

**UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE**

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Derecho



## **El fuero maternal como régimen jurídico especial**

**Profesor Patrocinante:**

**SR. VICTOR RICARDO JURI SABAG**

**Autores:**

**MARCELO OSVALDO LEIVA VENEGAS**

**EXER ALEJANDRO QUILODRAN ZAMORA**

Valdivia Chile 2002

Valdivia, 27 de Agosto de 2002

**Sr. Juan Ornar Cofre L.**  
**Director Instituto de Ciencias Jurídicas**  
**Presente**

**De mi consideración,**

Tengo el agrado de informar respecto de la memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, efectuada por los alumnos Marcelo Leiva Venegas y Exer Alejandro Quilodran Zamora, titulada: "EL FUERO MATERNAL COMO RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL2.

Los memorista efectuaron un análisis general del fuero maternal respecto al: concepto, características, evolución, objeto, principios y normas que informan la institución.

Los investigadores además dedicaron todo un capítulo a la legislación comparada en la materia.

Los memoristas también analizaron una serie de problemas prácticos a que ha dado a lugar el fuero maternal, a los cuales la jurisprudencia ha dado solución.

En las conclusiones, los investigadores se refieren a la necesidad de actualizar nuestra legislación en el tema, la necesidad de un procedimiento de desafuero más justo, protector y eficaz y a la ampliación del periodo post-natal, materia muy discutida en la actualidad con motivo de un proyecto de ley que precisamente establece una ampliación del periodo de descanso post-natal lo cual favorece la crianza del hijo.

En definitiva, la memoria constituye una interesante referencia sobre el tema del fuero maternal. La bibliografía y redacción son adecuadas. En consecuencia el trabajo se califica con nota 6,0 (seis coma cero).

Atentamente.



**VÍCTOR RICARDO JURI SABAG**  
**PROFESOR DERECHO DEL TRABAJO**

Indice:	Página
Introducción	1
Capítulo I:	
El Fuero Maternal	2
1.- El Fuero Maternal dentro del derecho laboral chileno	3
1.1.- Concepto	5
1.2.- Características	6
1.2.1.- En constante evolución	6
1.2.2.- Otorga protección integral a la maternidad	6
1.2.3.- Protege la estabilidad laboral y la maternidad	6
1.2.4.- Forma parte de la seguridad social	6
1.2.5.- Opera con los plazos del fuero sindical	7
1.2.6.- Procede por las causales de los N° 4 y 5 del artículo 159 y todas las del 160 del Código del Trabajo	7
1.3.- Evolución de la institución	7
1.4.- Objeto del fuero maternal	12

2.- Principios generales y normas del derecho que informan la institución del fuero maternal	14
2.1.- Estado de la situación	14
2.2.- Principios del derecho del trabajo	16
2.2.1.- Pro operario	17
2.2.2.- Irrenunciabilidad de los derechos laborales	18
2.2.3.- Continuidad de la relación laboral	19
2.3.- Normas de derecho que informan la institución	20
- normas constitucionales	20
- convenios internacionales	21
- normas del Código del Trabajo	24
2.4.- Fuero maternal para trabajadoras de casa particular	30
3.- Procedimiento de desafuero maternal	39
4.- Legislación comparada en materia de fuero maternal	41
Análisis a las normas de protección a la Maternidad en los países del Mercosur y otros	44
4.1.- Licencia de maternidad	44
4.2.- Prestaciones económicas y sanitarias	47

4.3.- Lactancia	48
4.4.- Conservación del puesto de trabajo	48
4.5.- Otras cuestiones relativas a la maternidad	49
4.5.1.- Condiciones de trabajo durante el embarazo o luego del descanso post parto. Traslado de función	50
4.5.2.- Notificación del estado de embarazo	50
4.5.3.- Licencia por enfermedad de hijo menor o a cargo	51
4.5.4.- Licencia de paternidad	52
4.5.5.- Guarderías o jardines infantiles	52
4.5.6.- Despido por causa de matrimonio	53
Capítulo II:	
Problemas prácticos en el desarrollo de ésta institución y las soluciones que ha adoptado la Jurisprudencia de nuestros tribunales	55
- Autonomía de la voluntad	55
- Alcance de la protección y efectos del derecho de la trabajadora aforada	58
- Atribuciones de la Dirección del Trabajo en materia de fuero maternal	61
- Contrato de trabajo a plazo fijo	63
- Vigencia del fuero maternal en el contrato por obra	

o faena determinada	65
- Causales de término de contrato de trabajo	68
- Plazos del fuero y reincorporación a las labores	71
- Procedencia, oportunidad e incompatibilidad de las indemnizaciones que correspondan en razón de fuero	74
- Fuero maternal y entes estatales, trabajadores del sector público	75
- Ignorancia del estado de embarazo, falta de prueba y nuevo embarazo	80
- Fuero maternal de trabajadoras de empresas declaradas en quiebra	84
Capítulo III:	
Efectos de la institución en el ámbito social y económico	87
Capítulo IV:	
Conclusiones	93
1.- El fuero maternal es la única y más eficiente herramienta de protección para madre e hijo	93
2.- Necesidad de actualizar nuestra legislación	95
3.- Necesidad de un procedimiento de desafuero	

mas justo, protector y eficaz	96
4.- Ampliación del período post natal	97
5.- Fuero maternal y jornada de trabajo parcial introducida por la Ley 19.759 del año 2001	98
6.- Difusión y educación de los derechos de la trabajadora de casa particular	98
7.- Oposición a la tendencia internacional desreguladora de los derechos de la mujer embarazada o puérpera	98
Capítulo V:	
Anexos	100
Convenio 3	100
Convenio 103	106
Convenio 183	120
Bibliografía:	133

## El fuero maternal como régimen jurídico especial

### Introducción

En una comunidad internacional marcada históricamente por la diferenciación de sexos, donde la mujer desde siempre ha estado en un plano desigual frente al hombre en muchos aspectos de la vida cotidiana, pero principalmente en el campo laboral, Chile no es la excepción. El menoscabo en la igualdad de oportunidades laborales ha desembocado en la idea preconcebida en la sociedad, que es a la mujer a quien le corresponde el cuidado de los hijos y del hogar, asignándole roles menores dentro de la fuerza laboral, lo que se traduce clara y sabidamente en su presencia minoritaria en altos puestos y en su nivel de remuneraciones inferiores a la de los hombres.

Son las mujeres en edad fértil quienes son abiertamente discriminadas a la hora de encontrar o mantener su empleo. Si bien es el sistema previsional quien en definitiva cubre las licencias a que da origen la maternidad, el empresariado de igual manera ve con reticencia el contratar o mantener mujeres embarazadas aduciendo razones de ausentismo laboral que redundan en la baja de productividad y en los altos costos que implica la contratación de reemplazantes.

El objeto del presente trabajo es efectuar una descripción del estado actual de nuestra legislación laboral, enfocada específicamente a uno de los mecanismos de protección que posee la mujer trabajadora, el Fuero Maternal, para llegar a determinar si éste cumple con el objetivo protector señalado.

## Capítulo I:

### El fuero maternal

#### 1.- El fuero maternal dentro del derecho laboral chileno.

##### 1.1.- Concepto:

Según lo señala el Diccionario de la Real Academia Española, el término “fuero” proviene del latín *forum* que significa tribunal. Agrega, que se refiere además, “*al poder o jurisdicción que tiene una persona* ” y lo define más adelante como “*aquel de que gozan unas personas para llevar sus causas a ciertos tribunales por privilegio del cuerpo de que son individuos*”.

En virtud de lo señalado anteriormente, se puede concluir en primer lugar que fuero sin duda se refiere a la *especial forma de protección que la ley otorga a determinados trabajadores en razón del cargo o función que desempeñan (dirigente sindical) o de la situación en que se encuentren (mujer embarazada y puérpera)*.<sup>1</sup>

El fuero puede tener diversas fuentes. Así por ejemplo se habla comúnmente del fuero eclesiástico, militar, parlamentario, sindical y el maternal entre otros.

---

<sup>1</sup> Asociación de Profesionales, Boletín Oficial, Código del Trabajo, Ediciones Limitada, Concepción, Chile, 1ª edición, 1999, pag.306.

En segundo término, se debe advertir de la definición señalada, que pone énfasis en el carácter jurisdiccional del concepto, lo que se traduce en la especie, en que el conocimiento de los juicios en que estén involucradas personas que tienen fuero y en este caso mujeres embarazadas que gozan de este privilegio y que cumplen los requisitos legales al efecto, deberán ser tramitados ante los Juzgados del Trabajo correspondientes. Su natural condición impide que ellas puedan ser cesadas en sus labores arbitrariamente por el empleador desde la concepción y hasta un año de terminado el descanso post - natal, en caso contrario la trabajadora tiene el derecho de reclamar de dicho despido pues se ha producido dentro del plazo en que ella está protegida por el fuero maternal.

En doctrina y como punto de partida se ha definido en forma genérica el fuero maternal, señalándose que es “el derecho y privilegio que tiene por objeto la estabilidad en el empleo de la trabajadora embarazada, en virtud del cual durante el período de embarazo y hasta un período después de expirado el descanso de maternidad no puede ponerse término a su contrato de trabajo”.

Otro concepto, a la luz del Código del Trabajo y en relación a los artículos 201 y 174 del mismo cuerpo legal, podemos decir que *el fuero maternal es aquel privilegio de que goza la mujer embarazada, en virtud del cual se impide al empleador poner*

*término a su contrato de trabajo durante todo el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso post-natal.*

La Corte de Apelaciones de Santiago, ha señalado que *el fuero maternal es la garantía que impide el despido de una trabajadora embarazada sin previa autorización del Tribunal.*<sup>2</sup>

Por su parte, la Excma. Corte Suprema, con ocasión de un recurso de casación en la forma, ha dicho que *el fuero maternal es el privilegio que se extiende hasta por un año después de expirado el descanso maternal, de lo que resulta que la relación laboral se mantiene por dicho período, siendo del todo procedente mantener la remuneración por tal tiempo.*<sup>3</sup>

La Ley 19.670, sobre Adopción, de tres de abril del año 2000, introdujo una importante e innovadora reforma a esta institución extendiendo el fuero maternal y el plazo involucrado en éste a mujeres, hombres solteros o viudos que manifiesten su intención de adoptar un hijo en conformidad a la Ley de adopción.

## 1.2.- Características:

El fuero maternal participa en general de las mismas características propias de cualquier institución del derecho laboral,

---

<sup>2</sup> Gaceta Jurídica Nº 202, del año 1997, pag. 181,

<sup>3</sup> Libro de Sentencias Laborales, correspondiente al mes de Marzo de 1999.

pero además posee algunas que le son propias en razón de su naturaleza, a saber:

1.2.1.- El fuero maternal es una institución en constante evolución, característica por lo demás inherente al derecho del trabajo en general y que se analizará más adelante.

1.2.2.- El fuero maternal se sitúa dentro de una protección integral a la maternidad, la cual tiene una consagración positiva tanto a nivel nacional como internacional; esto se traduce en las disposiciones contenidas en los diferentes cuerpos legales, en especial el Código del Trabajo y en los múltiples tratados y convenciones aprobados y ratificados por nuestro país respectivamente.

1.2.3.- El bien jurídico protegido por el fuero maternal es la *estabilidad laboral* de la trabajadora y también la *maternidad*, como un hecho propio de la naturaleza humana. Estos dos aspectos van de la mano, se requiere que la mujer trabajadora esté tranquila y sepa por lo menos que durante un año después del descanso posnatal tendrá seguridad en su puesto de trabajo y que contará con los recursos necesarios para satisfacer las necesidades básicas de ella y su hijo.

1.2.4.- El fuero maternal es una institución que involucra principios básicos del derecho laboral y también forma parte importante de la seguridad social, lo que se tratará más adelante.

1.2.5.- El fuero maternal opera de la misma forma que lo hace el fuero para los dirigentes sindicales, por lo tanto queda protegida su estabilidad laboral de la misma forma que éstos, durante el embarazo y hasta un año contado desde la expiración del descanso de maternidad post natal.

1.2.6.- La trabajadora sólo puede ser despedida por las causales de los números 4 y 5 establecidas en el artículo 159 del Código del Trabajo y por las causales del artículo 160 del mismo cuerpo legal, previa autorización del Juez mediante un juicio de desafuero.

1.3.- Evolución de la Institución:

El fuero maternal se enmarca dentro del ámbito de la protección a la maternidad, protección que sin duda ha ido cambiando tanto conceptual como formalmente con el transcurso del tiempo, de la mano con las necesidades económicas y sociales de un mundo que se ve enfrentado al comienzo de un nuevo siglo.

Esta evolución de la institución se manifiesta formalmente en los primeros años del siglo XIX, partiendo con una casi nula consideración al estado puerperal de la mujer trabajadora, llegando en nuestros días a una protección adecuada pero aún insuficiente de la maternidad, considerando este estado como una preocupación que debe enfrentar la sociedad toda y no solamente la madre, en especial si consideramos que la población mundial, sobre todo en Europa y en países latinoamericanos como Chile, envejece día a día y un factor importante para ello es el hecho que las mujeres privilegian su estabilidad laboral ante la posibilidad de ser madre.

En nuestro país, esta evolución de la protección de la maternidad y por ende del fuero maternal, ha ido de la mano con las convenciones y recomendaciones que los organismos internacionales y en especial de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante O.I.T.) han dado a sus países miembros.

