le son atribuibles¹³⁴.

El primer capítulo del presente trabajo, dio cuenta de la salvaguarda de la maternidad dentro del contexto de estabilidad laboral, bajo el mantra de prohibición de despido sin autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en determinados casos que señala la ley (artículos 174 y 201 del Código del Trabajo), so pena de nulidad, en la medida en que el despido opere sin la referida autorización legal, como un acto que carece de toda validez (llegando algunos a inclinarse por la teoría de la inexistencia¹³⁵), por lo que el empleador debe reincorporar a la trabajadora que ha sido despedida en contravención a la ley, pagándole las remuneraciones y demás beneficios legales por todo el tiempo por el cual se extiende su separación, sin perjuicio de que, en caso de no ser posible su reincorporación, el empleador se sujete, de igual forma, al pago de las remuneraciones que correspondan, hasta la terminación del período de fuero maternal.

¹³⁴ Corte Suprema, Sentencia ROL N° 55.306-2016, de 2 de marzo de 2017, considerando tercero.

¹³⁵ Véase en la p. 18 del presente Capítulo.

Lo anterior por imposición de una sanción derivada de la normativa común, esto es, por la vulneración de una norma prohibitiva y cuyo efecto natural es la reincorporación de la trabajadora a sus labores, con el pago de las remuneraciones devengadas durante el período de la separación.

Luego, el capítulo segundo se abocó al examen de la configuración del fuero maternal, como límite al poder empresarial, especialmente del poder disciplinario que la normativa laboral pone a su disposición, en pos de la dirección y organización de su establecimiento laboral. En ese sentido, revisamos el procedimiento de desafuero, así como los requisitos del éxito de la acción del mismo carácter.

Gracias al citado examen, expusimos el carácter multifocal de los bienes jurídicos envueltos en la protección de la maternidad. Así, por un lado, tenemos aquellos bienes esencialmente sujetos a la maternidad y al derecho a la vida del que está por nacer, por el otro, aparecen los derechos de la trabajadora, a la estabilidad en el empleo, v.gr. a mantener la fuente de ingresos que permitan satisfacer las necesidades asociadas a la maternidad.

Ahora bien, en lo que respecta al procedimiento de desafuero, revisamos jurisprudencia contingente a la facultad discrecional del juez de la causa de conceder el desafuero maternal, en la medida en que no satisface los alcances del artículo 174 del Código del Trabajo, la mera comprobación mecánica de la causal invocada por el empleador, siendo imprescindible la armoniosa conjugación de todos los elementos de juicio que han sido puestos a su disposición por las partes. En un proceso de desafuero, reconociendo que la intención del legislador fue impedir la terminación de la relación laboral por causales puramente objetivas, cabe considerar otros antecedentes de hecho, sobre todo si se tiene presente los intereses, valores y objetivos que se encuentran comprometidos en las normas sobre protección a la maternidad que difieren de los que fluyen del término de una relación laboral pura y simple. Así se ha fallado.

En el mismo capítulo revisamos los alcances del fenómeno incipientemente reconocido por la doctrina extranjera, en orden a reconocer la estrecha relación existente entre el fuero maternal y el mobbing maternal, toda vez que las causas de discriminación y hostigamiento al interior de la empresa, que involucra el último fenómeno referido, provienen en gran medida, de la tutela devengada por el fuero maternal, lo que trae aparejado el maltrato y presión para obtener la renuncia de la trabajadora por parte del empleador, en el entendido de que sabe aquella se encuentra premunida de un bagaje protector que le impide dar por terminada la relación laboral por el solo desprecio al ejercicio de los derechos por maternidad, entre ellos, el fuero.

El legislador ha fundado la especialidad de las normas de protección a la maternidad, concordándolas con el reconocimiento de los derechos fundamentales contenido en el ordenamiento jurídico, de manera que toda medida que adopten las instituciones públicas o privadas deben atender en forma primordial al “interés superior del niño”, según dispone el artículo 1° N°1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, suscrita y ratificada por el Estado de Chile.

Ahora bien, a partir del capítulo tercero desarrollamos las bases de la evolución jurisprudencial en torno al tratamiento del fuero maternal de las funcionarias públicas alrededor de la obligatoriedad para el Estado de proceder a través del procedimiento de desafuero respecto de sus funcionarias públicas, cuando existe una causal reglamentaria o estatutaria que autoriza el despido de aquellas.