Recordemos que a nivel internacional, ya la primera conferencia de la O.I.T., realizada en la ciudad de Washington en 1919 y a la luz de los principios e ideas conciliadoras ya establecidos en el Tratado de Paz de Versalles, aprobó el Convenio N° 3, Sobre Protección de la Maternidad, tanto en su aspecto laboral como previsional; las ideas y principios plasmados en este convenio sirvieron de base para que las legislaciones del mundo

comenzaran a considerar la maternidad como un “estado”, objeto de protección formal; unos países mas y otros menos han cumplido estos objetivos.

También la Declaración de Filadelfia ( parte III, parr. h ) ratifica que la protección de la infancia y la maternidad figura entre los fines y objetivos de la O.I.T.

El convenio N° 3 anteriormente citado, fue revisado por el convenio N° 103, aprobado en 1952, junto con las recomendaciones 12 y 95, que complementan los Convenios N° 3 y N° 103, el título al igual que el convenio anterior fue el de “De la Protección de la Maternidad”.

El convenio N° 103 cobra hoy importancia relevante, debiendo hacer presente que el año 2000, específicamente en el mes de junio, en Ginebra, la Organización Internacional del Trabajo también la sometió a una revisión que se tradujo en la adopción del Convenio N° 183, que marcará las pautas a seguir en lo que a protección de la maternidad se refiere para el nuevo milenio.

Si bien es cierto que la O.I.T. es el organismo por excelencia para dictar pautas en este orden de materias, también la protección a la maternidad se ha consagrado en otros tratados y convenciones internacionales y es así como podemos encontrar referencias a ello en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948 (art. 25 N° 5); en la Declaración de Filadelfia, de

mayo de 1944; en las diversas Conferencias del Trabajo de la O.I.T (1936, Santiago; 1939, La Habana; 1949, Montevideo); y también en la Carta Internacional de Garantías Sociales de 1948 (Bogotá).

Otro avance muy importante en relación directa con el fuero de la trabajadora embarazada fue el “Convenio Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo” N° 158 del año 1982 y la Recomendación del mismo año y su posterior ratificación en el año 1991. En dichos instrumentos se establece la protección contra la terminación de la relación de trabajo por motivo de embarazo o ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad. (art. 4 y 5 de la parte 2ª del Convenio.)

En nuestro país, en los siglos XVI, XVII y XVIII, la legislación aplicable era la española, en especial, La Recopilación de Las Leyes de Indias de 1680, las cuales establecían ciertas normas de protección genéricas que incluían la protección de la mujer embarazada.

Luego de la Independencia de nuestra nación no existió una legislación uniforme al respecto, sólo entre 1855 y 1924 y con el impulso del gobierno de don Arturo Alessandri Palma se empezó a legislar y a dar de esta forma una protección integral a los trabajadores y en especial a las mujeres en estado puerperal.

Desde entonces el impulso legislativo ha sido notable, en especial desde la creación de la O.I.T y la adhesión de Chile a ella en 1919.

Una de las primeras leyes sociales que aludían expresamente a la protección de la mujer fue la ley N° 3.185 de 1917, sobre salas cunas, estableciendo la obligación para los establecimientos o empresas con mas de 50 trabajadoras.<sup>4</sup>

La ley N° 4.053 de 1924, sobre contrato de trabajo de obreros, prohibió el trabajo de la mujer embarazada durante los 40 días anteriores al parto y los 20 días siguientes, debiendo el patrón reservarle su puesto.

Al mismo tiempo la Ley N° 4.054 estableció el seguro de enfermedad para el sector obrero, que también incluía las prestaciones médicas derivadas de la maternidad y parto.

El D.L. N° 442 de 1925 vino a regular la protección a la maternidad obrera y salas - cuna, y estableció que durante el descanso prenatal, el patrón debía pagar un subsidio equivalente al 50% del salario de la obrera y además debía reservarle su puesto.

Con la dictación del Código del Trabajo en 1931 se vino a unificar todas las normas relativas a la protección de la maternidad en el título III del libro II, cuyo título era “La protección de las madres

---

<sup>4</sup> Thayer Arteaga, W. y Novoa Fuenzalida, Patricio, *Manual de Derecho del Trabajo*, tomo II, 1ª edición, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, (1980), pag. 461.

obreras”. Es a partir de este año en adelante, que todas las modificaciones introducidas a este título han tratado de mejorar la situación de la mujer trabajadora, guiada todas estas modificaciones por la evolución que esta institución tiene a nivel internacional, en especial respecto de los avances impulsados por la O.I.T.

La situación actual en que se encuentra el fuero maternal en Chile es bueno en términos generales, si bien es cierto está consagrado expresamente el fuero maternal para la mujer trabajadora, aún existen muchos resquicios legales utilizados por los empleadores para discriminar a la trabajadora embarazada y no respetar su fuero; aún más, existe la tendencia preconizada por el empresariado chileno a presionar para disminuir los plazos de descanso pre y posnatal, revelando una posible “flexibilidad” en la protección a la maternidad. Es por ello que la protección del convenio N° 103 y N° 183 de la O.I.T. nos darán las pautas a seguir en esta materia para los años venideros

#### 1.4.- Objeto del fuero maternal.

Sin duda que el fuero maternal es uno de los principales instrumentos que protegen la maternidad, fue uno de los primeros derechos reconocidos por las legislaciones del mundo desde los albores de la consagración positiva de estas normas protectoras.

Hoy en día el fuero maternal se ha transformado en el principal instrumento legal de salvaguardia que tiene la trabajadora embarazada contra la terminación de la relación laboral por motivo de embarazo o ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad; es un elemento fundamental de la protección contra la terminación basada en razones de sexo, y es, además, un elemento fundamental de una política de igualdad en el empleo y la ocupación.

La finalidad de esta garantía es impedir que se ejerza algún tipo de discriminación contra las mujeres durante el embarazo y la maternidad y evitar que las trabajadoras sufran las consecuencias de carácter material y moral que la pérdida de su empleo podría suponer, tanto para ellas mismas como para sus hijos.

Por otra parte, el fuero maternal se ha convertido paulatinamente en el principal instrumento legal que hace posible la aplicación de otras normas que se relacionan directamente con la estabilidad del empleo.

Si una mujer tiene un hijo y la despiden de su trabajo, el problema de sustentación para esa madre y su hijo es muy complejo; es el fuero maternal el presupuesto necesario que permite la aplicación de otras normas legales, como el derecho de alimentación, el permiso de amamantamiento, la posibilidad que tienen las trabajadoras de que hasta el año de vida de su hijo, en

caso de enfermedad de éste, la madre pueda tomar una licencia para poder cuidarlo.

Por lo tanto, podemos señalar que el fuero maternal tiene por objeto, y además es el presupuesto necesario para, la aplicación de otros derechos que dicen relación con la protección de la mujer embarazada y su hijo.

2.- Principios generales y normas del derecho que informan a la institución del fuero maternal.

2.1.- Estado de la situación:

El proceso de globalización económica, las políticas de ajuste estructural y en general la modificación del modelo de desarrollo en el cual se encuentra inmersa el área latinoamericana y en especial nuestro país, plantean muy diversos problemas a los distintos actores del derecho laboral.

Es frecuente en el derecho del trabajo enfrentarse a la preocupación sobre si las regulaciones legislativas continúan siendo válidas en esta etapa o si por el contrario deberían dichas normas ser reconsideradas o reformadas. Una evidencia de lo anterior son los llamados “principios del derecho laboral”. Dicho tema bien puede

reputarse como verdaderamente emergente en el mundo del derecho del trabajo.

En este sentido, cabe reconocer que la concepción tradicional de los principios generales del derecho del trabajo, deriva de un particular modelo de desarrollo y sobre todo de una concepción específica del estado, de su papel en la sociedad, y sobre todo de su participación en la regulación de las relaciones laborales.

En el ámbito latinoamericano, esta idea se manifestó en una regulación legislativa similar en todos los países del área regional. Distintas normas, incluso de rango constitucional corroboran tal afirmación. Lo anterior se comentará en extenso al analizar la institución en cuestión, a la luz de la legislación laboral de algunos países latinoamericanos y europeos mas adelante.

No obstante y en virtud de los cambios apuntados y ya en ejecución, en las sociedades latinoamericanas y en especial la chilena, procede un reconocimiento adicional, sin duda la globalización económica y la apertura comercial tienen o tendrán efectos directos sobre el mundo del trabajo y con ello sobre las relaciones laborales.

Por otra parte y como es lógico, los efectos, alteraciones o simplemente modificaciones en la realidad laboral de cada país, tienden a ser acompañadas de propuestas concretas de modificación de la ley laboral e incluso de sentencias que orientan

hacia nuevas interpretaciones de la legislación existente. Este fenómeno justamente está ocurriendo en este momento en Chile con los principios generales que informan el derecho laboral y específicamente con toda la normativa de protección a la maternidad y en especial la discusión centrada en el fuero maternal como principal instrumento de protección de la mujer trabajadora.

## 2.2.- Los principios del derecho del trabajo:

Estos principios constituyen un verdadero conjunto de normas generales que subyacen e informan todos los ordenamientos laborales del área latinoamericana y por supuesto el nuestro y que cuentan en muchos casos también, con un origen derivado de las normas de rango constitucional.

En el derecho laboral, el Estado se involucra en relaciones privadas protegiendo a la parte más débil de esa relación. Precisamente en atención a tal tutela, la ley ordinaria recoge y establece una serie de manifestaciones concretas, elevadas a la categoría de principios generales por la doctrina, que se encuentran entrelazados entre sí por una genérica función tutelar del trabajador.

Hoy pareciera apropiado señalar que esa tutela que se reconoce a los principios del derecho laboral, obedece también al establecimiento de un modelo de desarrollo que pugna por

relaciones laborales definidas y controladas en contenido y ejecución por el Estado.

Estos principios generales se encuentran en la base de todo el derecho laboral latinoamericano y son también espacios en los que coinciden nuestras legislaciones.

Como los principales pueden citarse el principio de *protección al trabajador* y sus reglas, el principio de la *irrenunciabilidad de los derechos* laborales y el principio de la continuidad de la relación laboral, respecto a los cuales nos referiremos a continuación.

#### 2.2.1.- Protección al trabajador o pro – operario:

Se puede señalar que este principio es la base de nuestro sistema laboral. Las relaciones humanas, debido a muchos factores y desde antiguo, tienden a establecer diferencias que colocan a una persona o ente frente a otra, en un plano desigual.

Para disminuir los efectos nocivos de dichas realidades, se ha ido abriendo paso en nuestro ordenamiento jurídico ya hace algunos años, el concepto de contrato dirigido, categoría contractual en que el rol del Estado es justamente, en cumplimiento a su papel subsidiario establecido constitucionalmente, dictar normas que restablezcan el equilibrio contractual, en este caso entre trabajador y empleador, propugnando por ejemplo derechos irrenunciables.

Como el fuero maternal forma parte integrante de nuestro derecho laboral, el principio pro trabajador se manifiesta precisamente en la dictación de normas por el legislador, con un marcado énfasis protector de la trabajadora.

Donde juega un papel protagónico el principio comentado es en materia interpretativa, constituyendo la herramienta básica en el proceso hermenéutico llevado a cabo por el Juez en cada caso concreto sometido a su conocimiento, quien en ningún momento debe perder de vista el sentido de las normas laborales que favorecen al trabajador, dándole, en primer lugar, frente a varios significados que pueda tener una norma, aquel más favorable al trabajador. Además, en el caso de concurrir dos o mas normas que rigen una misma materia, también se debe optar por aplicar aquella mas benigna en su aplicación; y, por último, si se ha dictado una nueva norma laboral, su aplicación no podría disminuir la situación en que ya se encontraba el operario frente a la materia que regía la norma anterior.

#### 2.2.2.- Irrenunciabilidad de los derechos laborales:

El artículo 5º del Código del Trabajo, en su inciso primero, consagra en términos perentorios este principio, que no es menos importante que el señalado anteriormente. En su inciso segundo, al

establecer que “los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente”, si bien aparece de manifiesto el principio de la autonomía de la libertad contractual, no es menos cierto que ella tiene un marco, el cual no puede traspasarse a fin de no burlar precisamente dichos derechos irrenunciables.

Las partes en el contrato de trabajo, sólo tienen libertad para negociar las condiciones respetando un piso mínimo garantizado por la ley, formando parte de esas condiciones básicas justamente las normas relativas a la protección de la maternidad.

De aceptar que el principio de la autonomía de la voluntad y que su sub – principio, la libertad contractual, opere de la misma manera como lo hace en la legislación civil común, pasaría a ser una cláusula de estilo en cada contrato de trabajo, la renuncia de muchos derechos por parte del trabajador, con lo que se burlaría la protección legal establecida.

### 2.2.3.- Continuidad de la relación laboral:

El contrato de trabajo se basa en una relación de subordinación y dependencia estable y continua entre empleador y

trabajador. Todo vínculo esporádico no da lugar a la protección establecida en la legislación laboral.

El carácter continuo de la relación laboral busca justamente entonces que ella se prolongue en el tiempo sin que pueda terminar arbitrariamente o por el mero capricho del empleador, lo que no significa que éste deba ser perpetuo y no puedan invocarse causales calificadas para proceder a su despido.

Tratándose de una mujer embarazada y protegida por el fuero maternal, si bien en principio no es posible justamente en razón de dicho estado, proceder a su despido, si ella incurre en una causal que lo autoriza, el empleador podrá dirigirse al juez competente para solicitar su desafuero, para luego proceder a su exoneración.

### 2.3.- Normas de derecho que informan la institución.

Remisión constitucional obligada en éstos casos, lo constituye la consagración genérica referida a la garantía contenida en el artículo 19 N° 1 inciso 2° de la Constitución Política de la República del año 1980, en que se garantiza la protección de la vida del que está por nacer; además, en el artículo 19 N° 16 del mismo texto constitucional, se garantiza la libertad de trabajo y su protección.

Tampoco se debe olvidar que por la vía del artículo 5° de la Carta Fundamental, es ley de la República, todos los tratados

internacionales, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes relativo a éstas materias.

En relación a normas de rango legal interno, nos remitimos a las normas generales dispersas en el Código del Trabajo, respecto de las cuales se tratará latamente al final de éste acápite, principalmente el Título II, Libro II, De la Protección a la Maternidad, artículos 194 y siguientes.

Por último, no se deben olvidar los Convenios celebrados por la Organización Internacional del Trabajo, que en materia de Protección a la Maternidad se inició el año 1919, casi junto a la creación del organismo mismo, con la adopción del Convenio número 3, el que precisó los principios fundamentales de esta protección, tales como el derecho a una licencia de maternidad, a prestaciones en dinero y prestaciones médicas y el derecho a la seguridad del empleo y a la no discriminación.

El convenio señalado tuvo una primera revisión con el Convenio número 103 del año 1952, el que mantuvo los principios fundamentales aludidos, pero hizo mas explícitos los medios para otorgar las prestaciones, estipulando que la asistencia médica debe comprender los nueve meses de embarazo, el momento del parto y el post parto. También establece que las interrupciones en el horario de trabajo, para efectos de amamantar, deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como tales.

El entusiasmo manifestado en aquel entonces por los distintos estados miembros en orden a aumentar la protección a la maternidad se ha ido debilitando notablemente con el devenir del siglo XXI y las necesidades de las economías de los países desarrollados. Una muestra de lo anterior resultó ser la mas reciente revisión al convenio original sobre la materia que derivó en la adopción del convenio numero 183, de junio de 2001, el cual a nuestro entender constituyó un serio retroceso en la protección de la mujer trabajadora, ya que después de dos años de negociaciones, caracterizada por fuertes presiones de los países industrializados y de las grandes compañías transnacionales, se acordó quitar el fuero maternal y traspasar a los privados, empleadores o compañías de seguros, el pago de los subsidios pre y postnatal, los que hasta ahora eran de cargo del Estado.

Si bien es cierto se lograron algunos avances, como ampliar el campo de aplicación de la convención a las trabajadoras informales; extender la protección no solo a las enfermedades consecuencia del embarazo o parto sino también a las complicaciones que se pueden derivar de ellos; establecer un periodo de protección al empleo mas largo; y, que todo estado miembro deba adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación, la pérdida del fuero

maternal y el traspaso de los subsidios, constituyen para los analistas un retroceso importante, aun por sobre lo ganado.

El convenio 103 prohíbe el despido de la mujer, desde su embarazo hasta que el hijo cumpla un año de edad, por cualquier motivo, a excepción de falta disciplinaria o por el quiebre de la empresa. Sin embargo, el convenio aprobado en el año 2000, faculta al empleador a prescindir de la trabajadora por cualquier razón que sea ajena al embarazo, parto y sus consecuencias y lactancia. No obstante, la prueba de tal despido recae en el propio empleador, lo que eventualmente permite despedir a una mujer embarazada o madre, aduciendo necesidades de la empresa por ejemplo.

No obstante lo expuesto, aunque no exista de parte de nuestro país la intención de ratificar este nuevo convenio, este terminara afectando de una u otra manera a Chile, ya que hay que tomar en cuenta que en la medida que en un país existan mas regulaciones y restricciones, sus costos de producción serán mas altos en comparación con aquellos países en que existe una normativa mas flexible y menos proteccionista.

Al comenzar el análisis de las normas de derecho que informan el fuero maternal, se dijo que se destinaría la parte final de éste acápite, a una referencia y breve análisis a los artículos

contenidos en el Libro II, Título II, artículos 194 y siguientes del Código del Trabajo.

El artículo 194 del Código del Trabajo, en su inciso primero, hace aplicables las normas sobre protección a la maternidad a *aquellos 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*. La redacción de la norma no deja dudas acerca del alcance que quiere lograr, la mayoría de las trabajadoras. Los incisos segundo y tercero especifican el alcance de la protección a las entidades que señalan y a los servicios que prestan las mujeres trabajadoras. Mención aparte y reafirmando la tendencia señalada, merece la legislación sobre fuero maternal en lo referido a la trabajadora de casa particular, a que se hará referencia en un capítulo especial de este trabajo.

El inciso final de la disposición referida, sólo reitera y concretiza el principio general contenido en el artículo 2º inciso segundo del código laboral que alude al principio de no discriminación. En la especie, se prohíbe condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la

promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para esos fines certificado o examen alguno para comprobar si se encuentra o no embarazada. Esta última parte, fue objeto de reforma legal el 09 de noviembre de 1998, contenida en la ley 19.591, N° 1 de su artículo único.

El descanso de maternidad a que tienen derecho las trabajadoras es de *seis semanas antes del parto y doce semanas después de él*. Si la madre muriera en el parto o durante el período del permiso posterior a éste, dicho permiso o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo corresponderá al padre, quien no gozará del fuero establecido en el artículo 201. Agrega el inciso segundo, que los derechos señalados son irrenunciables y se prohíbe terminantemente durante los períodos de descanso el trabajo de la mujeres embarazadas y puérperas. El inciso final tiene por objeto restar valor a cualquiera estipulación contractual contraria a lo dicho.

Lo expresado constituye la hipótesis básica en que opera la protección a la maternidad. En el título II ya reseñado, existen otras normas mas específicas y algunas que contemplan hipótesis accidentales; es así como el artículo 196 se coloca en la situación de enfermedad durante el embarazo como consecuencia de éste, en que se establece un descanso prenatal complementario. El inciso segundo se pone en el caso del parto ocurrido seis semanas

de la fecha en que la mujer hubiere comenzado el prenatal, el que se entiende prorrogado hasta el alumbramiento. Si a consecuencia del parto se produce una enfermedad, que impida regresar al trabajo al expirar el post natal, éste también se extenderá, recayendo la fijación de su duración en el servicio de atención médica preventiva o curativa. Las situaciones descritas se acreditarán mediante certificado médico. Para poder hacer uso del descanso señalado en el artículo 195 del Código del Trabajo, se debe exhibir certificado médico, debidamente expedido gratuitamente por facultativo.

El artículo 198 del cuerpo legal laboral citado, otorga a la mujer que use de prenatal en cualquiera de las hipótesis vistas, un subsidio equivalente a la totalidad de sus remuneraciones y asignaciones que perciba, del que sólo se deducirá la imposición previsional y los descuentos legales.

Los artículos 199 y 199 bis del código tantas veces aludido, se refieren, en síntesis, a las situaciones del niño menor de un año o menor de 18 años en situaciones de enfermedad o accidente grave, o enfermedad terminal, motivos por los cuales se le otorga a uno de los padres un permiso especial y subsidio para sobrellevar dichas catástrofes familiares. Los hechos constitutivos de cada una de las situaciones que las normas citadas describen, también deben ser acreditadas mediante certificado médico. El artículo 200, extiende

estos beneficios a aquellos trabajadores que tengan a su cuidado un menor de edad inferior a seis meses a quien se le otorgó bajo tuición o como medida de protección, pero sólo hasta por doce semanas; en este caso, aquello se prueba mediante declaración jurada de habersele otorgado al menor en alguna de las situaciones descritas.

El artículo 201 del Código del Trabajo, expresa que durante el período de embarazo, la trabajadora que esté ocupada habitualmente en trabajos considerados por la autoridad como perjudiciales para su salud, deberá ser trasladada, sin reducción de sus remuneraciones, a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado. A continuación señala, que se entenderá especialmente como perjudicial para la salud todo trabajo que:

- a) obligue a levantar, arrastrar o empujar grandes pesos;
- b) exija esfuerzo físico, incluido el hecho de permanecer de pie largo tiempo;
- c) se ejecute en horario nocturno;
- d) se realice en horas extraordinarias de trabajo, y
- e) la autoridad competente, declare inconveniente para el estado de gravidez.

La redacción de la norma en la primera parte del inciso segundo y la letra e) final, denotan el carácter no taxativo de la enumeración.

El artículo 203, brevemente alude a la obligación de ciertas empresas de contar con salas cunas y lugares en que las madres puedan alimentar a sus hijos menores de dos años. Si la empresa no dispone de ese espacio, cumple con pagar los gastos que demande este servicio directamente al establecimiento al que la mujer trabajadora lleve sus hijos menores de dos años. Los gastos de locomoción de ida y regreso para dejar y buscar al menor, serán de cargo del empleador.

El artículo 204 y 205 se refieren a materias relacionadas con la construcción, transformación y mantenimiento de salas cunas por parte del empleador, cuestión de poca importancia para estos efectos, por lo que nos remitimos a la normativa legal citada.

Otro derecho concedido a la madre, es aquel que tienen para dar alimentos a sus menores. Este consiste en dos porciones de tiempo que en conjunto no excedan de una hora diaria y lo que es importante, se trata de una hora que se considera trabajada efectivamente para los efectos de pago de su sueldo, cualquiera sea el sistema de remuneración convenido. Este derecho es irrenunciable. (artículo 206 del Código del Trabajo)

El artículo 207 señala el organismo encargado de velar por el cumplimiento de las disposiciones enunciadas, misión que le corresponde a la Junta Nacional de Jardines Infantiles. Además se otorga acción pública para denunciar las infracciones cometidas y

de las cuales cualquier persona tenga conocimiento. El inciso final expresa que las acciones y derechos provenientes de este título se extinguirán en el término de sesenta días contados desde la fecha de expiración del período a que se refiere el artículo 201.

El último artículo de éste título, contiene las sanciones por las infracciones a las disposiciones de este título, las que consisten en multas que van desde las catorce a setenta unidades tributarias mensuales, la que se duplica en caso de reincidencia. En la misma sanción incurre el empleador por cuya culpa las instituciones que deban pagar las prestaciones establecidas en este título no lo hagan; como asimismo aquellos empleadores que infrinjan lo dispuesto en el inciso final del artículo 194.

Además el artículo reseñado indica que sin perjuicio de la sanción anterior, será de cargo directo de los empleadores el pago de los subsidios de que dan cuenta los artículos anteriores y que correspondan a sus trabajadoras.

Las multas van en beneficio de la Junta Nacional de Jardines Infantiles, dentro de los treinta días siguientes de su ingreso, suponemos que aquello se refiere al entero de la multa en la Tesorería respectiva.

En forma intencional se quiso dejar para el final, la disposición contenida en el artículo 201 del Código del Trabajo, esencial para

nuestro estudio, la que para su mejor comprensión transcribimos en forma íntegra:

*“Art. 201. Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, la trabajadora estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174.*

*Si por ignorancia del estado de embarazo 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, 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.*

*No obstante lo dispuesto en el inciso primero, si el desafuero se produjere mientras la mujer estuviere gozando del descanso maternal a que aluden los artículos 195 y 196, aquella continuará percibiendo el subsidio del artículo 198 hasta la conclusión del período de descanso. Para los efectos del subsidio de cesantía, si hubiere lugar a él, se entenderá que el contrato de trabajo expira en el momento en que dejó de percibir el subsidio maternal.”*

2.4.- Fuero maternal para trabajadoras de casa particular.

Habiéndose hecho referencia a las normas legales que rigen el fuero maternal, en forma continua pero separada, en esta parte se hará un pequeño paréntesis para tratar el fuero maternal otorgado a las trabajadoras de casa particular, tema íntimamente ligado al punto anterior.

Sin duda que el fuero maternal es por excelencia la principal norma protectora de la maternidad, sin embargo debido a la naturaleza de los servicios prestados, la trabajadora de casa particular se encontraba excluida de éste. Debido a esta discriminación, se encontraban notoriamente expuestas al riesgo de ser despedidas cuando su empleador se enterara del estado de gravidez, impidiendo que la trabajadora de casa particular reúna los requisitos de continuidad previsional exigidos para acceder a los subsidios contemplados para la maternidad.

Con el objeto de remediar esta situación de desamparo en que se encontraban estas trabajadoras, se discutió y aprobó la Ley N° 19.591, publicada en el Diario Oficial el 9 de noviembre de 1998, que en su artículo único, N° 2, derogó el inciso final del artículo 201 del Código del Trabajo, que constituía la excepción en el goce de éste fuero dentro de la cual se consideraba a la trabajadora de casa particular. La derogación en consecuencia precisamente les otorgó el fuero maternal referido. Ello significa que hoy en día tiene el mismo tratamiento que cualquier mujer trabajadora y si una de

éstas trabajadoras de casa particular se embaraza, no podrá ser despedida sin autorización judicial.

Sin embargo, el resultado de esta ley no estuvo ausente de arduas discusiones en comisión y sala, además del comentario obligado de los empleadores, a los cuales el fuero les afecta directamente.

Con el fin de comprender adecuadamente el alcance de esta ley, se deben analizar ciertos aspectos jurídico - sociales así como de orden práctico derivados de la citada modificación legal.

Según la última encuesta del Instituto Nacional de Estadísticas del año 1997, en Chile existen 280 mil trabajadoras de casa particular, conocidas también como empleadas domésticas, asesoras del hogar o simplemente nanas.

Las características del empleo doméstico tradicional son diferentes al resto de los trabajos, ya que la relación laboral de las trabajadoras con los empleadores está unida a relaciones afectivas con los miembros de la familia en el seno de la cual trabaja, además se sustenta la relación laboral en una mayor dependencia mutua entre empleador y empleada; es precisamente esta situación la que hace desistir a las trabajadoras de ejercer sus derechos y tomar distancia de las presiones afectivas que despliegan sobre ellas las distintas personas que interactúan en su medio laboral.