Así las cosas, si bien existen diferencias entre la regulación del Código del Trabajo con la estructura estatutaria que rige a la Administración del Estado, ello no puede ser obstáculo para dar aplicación a las garantías y principios protectores reconocidos universalmente en dicho código laboral a todas las trabajadoras del país, como lo es el fuero maternal, beneficio que se extendió a las funcionarias públicas por expresa disposición del artículo 194 del Código del Trabajo.

Al haberse extendido expresamente dicha protección a las funcionarias públicas, sin hacerse ninguna distinción, no cabe sino entender que esta se mantiene, aún en los siguientes supuestos:

i. No obstante que la ley haya establecido en ciertos casos un plazo para finalizar el vínculo laboral, aplicándose, de este modo, la normativa del sector privado, dándose, por tanto, plena aplicación al principio de igualdad ante la ley.

ii. No obstante detentar la calidad jurídica de trabajadoras a honorarios, habida consideración de que desarrollan funciones habituales, por lo que esos derechos se entenderán implícitamente incorporados a sus contratos, como elementos de la naturaleza de los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA BENÍTEZ, D. (2018). "El proceso de formulación de la Ley de la Caja del Seguro Obrero Obligatorio de 1924". *Revista Notas Históricas y Geográficas* (21): 89-121.
- ARELLANO ORTIZ, P. (2017). "Tensiones en torno a la parentalidad en el sector público: prestaciones de postnatal parental y de sala cuna en extensión". *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (24-2): 241-264.
- Biblioteca del Congreso Nacional. s/a. Historia de la Ley N° 21.129 [en línea] Disponible en <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/7615/>> [consulta: 29 septiembre de 2019].
- CAAMAÑO ROJO, E. (2010). Mujer y trabajo: Origen y ocaso del modelo del padre proveedor y la madre cuidadora. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (34), 179-209.
- CAAMAÑO ROJO, E. (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* (33): 175-214.
- Cámara de Diputados, Legislatura Extraordinaria, Sesión 54, 29 de diciembre de 1916, 1916-1917.
- CASAS BECERRA, L. y RIVERA VALENZUELA, E. (2012). "Protección a la maternidad: una historia de tensiones entre los derechos de infancia y los derechos de las trabajadoras". *Revista de Derecho (Valdivia)* 25(1): 77-101.
- CORDERO QUINZACARA, E. (2009). "El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (32): 409-440.
- Corte Suprema. (2000). "26 de julio de 2000. Jara Escobar, Elizabeth y otra (casación en el fondo)". *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales* (2): 136-141.
- DÍAZ GARCÍA, I. y GUTIÉRREZ SEPÚLVEDA, G. (2017). *El fuero laboral en Chile*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Edición Tricentenario.
- Dirección de Estudios de la Corte Suprema. (2015). Sistematización de la doctrina establecida por la Corte Suprema en materia laboral a través de los

recursos de unificación de jurisprudencia. Informe N° 136 de metas de gestión análisis de tendencia jurisprudencial.

Fundación Madrina, Fundación Madrina denuncia en el Parlamento Europeo que la mujer sufre discriminación maternal [en línea] Disponible en: <http://www.madrina.org/madrinamail/web/noticias/0/1/11> [Consulta 30-08-2019].

Fundación Madrina, "La crisis en España sitúa a la mujer madre trabajadora al borde de la exclusión laboral y social". MobbingMaternal.org. Sección Noticias [en línea] Disponible en: <http://www.mobbingmaternal.org/?p=1#more-> [Consulta 04-01-2019].

GAMONAL CONTRERAS, S. y PRADO LÓPEZ, P. (2011). *El mobbing o acoso moral laboral*. Santiago, Legalpublishing.

HENRÍQUEZ, H. y RIQUELME, V. (1996). "Trabajo y maternidad: los pasos pendientes". Temas Laborales (3), *Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo*: 1-5.

HORZELLA CUTBILL, B. (2018). Normas de protección a la maternidad en las FF.AA. y en Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. Asesoría Técnica Parlamentaria [en línea] Disponible en < https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26824/2/Informe_BCN_Normas_de_Proteccion_a_la_Maternidad_en_las_FFAA_y_de_Orden_y_Seguridad_Final.pdf> [consulta: 13 septiembre 2019].