Desde un tiempo a esta parte, la evolución que ha tenido este empleo ha variado sustancialmente, transformándose desde una prestación de servicios domésticos puertas adentro, caso en que la trabajadora vive en la casa de sus empleadores, a una prestación de servicios puertas a fuera, que incluso se realiza por días o por horas para distintos empleadores.

La evolución que ha tenido esta modalidad de trabajo ha resultado ser mas beneficiosa para las trabajadoras, ya que al estar fuera de la casa de sus empleadores, les permite desarrollar una vida independiente, formando su propio núcleo familiar y afectivo; sin embargo, un aspecto negativo de esta modalidad, es el riesgo de ser vulneradas en sus derechos. Además, estas trabajadoras están aisladas entre si y es muy frecuente que no cuenten con contratos de trabajo y menos con cotizaciones previsionales.

Las trabajadoras puertas adentro ofrecen un servicio de disponibilidad completa de su tiempo al empleador, en desmedro de su vida privada, viven en el mismo lugar en que trabajan, conviven con la familia, pero en un estatus totalmente diferente a ella, a pesar que juegan un rol fundamental en la educación y crianza de los hijos. Sus afectos y compromisos generalmente no reciben la atención que los de los demás miembros de la familia y, en muchas ocasiones, son completamente olvidados cuando se rompe la relación laboral. No pocas veces son las mismas trabajadoras las

que dan prioridad a los asuntos de la familia de su empleador, postergando sus propia realización personal y familiar.

Precisamente es esta característica la que sirve de argumento principal para aquellos detractores al otorgamiento de fuero maternal a la trabajadora de casa particular. Ellos señalan que desde el punto de vista del derecho a la privacidad del hogar y la familia, la inclusión forzada de una persona constituye un atentado a dicha privacidad. En el orden practico se preguntan si en el caso de las trabajadoras puertas adentro, el recién nacido también será atendido dentro del hogar, con todo lo que ello implica, recordando que es un niño querido por sus padres, pero no por los empleadores, los cuales ya vivieron su realización como padres, o bien todavía no quieren serlos. Los sostenedores de esta posición señalaron en su oportunidad que el mas probable efecto de esta legislación será que muchas personas se abstendrán de contratar para el servicio domestico a mujeres en edad fértil, perjudicando a las mujeres que necesitan trabajar en este rubro, donde es escasa la participación masculina o de mujeres de mayor edad. En ultimo termino, señalan que es una típica intervención de la ley en asuntos que rechazan por su misma naturaleza una regulación, que termina perjudicando al grueso de posibles futuras trabajadoras de casa particular.

La jornada de trabajo sin duda es otro problema importante. La ley no establece horario, solamente dice que debe descansar doce horas diarias y nueve como mínimo entre una jornada y otra, pero es sabido que en la práctica no existe una distinción clara entre los horarios de trabajo y de descanso, y las trabajadoras deben estar a disposición del empleador a cualquier hora.

Se entiende que el trabajo de estas trabajadoras debe responder a las necesidades de la familia y amoldarse a sus gustos personales, lo que hace difícil elaborar criterios objetivos sobre la calidad para evaluar el grado de cumplimiento del trabajo mismo.

El panorama descrito anteriormente parece un poco desalentador en relación a la protección a este tipo de trabajadoras, sin embargo no es tan así y nuestra legislación les reconoce ciertos derechos, tales como el derecho a ser contratadas, aunque solo laboren por días, y se les deben pagar las cotizaciones previsionales todos los meses. La cotización de salud y la de jubilación son de cargo de la trabajadora, pero es el empleador quien debe efectuar el pago. De cargo del empleador es el 0,9 % de seguro contra accidentes del trabajo y un 4,11 % de la remuneración mensual imponible para el fondo de indemnización, además del derecho a subsidio maternal para cubrir el descanso pre y postnatal.

Los contratos deben celebrarse por servicios normados y especificados en el documento, fijándose de esta manera un horario de trabajo que respete el tiempo libre de la trabajadora; recordemos, además, que en el evento que el contrato no haya sido escriturado la palabra de la trabajadora tiene prioridad sobre la del empleador y puede exigir ante la Inspección del Trabajo el cumplimiento de sus derechos. Si la trabajadora considera que se le adeuda alguna prestación, aun cuando fuera despedida, debe recurrir a dicha repartición a fin de que se realice una comparecencia entre la reclamante y el reclamado y en lo posible se le pague lo que corresponda.

Tal como hemos visto, la trabajadora de casa particular goza de una serie de derechos reconocidos y protegidos por nuestra legislación laboral, el problema en realidad es la frecuente y reiterada infracción de estos derechos por parte de los empleadores y las dificultades que enfrenta la trabajadora para hacer exigible estos derechos. Esto se debe a varias razones relacionadas fundamentalmente con el tipo y carácter especial de la labor que desempeñan.

En primer lugar, a diferencia del resto de los trabajadores, este empleo se desarrolla al interior del hogar y por ello las relaciones de confianza y empatía del empleador hacia el trabajador, y viceversa, tienen mayor importancia que la propia

relación laboral. Esta situación genera una distorsión respecto del cumplimiento de las normas y del mismo contrato pactado, ya que a partir de esa cercanía el empleador pretende que la trabajadora comprenda circunstancias como que se le reduzca el sueldo por problemas económicos de la familia, o que se le alargue el horario sin que represente pago de horas extras o incluso, realice funciones que no fueron pactadas al inicio de la relación laboral.

En segundo lugar, la trabajadora se encuentra en franca desventaja en su empleo, ya que trabaja generalmente sola, sin posibilidades, como el resto de los trabajadores, de aunar criterios y fuerzas para modificar su situación laboral, la relación de poder es evidentemente perjudicial para la trabajadora, a diferencia de otros trabajos en que existe la posibilidad de formar un sindicato. Asimismo, esta forma de trabajo aislada no le permite tener referentes de comparación con el resto de las trabajadoras en su misma situación.

En tercer lugar, es más fácil no cumplir las leyes porque los organismos fiscalizadores de las normas laborales no pueden acceder al interior del hogar sin una autorización del empleador. Por ello, la fiscalización se debe realizar en la Inspección del Trabajo y a solicitud de alguna de las partes.

En cuarto lugar, la mayoría de las trabajadoras desconocen sus derechos y los trámites que deben hacer para tener previsión,

pero además muchas otras, consideran que esas cotizaciones solo disminuyen su ingreso, sin considerar los beneficios de salud y jubilación.

Por ultimo, aunque esas trabajadoras tienen derecho al subsidio pre y postnatal, frecuentemente eran despedidas por sus empleadores al momento de enterarse de su embarazo, ya que no tenían fuero maternal.

En definitiva debemos partir de la base de que este empleo es igual a cualquier otro que existe en la sociedad, por lo que se debe fomentar una cultura de igualdad y de respeto de los derechos de estas trabajadoras. El gobierno, a través de la Dirección del Trabajo, debe asumir con mayor fuerza la difusión de los derechos laborales de estas trabajadoras y promover la sindicalización de las mismas.

Sin duda que la aprobación del fuero maternal para estas trabajadoras puso fin a la discriminación a la que estaban sometidas en relación a otras trabajadoras del país, protegiéndose de esta manera el acceso al subsidio de maternidad, que es de costo del Estado, posibilitando la mantención del trabajo. Todo lo anterior constituye un gran avance en nuestra legislación laboral, pero todo este esfuerzo debe ir unido a una clara política de fiscalización y educación tanto para el trabajador como para los empleadores.

### 3.- Procedimiento de desafuero maternal.

Habiendo intentado algunos conceptos acerca de la institución en estudio, sus características, una breve evolución y su objeto, además de los principios fundamentales de los que está imbuida y las normas constitucionales y legales de nuestro ordenamiento, especialmente las de orden interno, además de las normas internacionales que la regulan, habrá de explicar brevemente un aspecto práctico sobre el punto; el procedimiento por el cual se harán efectivos los derechos emanados de las normas legales al efecto, en el caso, el procedimiento ordinario laboral, ante la ausencia de norma especial al efecto.

La trabajadora, cuando ha sido despedida y quisiere reclamar de la legalidad del despido del que ha sido objeto, así como el empleador cuando necesita la autorización judicial para proceder al despido de una trabajadora que ha incurrido en las causales de los números 4 y 5 del artículo 159 y las causales contempladas en el artículo 160, ambas del Código del Trabajo, deberán sujetarse a los trámites ordenados para el Juicio Ordinario de Mayor Cuantía en lo laboral, que se contempla en los artículos 439 y siguientes del Código del Trabajo, así como las disposiciones comunes contenidas en los artículos 425 y siguientes del mismo texto legal, recibiendo aplicación, además, el Código de Procedimiento Civil en lo tocante

a sus Disposiciones Comunes así como al Procedimiento Ordinario, Libro I y Libro II respectivamente, normas supletorias en lo no previsto en el código laboral de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 426.

A objeto de efectuar un análisis sintético sobre este punto y evitar dilaciones que nos aparten del objetivo de éste trabajo, se señalará brevemente que el procedimiento aplicable se inicia por demanda, la que legalmente notificada se debe contestar dentro de los diez días fatales siguientes, mas el aumento de la tabla de emplazamiento que corresponda.

En la misma contestación el demandado podrá deducir reconvencción, debiendo oponer las excepciones todas en un mismo escrito y dándose un traslado de cinco días para contestarlas.

Evacuado los trámites señalados o en rebeldía, el Tribunal recibirá de inmediato la causa a prueba citando a una audiencia al efecto, la que también servirá para llamar a las partes a conciliación.

Si estima no haber puntos sustanciales, pertinentes y controvertidos omitirá la resolución que recibe la causa a prueba y citará a las partes para oír sentencia, pero además a una audiencia de conciliación.

Rendida la prueba en la oportunidad correspondiente y apreciada ésta según las reglas de la sana crítica, evacuados los

oficios solicitados o sin éstos, se citará a las partes para oír sentencia, la que se dictará a mas tardar dentro de décimo quinto día.

Los incidentes que se promuevan en el juicio no suspenderán el curso de éste y se seguirán en ramo separado, resolviéndose en definitiva.

#### 4.- Legislación comparada en materia de fuero maternal.

Luego de haber analizado en profundidad la legislación nacional vigente en lo que respecta al fuero maternal y luego de revisar todos aquellos derechos que se hacen exigibles, precisamente teniendo como premisa la existencia y vigencia del fuero maternal, tales como las prestaciones económicas, lactancia, condiciones de trabajo, derecho de sala cuna, etc., nos corresponde analizar brevemente cual es el estado en que se encuentran otros países, en especial nuestros vecinos latinoamericanos.

Debemos reconocer que hoy en día existen dos grandes tendencias a nivel mundial en orden a flexibilizar o ampliar la protección de la maternidad, estas tendencias, como veremos, están ligadas íntimamente con el desarrollo económico, social, cultural, tecnológico, de cada uno de los países que adoptan una u otra postura. ¿Cuáles son éstas posturas?.

Por un lado, guiando una posición que va en contra de una normativa protectora de la maternidad, tenemos a Estados Unidos, países industrializados entre los que se cuentan Australia, Canadá, Nueva Zelandia y un gran número de países de la Comunidad Europea. Estos países son partidarios de una legislación mas liberal; entre otras cosas, contemplan en sus legislaciones una reducción definitiva del periodo pre y post natal, incluso sectores industriales, han propuesto terminar con las pausas que tiene la madre para amamantar al menor.

En Estados Unidos no existe una política nacional de vacaciones. En el paquete de compensaciones que le dan al trabajador se incluye un cierto periodo de vacaciones que depende de la capacidad que demande un determinado trabajo; cada uno de los trabajadores negocia en forma independiente los periodos de descanso pre y post natal.

Sin duda que la normativa de los países desarrollados en esta materia, no es considerada, a diferencia de la mayoría de los países latinoamericanos, como normas de Orden Público y por lo tanto no disponible por las partes.

Lo anterior ciertamente va unido a una determinada visión de la maternidad como fenómeno social, que sin duda es fundamental al momento de entender la postura de los países llamados del primer mundo.

Ellos consideran la maternidad como una cierta "carga" para la mujer, ya que el trabajo para ellas, argumentan, es sólo una posibilidad de obtener un mayor crecimiento y desarrollo personal y no es visto como una necesidad básica para el sustento de la madre y su hijo como ocurre en los países latinoamericanos. Por lo tanto, la maternidad y su protección, en definitiva, es un tema completamente negociable entre las partes de una relación laboral.

Visto desde una perspectiva costo - beneficio, para estos países con grandes estándares de vida, una legislación mas bien flexible en la materia que nos ocupa, al parecer resulta ser la mas adecuada para sustentar el desarrollo que han tenido a lo largo de los últimos años del siglo XX y el comienzo del siglo XXI.

La otra postura, es aquella que se manifiesta a favor de una mayor protección de los derechos de la maternidad y que es seguida por la mayoría de los países latinoamericanos y del Caribe.

Contrariamente a lo que establecen los textos legales de los países desarrollados o del primer mundo como se les ha dado en llamar, los cuales son partidarios de la "desregulación", la legislación de los países latinoamericanos, son partidarios de una regulación inflexible en todo lo concerniente a la protección de la maternidad; en la mayoría de estos estados existe una consagración positiva de cada uno de los derechos que le corresponden a la trabajadora embarazada, en especial se

establece, con algunos matices en cada país, la consagración del fuero maternal.

A esta normativa se le da un carácter de Orden Público y por lo tanto estos derechos quedan fuera de toda negociación entre empleador y trabajador, además de dejar fuera toda posibilidad de renuncia a alguno de estos derechos.

Claro está que para los estados latinoamericanos y del Caribe, la legislación respecto a la protección de la maternidad tiene fundamentos distintos a la de los países desarrollados.

La maternidad es considerada como un bien jurídico en sí mismo, que es necesario proteger sin dar lugar a discusión alguna, ello debido a que se reconoce que el estado, como garante del bien común, debe asumir el costo de una sociedad social y económicamente poco desarrollada, en la cual día a día se cometen atropellos a los derechos de las trabajadoras, en especial si están embarazadas y que se producen en el mercado laboral.

A continuación se hará un análisis de la normativa de protección a la maternidad en cada uno de los países miembros del Mercosur.<sup>5</sup>

#### 4.1 Licencia de maternidad:

---

<sup>5</sup> Consejo Nacional de la Mujer Argentina, "Propuesta del Consejo Nacional de la Mujer respecto del Proyecto de Revisión del Convenio 103, Recomendación 95 sobre Protección de la Maternidad", <http://.cnm.gov.ar>.

Argentina: LCT, art.177: 45 días antes y 45 días después del parto; posibilidad de reducir la anterior a 30 días y acumularla a la licencia posterior.

Prórroga de licencia por enfermedad: Se regula como enfermedad inculpable.

Brasil: CN art. 7 y CLT, art. 392: 28 días antes y 92 después del parto.

Prórroga por enfermedad: 2 semanas antes y dos semanas después.

Aborto: 2 semanas.(CLT, art.395, modificado suprimiendo calificación de "no delictuoso").

Paraguay: CT, art. 133: 6 semanas antes y 6 semanas después del parto.

Prórroga de licencia: Por todo el tiempo indispensable.(CT art.135 inc.2).

Uruguay: Decreto Ley 15084 y Decreto 22781: 6 semanas antes y seis semanas después del parto. Licencia suplementaria por enfermedad: Máximo 6 meses. Funcionarias públicas: 13 semanas de licencia de maternidad (Ley 16.104).

En otros países, fuera de los integrantes del Mercosur, como por ejemplo Bélgica y Fiji se otorga licencia pre – natal obligatoria por siete días; en Chipre, Francia Madagascar y Mauritania, por dos semanas; en Croacia, Eslovenia Honduras , Nicaragua y Senegal, por cuatro semanas; en Costa Rica por un mes. Alemania, Australia, Haití, Panamá, Turquía y Venezuela, ésta dura seis semanas, en Austria ocho semanas y en Italia dos meses.<sup>6</sup>

Respecto a la licencia post – natal obligatoria, en países como Dinamarca y el Reino Unido es de dos semanas; en Mali, Singapur y Uganda, cuatro semanas; en el Líbano es de treinta días; en Egipto, cuarenta días; en Arabia Saudita, Australia, Burundi, Canadá, El Salvador, España, Francia, Hungría, Honduras, India, Mauricio, Marruecos Nigeria, Noruega, Pakistán, Rwanda, Senegal Togo y Turquía, su duración es de seis semanas; y, Angola, Alemania, Austria, Bélgica, Chad, Guinea, Japón, Luxemburgo, Nicaragua, Panamá, Sudáfrica, Suiza Portugal, Viet Nam, Costa Rica, Italia y Croacia entre otros países, este descanso post natal obligatorio se extiende por más de seis semanas.<sup>7</sup>

## 4.2 Prestaciones económicas y sanitarias.

---

<sup>6</sup> Presentación de delegación Uruguay en reunión especializada de la mujer del Mercosur, “Normativa Laboral del Mercosur”, <http://.cnm.gov.ar>.

<sup>7</sup> Ibid.

Argentina: Durante el descanso asciende a una suma igual a la que corresponde por licencia legal (LCT art. 177). Ley 24.714 (16/10/1996) art. 11: Asignación por maternidad (con antigüedad de 3 meses). Art.9: Asignación prenatal. Art. 11. Asignación por nacimiento. Asistencia médica: Sistema nacional del seguro de salud y obras sociales.

Brasil: Salario de maternidad es equivalente al salario integral, pagado por empleador y reembolsado por Seguro Social. Salario variable: Promedio de los últimos 6 meses. Asignación por nacimiento: Pago de una suma al dar a luz.

Paraguay: CT, art.133: Asistencia médica y prestaciones suficientes. Decreto Ley 1860-50: Subsidio del 50% del promedio de los salarios sobre los que se cotizó a la seguridad social en los últimos 4 meses.

Uruguay: Subsidio por maternidad, calculado sobre el promedio de salarios de los últimos 6 meses. Pagado por el organismo de seguridad social (Banco de Previsión Social). Asignación familiar: Desde la comprobación del embarazo.

Asistencia médica a cargo del Seguro de Enfermedad o del servicio Materno Infantil.

#### 4.3 Lactancia:

Argentina: LCT, art. 179: Dos descansos de media hora, durante no más de un año.

Brasil: CLT, art. 396: Dos descansos de media hora hasta los seis meses; puede ser ampliado.

Paraguay: Dos descansos de media hora durante un lapso fijado por el Instituto Nacional del Menor a través de sus servicios médicos.

Uruguay: CT, art. 206: Dos porciones de tiempo que no excedan de una hora por día, "para dar alimento a sus hijos". CT, art. 203: El tiempo se ampliará si la madre debe trasladarse fuera del lugar de trabajo, y se le pagará el valor de los pasajes de transporte.

#### 4.4 Conservación del puesto de trabajo.

Argentina: Se presume despido motivado en la maternidad de la trabajadora si ocurre 7 meses y medio antes o después del parto. Indemnización: Un año de remuneraciones acumulables al despido sin causa (LCT, art. 178 y 182).

LCT, art. 183: Facultad de la trabajadora de rescindir el contrato y percibir compensación.

Brasil: CN art. 10. II, b. DT: Estabilidad desde la confirmación del embarazo y hasta 5 meses después del parto. CLT, art.391,477,478: Embarazo no es justo motivo de rescisión del contrato. CLT, art. 394: facultad de la trabajadora de rescindir el contrato si es perjudicial para el embarazo.

Paraguay: CT, art.136: Desde notificación del embarazo y durante licencia de maternidad, el pre - aviso y desoído son nulos.

Uruguay: Decreto Ley 8950: Ratificó C. 103. Ley 11.577: Se prohíbe despido de la trabajadora grávida o que ha dado a luz. Obligación de conservarle el puesto de trabajo, si retorna en condiciones normales. En caso de despido: Indemnización especial de 6 meses de sueldo acumulable a la común. Ley 16.045: Prohíbe suspensión y despido por motivo de embarazo y lactancia.

#### 4.5 Otras cuestiones relativas a la maternidad.

4.5.1 Condiciones de trabajo durante el embarazo o luego del descanso post - parto. Traslado de función.

Argentina: No hay disposiciones expresas, pero en todo caso se le prohíben a la mujer tareas penosas, peligrosas o insalubres.

Brasil: CLT, art. 392.4: Mediante certificado médico, la embarazada puede cambiar de puesto de trabajo.

Paraguay: CT. art. 130: Durante el embarazo o lactancia no podrá realizar tareas insalubres o peligrosas. CT. art.135: Si realiza tareas insalubres, peligrosas o penosas tiene derecho a ser trasladada del lugar de trabajo, sin reducción de salario. El Código del Trabajo en su artículo 131, define tareas peligrosas o insalubres.

Uruguay: Se prohíben ciertas tareas a la embarazada. Empleo de benzol, benceno, trabajos perjudiciales. El peso debe ser inferior a 25 kilos. No hay norma sobre obligación de traslado de función.

#### 4.5.2 Notificación del estado de embarazo.

Argentina: LCT, art. 177: Obligación de comunicar embarazo al empleador, con certificado médico.

Brasil: CN contempla estabilidad desde la confirmación del embarazo. No se indica forma de realizarla. Normalmente por medio de certificado médico.

Paraguay: CT. art. 136: Nulidad del despido desde el momento que el empleador haya sido notificado del embarazo. No se hace referencia al certificado médico como medio de notificación del embarazo.

Uruguay: No hay norma expresa. Jurisprudencia: Despido especial se debe si el empleador conocía estado de gravidez.

#### 4.5.3 Licencia por enfermedad de hijo o menor a cargo.

Argentina: LCT. art.183 c): Estado de excedencia, (que puede ser de entre 3 y 6 meses). Opción de la trabajadora por nacimiento o enfermedad de un hijo menor de edad. No se percibe salario.

Brasil: No hay normas generales.

Paraguay: No hay normas generales.

Uruguay: No hay normas generales. Se contemplan en algunos convenios colectivos.

#### 4.5.4 Licencia de paternidad.

Argentina: LCT. art.158, a): Dos días corridos por nacimiento del hijo.

Brasil: CLT. art.7, XIX CN Disposición Transitoria art. 10, II, b: Cinco días pagados por el empleador.

Paraguay: CT. art. 62, j): Dos días.

Uruguay: No hay norma general para la actividad privada, pero se prevé en convenios colectivos uno o dos días. Funcionarios públicos, 3 días.

#### 4.5.5 Guarderías o jardines infantiles.

Argentina: LCT. art.179: Obligación de las empresas de instalar salas maternas y guarderías, según reglamentación.

Brasil: CLT, art. 389, I: Obligación de instalarlas en empresas con 30 trabajadoras; además de guarderías distritales y por convenios. Derecho a asistencia a guardería hasta los 6 años. Ley

9.394: Es deber del estado la atención gratuita de niños de 0 a 6 años.

Paraguay: CT. art.134: Obligación de instalar salas o guarderías para menores de 2 años en empresas donde trabajen más de 50 trabajadores de uno u otro sexo.

Uruguay: No existen normas legales obligando a instalarlas. Guarderías en organismos públicos y por convenio colectivo.

#### 4.5.6 Despido por causa de matrimonio.

Argentina: LCT. art. 180: Nulidad de los contratos que establezcan despido por matrimonio. Presunción de tal causal si se produce 3 meses antes o 6 después del matrimonio. Indemnización: Un año de remuneración.

Brasil: CLT. art.391, 477 y 478: Matrimonio no es justo motivo de despido. No se permiten restricciones al derecho de empleo, por causa de matrimonio.

Paraguay: No hay norma en el CT.

Uruguay: Ley 16.045: Prohíbe suspensión y despido por cambio de estado civil.

## Capítulo II:

Problemas prácticos en el desarrollo de ésta institución y las soluciones que ha adoptado la jurisprudencia de nuestros tribunales

Efectuada la referencia a los aspectos mas relevantes de la institución que nos ocupa en el primer capítulo, se desarrollarán en éste segundo apartado, los problemas que se han presentado en la aplicación práctica del fuero maternal, a la luz de la jurisprudencia de nuestro país y referida a distintos aspectos que en su momento se precisarán.

La Jurisprudencia a analizar comprende la de nuestros tribunales ordinarios de justicia, que conforman la jurisprudencia judicial. A continuación, comentaremos algunas situaciones conflictivas ventiladas y resueltas por ella:

En primer lugar, se hará referencia a lo relativo a la *autonomía de la voluntad*, principio del derecho laboral ya enunciado al comienzo, y que sufre en materia laboral una notable limitación que la distingue del derecho civil, rama del derecho de donde emana este principio y en que opera de manera absoluta. Así nuestra Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación el 12 de septiembre de 1999, señaló que *Encontrándose la trabajadora*

*acogida al fuero maternal no puede, en principio, renunciar a él antes de su vencimiento conforme lo dispuesto en los artículos 5 y 195 inciso tercero del Código del Trabajo, lo cual no obsta que pueda acordar su retiro voluntario del trabajo a contar de la fecha de vencimiento del fuero, por cuanto en definitiva el amparo legal se encuentra establecido en su favor y si bien tal prohibición legal también impide la renuncia anticipada del derecho, la circunstancia de que el acuerdo entrase en vigencia una vez extinguido el período de vigencia del fuero, permite reconocerle validez al acuerdo.*

Puede la trabajadora de mutuo acuerdo pactar con su empleador que se retirará de sus labores incluso con anticipación, pero lo que no podrá hacer es renunciar a los derechos que por motivo de embarazo le corresponden en tiempo y forma, los que sin duda deben serle compensados debidamente.

En estrecha vinculación a lo dicho, la renuncia de los derechos laborales se encuentra restringido, tal como lo dispone el artículo 5 del Código del Trabajo. Al efecto, la Corte de Apelaciones de Concepción el año 1994 señaló que *la situación de inamovilidad que ampara el fuero maternal, no es susceptible de entenderse modificada por el hecho que la trabajadora haya consentido en firmar un finiquito ante un Oficial del Registro Civil (no se trata de una renuncia voluntaria), ya que el hecho que la trabajadora se mantenga alejada de su trabajo, implica una renuncia de derechos*

que es inadmisibile frente al claro tenor del artículo 5 del Código del Trabajo que señala que los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciabes; lo anterior en directa alusión a una situación de hecho configurada por la ignorancia de la trabajadora de su estado de gravidez al momento de firmar el finiquito, concluyéndose que ésta podrá, mediando certificado médico que acredite el embarazo, gozar de todo el tiempo de protección establecido en el artículo 174 del Código del Trabajo.