HUMERES NOGUER, H. (2009). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

KELSEN, H. (2008). "La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico". *Revista sobre Enseñanza del Derecho* (6-12): pp. 183.198. Publicado originalmente en *Revista Jurídica de Buenos Aires* (4) en 1961. Traducción Eugenio Bulygin.

LANATA FUENZALIDA, G. (2010). *Contrato individual del Trabajo*. Cuarta Edición. Santiago, Editorial AbeledoPerrot.

LEDESMA RUBIO, E. (2017). El acoso maternal. Jupsin' Información para decidir [en línea] Disponible en: < <https://jupsin.com/en-sus-manos/acoso-maternal/>> [Consulta 13-08-2019].

LIZAMA, L. (2003). *Derecho del Trabajo*. Santiago, Editorial LexisNexis.

MACHIAVELLO CONTRERAS, G. (1986). *Derecho del Trabajo*. Santiago, Fondo de Cultura Económica.

- Manual Ejecutivo Laboral. (2015). *De la terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo*. Santiago, Editorial Edig.
- MARTÍN LÓPEZ, C. (2000). "La mujer en el mercado de trabajo". Comunicaciones XIX Reunión ASEPELT, *Anales de Economía Aplicada*, 22 y 23 de junio.
- MARTINS, D. (1965). *Estatuto del Funcionario*. Montevideo, Editorial Montevideo.
- OIT. (2016). *Las mujeres en el trabajo. Tendencias de 2016*. Ginebra, Ediciones PRODOC OIT.
- PANTOJA BAUZÁ, R. (2012). *Derecho Administrativo. 150 años de doctrina*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- PEÑA GALLO, M. L. (2016). "El mobbing maternal: una forma de discriminación laboral contra la mujer en Europa. El caso de las mujeres gestantes y madres en España y Reino Unido". Trabajo de Investigación, *Institut de Drets Humans de Catalunya*: 1-29.
- PIÑUEL, I. Mobbing maternal. El acoso psicológico [En línea] Disponible en <[http:// acosopsicologico.blogspot.com/2009/09/mobbing-maternal-el-acoso-psicologico.html](http://acosopsicologico.blogspot.com/2009/09/mobbing-maternal-el-acoso-psicologico.html)> [Consulta 13-08-2019].
- SÁNCHEZ MARTÍQUEZ, K. (2006). "El ingreso de la mujer chilena a la universidad y los cambios en la costumbre por medio de la Ley 1872-1877". *Revista Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile* (39-2): 497-529.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1996). *Derecho de la Función pública*. Madrid, Editorial Tecnos.
- SILVA CIMMA, E. (1993). *Derecho Administrativo chileno y comparado. La función pública*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- TARDÍO PATO, J. A. (2003). "El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales". *Revista de Administración Pública* (162):
- THAYER ARTEAGA, W. y NOVOA FUENZALIDA, P. (2009). *Manual de Derecho del Trabajo*. Tomo IV. Derecho individual de Trabajo (Continuación) y Derecho Procesal del Trabajo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- THAYER ARTEAGA, W. (1994). "Salas cunas y el derecho del niño a la leche materna". *Revista Chilena de Derecho* (21-2):351-357.
- VILCHES OLMOS, C. (2018). "Protección a la maternidad: dos caras de una misma moneda". *Revista de Estudios Ius Novum* (11-1): 26-65.

VIVANCO CISTERNAS, M. (2004). *El despido laboral*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

YÁÑEZ, J. C. (2008). *La intervención social en Chile, 1807-1932*. Santiago, Ril Editores.

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia ROL N° O-6495-2018, de 17 de junio de 2019.

Juzgado de Letras del Trabajo de Coyhaique, Sentencia ROL N° O-88-2018, de 22 de febrero de 2019.

Juzgado de letras del Trabajo de Valdivia, Sentencia ROL N° O-190-2018, de 27 de diciembre de 2018.

Corte de Apelaciones de Arica, Sentencia ROL N° 113-2018, de 18 de diciembre de 2018.

Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, Sentencia ROL N° S-9-2018, de 9 de noviembre de 2018.

Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto, Sentencia T-72-2017, de 17 de octubre de 2018.

Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, Sentencia ROL N° T-135-2018, de 12 de octubre de 2018.

Juzgado de Letras y Garantía de Quintero, Sentencia ROL N° O-19-2018, de 31 de julio de 2018.

Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia ROL N° O-5914-2016, de 29 de agosto de 2017.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 18.947-2018, de 18 de julio de 2017.

Juzgado de letras del Trabajo de Talca, Sentencia ROL N° O-53-2017, de 9 de junio de 2017.

Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, Sentencia ROL N° T-4-2017, de 28 de abril de 2017.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 55.306-2016, de 2 de marzo de 2017.

Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, Sentencia ROL N° O-349-2016, de 6 de febrero de 2017.

Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Sentencia ROL N° 76-2016, de 6 de diciembre de 2016.

Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia ROL N° T-453-2016, de 22 de agosto de 2016.

Juzgado de letras de Angol, Sentencia ROL N° O-7-2017, de 5 de agosto de 2016.

Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto, Sentencia ROL N° O-61-2016, de 22 de julio de 2016.

Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, Sentencia ROL N° O-7-2016, de 5 de julio de 2016.

Juzgado de Letras del Trabajo de Osorno, Sentencia ROL N° O-60-2016, de 3 de junio de 2016.

Juzgado de La Ligua, Sentencia ROL N° T-9-2015, de 31 de mayo de 2016.

Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, Sentencia ROL N° O-59-2016, de 23 de mayo de 2016.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 12.364-2015, de 12 de mayo de 2016.

Tribunal Constitucional, Sentencia ROL N° 2796-2015, de 24 de diciembre de 2015.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 27.794-2014, de 1 de octubre de 2015.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 24.386-2014 de 10 de julio de 2015.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 4656-2014, de 29 de diciembre de 2014.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 5320-2014, de 2 de diciembre de 2014.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 10.972-2013, de 30 de abril de 2014.

Tribunal Constitucional, Sentencia ROL N° 2250-2012, de 18 de junio de 2013.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 4822-2012, de 8 de octubre de 2012.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Sentencia ROL N° 400-2011, de 19 de enero de 2012.

Corte de Apelaciones de Concepción, Sentencia ROL N° 131-11, de 22 de junio de 2011.

Corte Suprema, Sentencia ROL N°6070-2009, de 11 de noviembre de 2009.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 7702-2008 de 15 de enero de 2009.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 5813-2008, de 4 de noviembre de 2008.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 1497-2007, de 13 de diciembre de 2007.

Corte de Apelaciones de Concepción, Sentencia ROL N° 514-2007, de 30 de noviembre de 2007.

Corte Suprema, Sentencia ROL N° 927-2001, de 12 de julio de 2001.

Tribunal Constitucional, Sentencia ROL N° 239-96, de 16 de julio de 1996.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Contraloría General de la República, Dictamen N° 38.989, de 3 de octubre de 2019.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 13.523, de 20 de mayo de 2019.

Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 4956, de 27 de septiembre de 2018.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 20.291, de 21 de agosto de 2018.

Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 1035, de 22 de febrero de 2018.

Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 6287, de 28 de diciembre de 2017.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 18.663, de 10 de julio de 2017.

Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 2239, de 24 de mayo de 2017.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 9771, de 7 de febrero de 2014.

Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 4041, de 16 de octubre de 2014.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 22.970, de 20 de abril de 2010.

Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 2210/035 de 10 de junio de 2009.

Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 3014/58, de 17 de julio de 2008.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 37.762, de 21 de agosto de 2007.

Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 3859/138, de 16 de septiembre de 2003.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 35.365, de 10 de septiembre de 2002.

Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 795/63, de 1 de marzo de 2000.

Dirección del Trabajo, en Dictamen ORD. N°5613/343, de 16 de noviembre de 1999.

Contraloría General de la República, Dictamen ORD. N° 40.128, de 2 de noviembre de 1998.

Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 2133/143, de 14 de mayo de 1998.

Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 2027/132, de 7 de mayo de 1998.

Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 3149/126, de 31 de mayo de 1996.

Dirección del Trabajo, Dictamen ORD. N° 5379-321, de 5 de octubre de 1993.