Más categórica y sentando una regla irredargüible, la Corte de Apelaciones de Santiago en un recurso de apelación conocido el año 1993, sostuvo que *Mientras dure el fuero maternal la trabajadora no puede ser despedida sino es con autorización judicial. El finiquito en que ésta renuncia a los derechos que le otorga el fuero maternal carece de efecto jurídico por ser irrenunciabes, ya que están destinados a proteger la maternidad de la mujer trabajadora.* El fallo referido no hace mas que confirmar que la mujer trabajadora no puede disponer libremente de los derechos derivados de las normas protectoras de la maternidad y la autonomía de la voluntad nuevamente ha sido reducida a su más mínima expresión.

Otra opinión es la que tuvo el mismo Tribunal de Alzada anterior, en fallo del año 1990, en el que se expresa que *El fuero maternal es irrenunciable mientras subsista la relación laboral, pero*

se pierde en el caso que la trabajadora pone término voluntariamente al contrato de trabajo.<sup>8</sup> Lo mismo expresó el año 1988 en los siguientes términos: *El fuero maternal contempla el derecho irrenunciable al descanso maternal postnatal y la obligación de conservar el empleo a la trabajadora que se encuentra en tal situación, por lo que no cabe tener por interrumpido el vínculo laboral existente entre las partes durante el período correspondiente al citado descanso.*<sup>9</sup> Por último, el mismo año dijo que *La trabajadora que abandona el trabajo pone término en forma unilateral al contrato, renunciando voluntariamente a los beneficios del fuero maternal a que pudo acogerse.*<sup>10</sup>

Un segundo tema respecto al cual la Jurisprudencia de nuestros Tribunales se ha pronunciado, es aquel que dice relación con el *alcance de la protección y efectos del derecho de la trabajadora aforada*. En cuanto al alcance, éste tiene que ver con la extensión de los derechos otorgados por la ley a la trabajadora con fuero; así, la Corte de Apelaciones de Santiago en 1989 expuso que *Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, la trabajadora estará sujeta a*

---

<sup>8</sup> RDJ, Tomo LXXXVII N° 1, Secc. III, Pág. 48,

<sup>9</sup> RDJ, Tomo LXXXV, No. 3, Secc. III, Pág. 247.

<sup>10</sup> Id., Pág. 244.

*fuero laboral. El empleador no podrá en este período poner término al contrato sino con autorización previa de juez competente, la que éste podrá conceder en los casos de las causales que indica, luego la protección contra el despido de estos trabajadores sólo se traduce en el derecho que tienen para permanecer en su empleo, salvo que incurran en alguna de las causales que prevé la ley que autoriza su separación, previo establecimiento de la autoridad judicial de que se configuraron los hechos de la causal respectiva, por lo que es irrelevante que varíe la situación que les otorga fuero, en el tiempo intermedio, entre la solicitud y la sentencia judicial.<sup>11</sup>*

Así también lo expresó la Corte de Santiago en 1989 al señalar que *El descanso maternal se extiende seis semanas antes del parto y doce semanas después de él, derecho que la ley reconoce a la trabajadora en estado de gravidez. La transgresión por parte del empleador del fuero maternal poniendo término al contrato de la trabajadora sin previa autorización judicial, acarrea la consecuencia necesaria de que el despido queda sin efecto y aquél se ve obligado a reponerla, por lo menos hasta el término del plazo cubierto por el fuero, en su empleo y bajo las mismas condiciones en que desarrollaba sus*

---

<sup>11</sup> Gaceta Jurídica N° 107, 1989, Pag. 95.

*labores con anterioridad, pagándole además los días que hubiese estado separada de su empleo.*<sup>12</sup>

Los fallos expuestos nada nuevo nos dicen y sólo se limitan a plasmar el criterio de nuestros jueces que tan claramente se encuentra dispuesto en los artículos 174 y 201 del Código del Trabajo.

En este mismo punto, cabe preguntarse en que momento comienzan a producir sus efectos los derechos tantas veces referidos. Para responder ésta inquietud la Corte Suprema, en recurso de casación en el fondo de fecha 28 de diciembre de 1999 clarifica el punto y sostuvo que *De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 38 del Código de Procedimiento Civil, las resoluciones judiciales sólo producen efectos desde que son notificadas legalmente a las partes, y en el caso de que se trata, la autorización para separar provisionalmente a la trabajadora de sus funciones, no fue puesta en conocimiento de la parte a quien afectaba, lo que en definitiva impidió que se produjera los efectos pretendidos.*

*II. Corte de Apelaciones de Concepción: El emplazamiento es un trámite judicial complejo que consta de dos requisitos o elementos: la notificación en forma legal al demandado de la demanda y su proveído y el plazo señalado en la misma ley para contestarla. Una resolución judicial produce todos los efectos legales que le son*

---

<sup>12</sup> Gaceta Jurídica, N° 110, 1989, PÁG. 90.

*proprios, cuando ha sido notificada y esa notificación ha sido practicada en conformidad a la ley. Por consiguiente, la demanda, por un lado, y el emplazamiento, por el otro, son los fundamentos de todo litigio, sin los cuales no puede concebirse una contienda judicial, ni es dable que recaiga sobre ella ninguna sentencia válida y eficaz.*<sup>13</sup> *Aparece de los antecedentes que una trabajadora por voluntad de su empleadora dejó de prestar servicios para la empresa y de recibir la remuneración consecuente, sin una causa justificada, desde que la solicitud de desafuero y la medida prejudicial, que aquella ha hecho valer como antecedente no ha producido efectos. Por lo expresado, se ha producido, ipso facto, un despido injustificado que legitima a la trabajadora para pedir al Tribunal así lo declare y ordene el pago de las correspondientes indemnizaciones.*<sup>14</sup>

Un tercer punto a que se hará mención, lo constituyen las *atribuciones que ostenta la Dirección del Trabajo* en ésta materia. Nuestro máximo Tribunal con motivo de un Recurso de Protección, se refirió a la competencia de ésta repartición administrativa en fallo de 01 de septiembre de 1998 en el que dispuso que *El recurso de protección ha sido instituido con el propósito de evitar las posibles*

---

<sup>13</sup> Anabalón S, Carlos, *El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*, Edit. Jdca. de Chile, Santiago, pag.130.

<sup>14</sup> Libro de Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema, Diciembre 4 de abril de 1999.

*consecuencias de actos u omisiones arbitrarias o ilegales que produzcan en los afectados privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de sus derechos, a fin de que se adopten las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la protección de los perjudicados. De ahí, emerge como exigencia para que prospere este recurso, que se haya ejecutado un acto o producido una omisión que sea susceptible de calificarse arbitrario o ilegal y que atente en contra de algunas de las garantías establecidas en el artículo 19 de la Constitución. A la Dirección del Trabajo le corresponde particularmente la fiscalización de la aplicación de la legislación laboral, lo que se cumple a través de los inspectores del trabajo. Asimismo según lo dispuesto en el Código del Trabajo, también corresponde a la Dirección del Trabajo, el cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación. De lo anterior resulta que, una funcionaria fiscalizadora de la Inspección del Trabajo, ha actuado válidamente y dentro de sus atribuciones, al practicar visitas inspectivas al establecimiento de la recurrente y constatar las infracciones señaladas, más aún si ha mediado allanamiento del empleador, poniéndose término a la suspensión ilegal de la trabajadora en cuestión y comprometerse a pagar íntegramente las remuneraciones y cotizaciones del período de suspensión, de la trabajadora que, no obstante estar contratada a*

*plazo, queda amparada por el fuero maternal, al embarazarse días antes del vencimiento del plazo.*<sup>15</sup>

Queda claro entonces que a la Dirección del Trabajo le corresponde instar por el cumplimiento de la legislación laboral vigente, interpretar las normas legales que ofrezcan dudas, lo que hace mediante el mecanismo propio de exteriorización de su parecer, cual es el Dictamen; y, por último, no menos importante, le corresponde la fiscalización de la actuación de los agentes laborales en el cumplimiento, como ya se dijo, de la legislación laboral. En este último campo de acción goza de la más amplia libertad, tal como se vislumbra en el fallo comentado, pues en forma oficiosa la Inspección del Trabajo puede incluso efectuar inspecciones en terreno para constatar las condiciones en que se desempeñan los trabajadores.

En cuarto lugar, otro de los problemas que ha resuelto la jurisprudencia de nuestros tribunales, dice relación con el contrato de trabajo, en especial *el contrato a plazo fijo y el fuero maternal*. Recordemos que para que la trabajadora goce de fuero maternal y de los derechos anexos que nuestra legislación le reconoce, es absolutamente necesario que de aviso a su empleador del estado de gravidez en que se encuentra.

---

<sup>15</sup> Libro de Registro de Sentencias de Protección, de la Corte Suprema, 1998.

De este modo se ha pronunciado la Corte Suprema con fecha 7 de abril de 1999, señalando que *Si bien el artículo 201 del Código del Trabajo, concede fuero a la mujer embarazada, tratándose de contratos a plazo fijo, cual es el caso de autos, el empleador puede ponerle fin al contrato en el plazo convenido, pidiendo para ello autorización al tribunal competente. Ahora bien, si el empleador no tiene conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora, sea porque éste no es notorio o porque aquella lo ha disimulado, resulta en justicia acoger la solicitud que se hace con posterioridad, ya que era imposible solicitar autorización cuando ignoraba que había necesidad de ella. Por otra parte, la demandada no ha logrado acreditar su aserto, en el sentido que la demandante conocía de su estado de gravidez. Por las razones expuestas, cabe acceder a las peticiones de la parte demandante, en orden a que se autorice a poner fin a los servicios de la trabajadora, por expiración del término estipulado en el contrato.*<sup>16</sup>

Otro fallo que reafirma la obligación de dar aviso del estado de embarazo al empleador, antes de que expire el contrato de trabajo, es el de fecha 12 de noviembre de 1997, *En tales circunstancias, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 200, 201 y 779 del Código de Procedimiento Civil, deberá declararse desierto el expresado recurso. Ponderando los elementos de prueba allegados*

---

<sup>16</sup> Libro de Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema, 24 abril de 1999.

*al recurso, con arreglo a las normas de la sana crítica y teniendo presente, lo dispuesto en el artículo 201 del Código del Trabajo, se debe concluir que a la fecha en que se tomó conocimiento por la parte empleadora de la existencia del embarazo, el contrato de trabajo ya había expirado y del tenor de la disposición señalada resulta que el fuero maternal que se reclama no opera tratándose de contratos de plazo fijo y más aún si se tiene en consideración que la demandante ignoró dicho estado hasta que se le puso en conocimiento, con motivo de la visita inspectiva practicada por el por el fiscalizador de la Inspección respectiva. Los documentos agregados por la demandada en cuanto a acreditar la existencia del embarazo, no altera la conclusión anterior, pues en concepto de este Tribunal, la circunstancia de que ella haya firmado el finiquito a la época de la expiración del contrato, sin hacer mención a dicho estado, desvirtúa el mérito probatorio de aquellos, en cuanto a acreditar el conocimiento que pudo haber tenido la actora oportunamente. Cabe hacer presente, que la demanda de desafuero se interpuso por la demandante, con posterioridad a la inspección practicada.<sup>17</sup>*

Otro punto conflictivo que se presenta en esta revisión jurisprudencial, se produce entre la *vigencia del fuero maternal* y el

---

<sup>17</sup> Libro Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema, Diciembre, 1997.

*contrato por obra o faena determinada, recalcando una vez mas lo dispuesto en el actual artículo 197 del Código del Trabajo, que señala la necesidad de dar aviso al empleador del estado de embarazo de la trabajadora; de este modo se pronunció la Corte Suprema con fecha 12 de febrero de 1998, al conocer una apelación de un recurso de protección, Se recurre de protección en contra de la Inspección del Trabajo, señalando el recurrente que los hechos que fundan su recurso son los siguientes: la recurrente celebró contrato de trabajo con una trabajadora para que se desempeñara como operaria, cuya duración se pactó hasta el término de la faena del erizo. En atención a la veda decretada por las autoridades respecto del erizo, se puso término al contrato de trabajo, suscribiéndose el correspondiente finiquito ante la Inspección del Trabajo, constando el pago a la trabajadora de todo lo adeudado, la cual lo suscribió conforme y sin hacer reserva de derechos. Posteriormente se presentó a la empresa recurrente la fiscalizadora de la Inspección del Trabajo, acompañada de la ex trabajadora, exigiendo la reincorporación de ésta, por encontrarse con embarazo de 26 semanas, planteando la necesidad de pagarle las remuneraciones desde la fecha de término de la relación laboral, hasta la reincorporación, bajo apercibimiento de una sanción administrativa. Además, la trabajadora nunca había señalado encontrarse preñada, hasta la fecha en que concurrió exigiendo su*

*reincorporación. Agrega el recurrente que la recurrida ha expresado una supuesta violación de los artículos 201, 174 y 55 del Código del Trabajo, lo que no es efectivo, y dicha interpretación es una actuación ilegal y arbitraria. Asimismo, señala el recurrente, que el contrato celebrado con la trabajadora es un contrato por obra o faena, que no se transforma en indefinido por el sólo ministerio de la ley o por voluntad de una autoridad administrativa, por no estar frente a uno de los casos que establece el artículo 159 número 4 del Código del Trabajo, y no se transforma en indefinido por el sólo ministerio de la ley cuando el trabajador adquiere el fuero laboral antes de su conclusión, y la trabajadora no comunicó su situación de embarazo a su empleador ni acompañó certificado médico que acreditara dicha situación, como señala el artículo 201 del Código del Trabajo. En definitiva, la actuación de la recurrida ha sido ilegal y arbitraria, ya que, no ha habido despido de la trabajadora, sino término de contrato por haber expirado la obra o faena para la que había sido contratada, careciendo la Inspección del Trabajo de facultades para exigir la reincorporación de la trabajadora. Por ello, se han conculcado las garantías constitucionales de los números 2, 3, 4, 5 y 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.*

*Apareciendo que la recurrida únicamente se limitó a representar al recurrente la ilegalidad del despido de que fue objeto*

*la trabajadora, quien a esa fecha se encontraba en estado de gravidez, y en la visita inspectiva le hizo presente al recurrente su obligación de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 174 y 201 del Código del Trabajo, no se divisa ninguna arbitrariedad o ilegalidad en el obrar de la recurrida. En consecuencia, se rechaza el recurso de protección interpuesto.*<sup>18</sup>

Recordemos también que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo, el hecho de haber continuado la trabajadora prestando servicios, con conocimiento del empleador, después de expirado el plazo del contrato, lo transforma en uno de duración indefinida. En virtud de ello es perfectamente aplicable el fuero maternal a la trabajadora que se encuentre en esta situación y por lo tanto en virtud de esta inamovilidad el empleador no puede poner término al contrato sin contar previamente con autorización judicial.

En sexto lugar, se hará referencia a los problemas que se han presentado con relación a las *causales de término del contrato de trabajo* y como nuestros tribunales tienden a fallar en favor de reconocer ciertos derechos a las trabajadoras embarazadas. Está conteste la jurisprudencia al considerar dentro de la causal de

---

<sup>18</sup> Libro de Registro de Sentencias de Protecciones de la Excm. Corte Suprema, 12 de Febrero de 1998.

término del contrato de trabajo del N° 7 del artículo 160, esto es el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, el no pago de las cotizaciones previsionales. La Corte de Apelaciones de San Miguel el 28 de julio de 1997 se manifestó en el siguiente sentido: *El no pago de las cotizaciones previsionales, más en el caso de una mujer amparada en el fuero maternal, constituye sin duda, incumplimiento grave de las obligaciones que el contrato de trabajo impone al empleador, lo que autoriza al trabajador para poner término al contrato en virtud de lo dispuesto en el artículo 171 del Código del Trabajo.*<sup>19</sup>

Otro fallo que nos muestra la preocupación que han tenido los tribunales al momento de analizar las causales de término del contrato de trabajo de la mujer embarazada es el de la Corte de Apelaciones de Santiago que señala: *Atendido que al contrato de trabajo se le puso término por decisión unilateral del empleador por necesidades de la empresa, basada en la baja productividad de la empleada y que el hecho del embarazo de ésta no fue considerado al poner término a la relación laboral y no habiendo formulado la trabajadora ninguna expresión de voluntad; cabe concluir que no puede aceptarse que cuando firmó el finiquito haya renunciado al derecho de reclamar el fuero que le favorecía.*

---

<sup>19</sup> Libro Registro de Sentencias Civiles de la Corte de Apelaciones de San Miguel, julio 1997.

*Si bien es cierto que luego del despido, la demandada trabajó algunos días para otra empresa, no lo es menos que dicha relación laboral no pudo mantenerse por causa de su gravidez, terminando por abandono de las labores; de tal suerte que el hecho que la colocó en situación de desprotección fue precisamente el despido, no pudiendo la trabajadora hacer otra cosa que pretender un nuevo trabajo, aún cuando no estaba en condiciones físicas adecuadas. Considerando que la protección de la maternidad y los derechos del que está por nacer se sustentan en la imposibilidad del despido de la trabajadora embarazada; debe concluirse que toda terminación del contrato de trabajo que tenga lugar en tales circunstancias carece de validez, sin que tenga trascendencia el hecho de una relación laboral posterior.<sup>20</sup>*

Fundamental ha resultado, para evitar una práctica muy común con las trabajadoras, el hecho que nuestros tribunales se hayan pronunciado respecto de la procedencia del fuero maternal en el caso que una trabajadora no tenga contrato de trabajo, pero si reúna las condiciones necesarias para configurar uno. De este modo la Corte de Apelaciones de Santiago ya en 1988 señalaba lo siguiente: *Se encuentra acreditada la existencia del vínculo laboral contractual, si existen en la especie todos los elementos que caracterizan el contrato de trabajo: prestación de servicios de la*

---

<sup>20</sup> Gaceta Jurídica N° 195, Pag. 171, año 1996.

*demandante a la demandada por una remuneración determinada y, en especial, el vínculo de subordinación o dependencia. El artículo 186 del Código del Trabajo en relación con el artículo 165 del mismo cuerpo legal establece que durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad no puede despedirse a la trabajadora que goza de fuero maternal sino con autorización previa del Juez competente, la que éste puede conceder en los casos que señala. Si en la especie no se ha solicitado autorización alguna para despedir a la trabajadora, entonces el despido carece de validez, ya que se ha violado la inamovilidad de que goza la mujer embarazada.<sup>21</sup>*

En séptimo lugar, nos referiremos a la precisión que han hecho nuestros tribunales en relación a los *plazos contemplados en el artículo 174 del Código del Trabajo* para hacer exigible por parte de la trabajadora embarazada su derecho a fuero y reincorporación a sus labores.

La Corte Suprema de Justicia con fecha 26 de enero de 1999, al fallar un recurso de casación en el fondo señaló lo siguiente: *El legislador en el artículo 201 del Código del Trabajo, contempló un plazo de caducidad para que la mujer sujeta a fuero maternal*

---

<sup>21</sup> Gaceta Jurídica N° 100, Pag. 105.

*hiciera valer sus derechos, en caso de despido al indicar: "Si por ignorancia del estado de embarazo se hubiere puesto término del contrato en contravención a lo dispuesto en el artículo 174, procedimiento de desafuero, la medida quedará sin efecto y la trabajadora volverá a su trabajo... La afectada deberá hacer efectivo este derecho dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde el despido.*

El artículo 480 del Código del Trabajo en su inciso segundo preceptúa: *"... En todo caso, las acciones provenientes de los actos y contratos a que se refiere este Código prescribirán en seis meses contados desde la terminación de los servicios..."* <sup>22</sup>

Del tenor literal de las normas legales citadas, aparece con mediana claridad que las causas del trabajo se encuentran sujetas al instituto procesal de la prescripción de la acción, sin que tenga excepción para su aplicación la circunstancia de que alguna de las partes en conflicto, se encuentre bajo el amparo de un fuero, como ocurriría con una beneficiada por el fuero maternal. Lo antes dicho, se ve reforzado con la procedencia de la caducidad de la acción de reincorporación para una trabajadora en estado de embarazo.

En este orden de ideas, tiene sustento el aforismo jurídico que sostiene *el que puede lo más, también puede lo menos*, es decir si

---

<sup>22</sup> Libro de Registro de Sentencias Laborales de la Corte Suprema de Justicia.

el empleador puede alegar la caducidad de la acción, no se ve inconveniente para que pueda sostener la prescripción de la misma.

Otra disposición que se ha prestado a dudas entre los actores del derecho en cuanto a su aplicación, es el artículo 192 (actual artículo 201) del Código del Trabajo. La Corte Suprema al pronunciarse sobre un recurso de queja en el año 1992 señaló lo siguiente: *La acción para reclamar del despido indebido de una mujer embarazada en goce de fuero maternal debe interponerse dentro del plazo de caducidad que establece la ley en materia de terminación de contrato de trabajo, sin que sea aplicable la norma contenida en el artículo 192 del Código de Trabajo, que dispone que los derechos establecidos relativos a la protección a la maternidad prescriben en sesenta días contados desde el término de un año subsecuente a la extinción del descanso de maternidad, pues este precepto sólo se aplica durante la vigencia del contrato de trabajo y no respecto a su terminación.*<sup>23</sup>

La Corte Suprema declaró sin lugar el recurso de queja en contra de la sentencia de alzada que confirmó la de primer grado, en la que se contiene la doctrina expuesta.

En octavo lugar, se hará referencia al pronunciamiento de

---

<sup>23</sup> RDJ, Tomo LXXXIX, No. 2, 1992, Secc. III, Pág. 46.

nuestros tribunales en relación a la *procedencia, oportunidad e incompatibilidad de las indemnizaciones que le corresponden a la trabajadora en razón del fuero maternal*. Los tribunales están contestes al señalar que si no es posible reincorporar a la trabajadora a sus labores, deberá pagársele sus remuneraciones que correspondan al periodo respectivo.

De este modo la Corte de Apelaciones de Santiago a señalado al conocer de un recurso de apelación el año 1987, lo siguiente: *Durante el período del embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad no puede ponerse término al contrato de estas trabajadoras sino con la autorización previa del tribunal competente. Por lo tanto, si no es posible ordenar la reincorporación de estas trabajadoras, se debe pagárseles sus remuneraciones desde la fecha del despido hasta el término de sus respectivos períodos de inamovilidad, sobre la base de su última remuneración.*<sup>24</sup>

Intimamente ligado al fallo anterior, se ha impuesto el criterio de nuestros tribunales en orden a establecer la incompatibilidad existente entre los distintos tipos de indemnizaciones que le corresponderían a la trabajadora embarazada. Así la Corte Suprema ha señalado, al conocer un recurso de queja el año 1992,

---

<sup>24</sup> RDJ, Tomo LXXXIV, No. 3, 1987, Secc. III, Pág. 166.

lo siguiente: *La disposición legal que establece que la indemnización por años de servicio es incompatible con toda otra indemnización que pudiere corresponder al trabajador, cualquiera sea su origen, y a cuyo pago concurra el empleador total o parcialmente, se aplica a la indemnización consistente en el pago de las remuneraciones correspondientes al período de fuero maternal, la que es incompatible con aquella por años de servicios; por lo que, incurren en falta los jueces recurridos que han concedido ambas indemnizaciones sin declarar la referida incompatibilidad y la respectiva opción que, en tal caso, la ley confiere a la trabajadora.*<sup>25</sup>

Para efectos de continuar con el análisis llevado a cabo y a fin de revisar la última jurisprudencia de los siguientes puntos, nos hacemos las siguientes preguntas: ¿qué pasa con el fuero maternal y los entes estatales?, ¿qué pasa con los derechos reseñados respecto de los trabajadoras del sector público?. En cuanto a la primera de las preguntas formuladas, es la Contraloría General de la República la que se ha hecho cargo de ella, en respuesta a la Consulta efectuada con fecha 19 de diciembre de 1995, en la que se señala: *Como lo ha informado la invariable jurisprudencia de la Contraloría General de la República, las normas de protección a la maternidad contenidas en el Código del Trabajo son obligatorias para todos los entes estatales y, por ende, alcanzan a las servidoras*

---

<sup>25</sup> RDJ, Tomo LXXXIX, No. 2, 1992, Secc. II, Pág. 110.

*suplentes, quienes tienen derecho a gozar de los períodos de licencia correspondiente, y al pago de remuneraciones durante dichos períodos -que son de cargo del empleador- conclusión que procede mantener luego de la entrada en vigor del nuevo Estatuto Administrativo aprobado por la Ley 18.834, y en especial a lo dispuesto por el artículo 83 inciso 2. Como lo ha consignado esa misma jurisprudencia, en el supuesto de cumplirse el plazo al cabo del cual la plaza que sirve una trabajadora en el carácter de suplente, deba ser ocupada, o se haya terminado la causa que impedía al titular ejercer sus deberes, es la propia ley la que pone término a las funciones, no obstante la inamovilidad de que pudiere gozar en razón del fuero maternal. En otras palabras la doctrina expuesta descansa en el principio que los ceses de servicio que dispone la ley -cuyo es el caso de los personales que se desempeñan como suplentes- operan con prescindencia de las normas de inamovilidad en el empleo contenidas en textos estatutarios o en otros preceptos legales generales o especiales, como quiera que esas normas de estabilidad sólo juegan en relación con la eventual facultad de poner término a funciones, pero no tienen cabida en los casos en que la ley ordena el alejamiento del servidor.<sup>26</sup> Ante la claridad de lo concluido, no cabe siquiera*

---

<sup>26</sup> Gaceta Jurídica, N° 186,1995, Pág. 161.

entrar a comentar lo anterior.

A mayor abundamiento y respondiendo la segunda pregunta formulada, que en todo caso está íntimamente ligada a la primera, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que: *Deducido recurso de protección en contra de la Inspección Provincial del Trabajo y en contra de un establecimiento hospitalario, se funda contra la primera por haberse negado en uso de sus facultades fiscalizadoras a darle protección necesaria y respecto de la segunda, por tener una política de hostigamiento permanente, arbitraria e ilegal en contra de su persona, por el solo hecho de querer tener un hijo. El artículo 1 del Código del Trabajo, al fijar el ámbito general de aplicación de sus normas, excluye expresamente de ellas, entre otros, a los funcionarios de la Administración del Estado, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, así como al de las empresas o instituciones del Estado, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. Con todo, dicho Código mantiene un carácter supletorio respecto de las materias y en las condiciones señaladas en su inciso final. Esta norma de carácter general contiene una importante excepción, tratándose de las disposiciones contenidas en el Título II del Libro II que trata "De la Protección a la Maternidad", las que por expresa disposición del artículo 194 del Código del Trabajo, se aplican indistintamente tanto*

*a los servicios de la administración pública, semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades, etc., como a los trabajadores del sector privado. No es materia de discusión la circunstancia de que la recurrente se ha desempeñado en calidad de auxiliar paramédico suplente de un hospital; su calidad era, entonces, la de funcionaria suplente de la Administración del Estado (dependiendo dicho establecimiento, del Ministerio de Salud), sujetos a la fiscalización de la Contraloría General de la República. En efecto, consta que la recurrente ha prestado servicios discontinuos en dicho hospital, efectuando reemplazos de funcionarios que se hallaban con feriado o licencia médica, a través de contratos a plazo fijo. Las trabajadoras que sirven contratos dispuestos dentro de un período determinado, con el objeto de efectuar reemplazos del personal titular, no se encuentran amparadas por el fuero maternal, de tal modo que la autoridad que efectuó el nombramiento no sólo está facultada para no renovar, a su vencimiento el contrato, sino que además tiene la obligación de hacerlo, al cesar la razón que motivó el reemplazo, como es el caso, en el que la suplencia terminó. Los ceses de servicios que fija la ley operan con prescindencia de las normas de inamovilidad en el cargo contenidas en textos estatutarios o preceptos legales, pues las reglas de estabilidad solo se aplican en relación con la eventual facultad de poner término a las funciones por parte de la autoridad*

*administrativa, sin que tenga cabida en los casos en que, como en el de autos, la desvinculación de la recurrente se ha producido por aplicación de la ley, al cesar el período para el que fue contratada. En el mismo orden de ideas, el artículo 48 de la Ley 18.575, Orgánica General de Bases del Estado, establece que el personal a que se refiere el artículo 18, gozará de estabilidad en el empleo y solo podrá cesar en él, por las razones que la norma entrega, entre ellas, el término del período legal por el cual es designado. A su turno, el artículo 4 de la Ley 18.834, que aprueba el estatuto administrativo al definir lo que se entiende por funcionario suplente, dice que lo son los designados en los cargos que se encuentran vacantes y en aquellos que por cualquier circunstancia no sea desempeñados por el titular, correspondiendo éste último caso, al de la recurrente; de manera que estos cargos son por esencia transitorios. Por su parte, la planta personal es el conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución. De manera que los cargos públicos se crean mediante ley, no siendo posible aceptar el criterio de inamovilidad de los suplentes por razón de fuero maternal, ya que por dicha vía se crearían cargos al margen de la ley, razones por las que debe rechazarse el recurso de protección. Apelación en Recurso de Protección.<sup>27</sup>*

---

<sup>27</sup> Libro de Registro de Sentencias de Protección de la Corte Suprema, 1999.

Lo importante a destacar aquí no es la discusión acerca de si el funcionario suplente del servicio dependiente del Ministerio de Salud goza o no del fuero maternal, sin perjuicio de señalar que se concluyó que no por cuanto su cargo era creado por la ley y es de carácter estrictamente provisorio. Lo relevante a destacar aquí lo constituye el hecho que la legislación sobre protección a la maternidad contenida en el Título II del Libro II del Código del Trabajo, por expreso mandato del artículo 194 del cuerpo legal citado, se hace extensivo a los trabajadores de la administración pública, haciendo caso omiso a lo dispuesto en el artículo 1º del código laboral que determina el campo de aplicación del Código del Trabajo.

Interesante y constituye un punto aparte, resulta el referirse a situaciones puntuales como las que se originan por la *ignorancia del estado de embarazo, la falta de prueba de éste y el nuevo embarazo*.

Respecto al desconocimiento del estado de gravidez la Corte de Apelaciones de Santiago el año 1994 señaló que *Conforme lo señala el artículo 186 del Código del Trabajo, si por ignorancia del estado de embarazo se hubiere dispuesto poner término al contrato de la trabajadora investida de fuero maternal, con infracción a este artículo, la medida quedará sin efecto y la trabajadora volverá a su*

*trabajo, sin perjuicio del derecho a remuneración por el tiempo en que haya permanecido fuera de éste, de lo que se desprende que la reincorporación debe disponerse siempre con el pago de las remuneraciones correspondientes al lapso de separación indebida.*<sup>28</sup>

A igual conclusión arribó la Corte de Apelaciones de Concepción en 1994: *Si por ignorancia del estado de embarazo se despide a una trabajadora con fuero maternal, bastará presentar certificado médico que acredite dicho estado, para que se deje sin efecto la medida y se le reintegre a sus labores. Una renuncia a derechos protegidos por la legislación laboral no tendrá eficacia si no es hecha en términos formales y explícitos. La sola suscripción de un finiquito no implica una renuncia a la inamovilidad que otorga el fuero maternal, especialmente si se considera que al firmarlo, la concepción todavía era reciente pudiendo la trabajadora haber desconocido que estaba embarazada.*<sup>29</sup>

Para saber que sucede con la falta o insuficiencia de prueba del embarazo rendida en juicio, hay que determinar en primer término a quien corresponde el onus probandis, sin que en ésta materia sufra alteración la regla fundamental contenida en el

---

<sup>28</sup> Gaceta Jurídica N° 165, 1994, pág. 112.

<sup>29</sup> Gaceta Jurídica No. 166, 1994, pág. 143.

artículo 1698 del Código Civil; así, le corresponde acreditar el embarazo a la mujer trabajadora. A igual conclusión llegamos si se considera el criterio de normalidad, pues lo corriente será que la mujer no esté embarazada y la situación excepcional la va a constituir justamente el hecho contrario, debiendo probar aquello la interesada en que así se constate, reconozca y declare. La Jurisprudencia así lo señala en un fallo que no deja lugar a dudas, emitido por la Corte Suprema en 1994 conociendo de un recurso de queja: *Si los documentos acompañados por una trabajadora no permiten acreditar que estaba embarazada a la fecha de ser despedida, no puede acogerse la demanda de reincorporación interpuesta en contra de su empleador.*<sup>30</sup>

En undécimo lugar en relación a un *nuevo o segundo embarazo de la trabajadora*, debemos preguntarnos si éste tiene la virtud de detener o dejar sin efecto la autorización ya dada por los tribunales ordinarios para separar a la trabajadora de sus labores por causal legal procedente con motivo del primer embarazo. Una respuesta a ésta inquietud la dio la Corte de Apelaciones de Santiago el año 1989, oportunidad en que resolvió que: *El nuevo embarazo de la trabajadora, respecto de la cual se había concedido autorización judicial para poner término a su contrato de trabajo por*

---

<sup>30</sup> Gaceta Jurídica N° 172, 1994, pág. 119.

*haber incurrido en una causal de caducidad del mismo en circunstancias que gozaba de fuero maternal en razón de un embarazo anterior, no produce el efecto de mantener el vínculo laboral, por lo que debe negarse lugar a su demanda, en que haciendo valer el fuero de que se trata pretende que se le reincorpore en el empleo.*<sup>31</sup>

En duodécimo lugar, si bien en el juicio ordinario laboral es procedente y se contempla la posibilidad de deducir *demanda reconvencional*, en la acción de la trabajadora separada ilegalmente de sus funciones destinada a su reintegro y pago de remuneraciones no puede deducirse por el demandado principal demanda reconvencional, ello en virtud que la resolución que acceda a la reincorporación es jurídicamente incompatible con aquella que a la vez pretende que se separe de sus funciones a la trabajadora, ello porque no se puede sanear ese despido a que faltó la autorización previa del Juez competente. Al respecto la Corte de Apelaciones de Santiago en 1987 señaló que: *El empleador no puede poner término al contrato de trabajo de una dependiente suya mientras ésta se encuentra en el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad. Por consiguiente, jurídicamente no cabe la alternativa que en la sentencia, que reconoce dicho fuero, se contemple la alternativa*

---

<sup>31</sup> RDJ, Tomo LXXXVI, N° 2, 1989, Secc. Tercera, Pág. 179.

*que la demandada no se reincorpore a sus labores. La demanda reconvenzional en la cual se solicita autorización judicial para poner término al contrato de trabajo de una empleada sujeta a fuero laboral, no puede producir el efecto de sanear una exoneración respecto de la cual no se cumple el requisito esencial exigido por la ley en orden a una licencia previa.*<sup>32</sup>

Por último, apuntaremos aquella situación en que se ve involucrada una mujer *trabajadora sujeta a fuero maternal que labora en una empresa declarada en quiebra*. Al respecto, puede decirse que el derecho al fuero maternal, normas que por lo demás son de orden público y por ende irrenunciables, fueron incorporadas al patrimonio de la mujer que se encuentre en la hipótesis resguardada por la norma jurídica, y por lo tanto tiene el derecho de propiedad sobre ese derecho, tal como lo consagra nuestra Constitución en el artículo 19 N° 24, así como lo reitera el artículo 583 del Código Civil. En consecuencia solo cabe concluir que la quiebra de la empresa donde trabajaba la mujer embarazada no tiene la virtud de poner fin al fuero maternal, el que seguirá vigente, pero obviamente ya no podrá solicitarse por la trabajadora demandante la reincorporación a sus labores, cuestión lógicamente imposible, pero podrá siempre ser reparada pecuniariamente por todo aquel tiempo que la proteja el fuero.

---

<sup>32</sup> RDJ, Tomo LXXXIV, N° 2, 1987, Secc. Tercera, Pág. 95.

Lo concluido anteriormente se refleja en sendos fallos de la Corte Apelaciones de Santiago del año 1990, el primero de ellos, que expresa que *Si bien la resolución que declaró la quiebra del empleador puso término de inmediato a la actividad de la sociedad, este hecho no es causal de terminación de contrato y no puede afectar al fuero de inamovilidad de la mujer en estado de gravidez, pues se trata de un derecho personalísimo*<sup>33</sup>; y el segundo de éstos, del año 1990, que dijo: *La quiebra de la empresa, declarada judicialmente, no es causal de caducidad del contrato de trabajo, ni autoriza la terminación del fuero, tratándose de una trabajadora amparada por este; pues aún cuando se extinga la fuente de trabajo permanece la causa que motivó el fuero. Siendo imposible, en este caso, la reincorporación de la actora, deben indemnizárseles los perjuicios correspondientes.*<sup>34</sup>

Debemos recordar que las remuneraciones adeudadas e indemnizaciones de origen laboral que procedan a favor de la trabajadora envuelta en ésta situación, constituyen un crédito de primera clase en contra de la masa del fallido, que goza de privilegio para su pago, según lo dispone el artículo 2472 N° 5 y N° 8 del Código Civil, previa verificación oportuna de dicho crédito.

---

<sup>33</sup> Gaceta Jurídica 118 Pag. 78

<sup>34</sup> RDJ, Tomo LXXXVII Nro.1, Secc. III, Pág. 50.

Lo señalado a lo largo de éste capítulo, es un análisis a la jurisprudencia mas reciente en relación a algunos de los puntos conflictivos que se han debido resolver en el desarrollo de la institución en estudio; sin duda que la misma naturaleza del derecho laboral, que está en constante evolución, no nos permite efectuar un análisis mucho mas profundo al respecto, pero lo expuesto da mas claridad a aquellas situaciones relevantes que en la aplicación práctica nos puede ofrecer el fuero maternal.

### Capítulo III:

Efectos de la institución en estudio en el ámbito social y económico

En este tercer capítulo, mas alejado de lo estrictamente jurídico, se pretende dar una pequeña visión de las repercusiones o impacto social y económico del establecimiento de éste derecho a favor de las mujeres en nuestra sociedad.

Resulta insospechada la gran influencia que las normas protectoras de la maternidad y en especial el fuero maternal pueden tener en los distintos ámbitos de nuestra sociedad. La maternidad y su influencia en la actividad productiva ha estado en conflicto desde que el hombre existe en la tierra, dicho conflicto ha ido aumentando a lo largo del tiempo en la medida que la actividad profesional de la mujer resulta cada vez mas importante y son ellas quienes suelen aportar una parte importante de los ingresos familiares. Según las prospecciones que se han realizado, esta claro que de aquí a diez años aproximadamente el 80 por ciento de las mujeres de los países industrializados y un 70 por ciento de las mujeres de todo el mundo que estén en edad de procrear, serán activas a nivel profesional. Las condiciones de trabajo han evolucionado mucho en los últimos cincuenta años y las nuevas formas de producción tienen riesgos potenciales para la salud de las mujeres y niños.

También es previsible que, mientras tanto, la situación de igualdad para los hombres y las mujeres, tanto en la vida privada como profesional, tenga cada vez mas importancia, y cada vez mas países que promuevan un modelo de educación que comparta las responsabilidades familiares y en el cual el padre y la madre participen con igualdad de derechos, las familias tenderán a tener mas hijos mirando la maternidad no como una carga sino como un modelo de realización familiar, ya que esta aumentando el numero de familias monoparentales.

Si se tiene en cuenta lo anterior, es evidente que hay que tratar de conseguir un ajuste a nivel mundial en relación con las normas de la maternidad, recogiendo las modificaciones que han tenido lugar en nuestra sociedad.

Sin duda que una de las tareas de mayor trascendencia social es la maternidad, esta tarea no solo implica el cuidado de la salud y la alimentación del hijo, sino que además incluye la responsabilidad social y cultural que la historia le ha otorgado a la madre de convertir a ese hijo en un ser autónomo, mediante la educación y la transmisión de los valores sociales y culturales de la sociedad. La maternidad se sigue concibiendo y entendiendo como un proceso biológico que se desarrolla como función solitaria connatural a la condición femenina de la mujer, al punto que esta es mujer en la medida que es madre. El trastorno biológico es sobredimensionado

en la atención médica, velando los dispositivos sociales, económicos, culturales y de relaciones de género.

Proteger y apoyar la maternidad, es un deber social que debe ser asumido por los distintos actores de la sociedad, partiendo por un cambio de actitud hacia la mujer trabajadora de parte de los padres, en el sentido de no encasillar a la mujer en un rol único de madre protectora de sus hijos, y por otro lado debe existir un cambio de actitud de parte de los empleadores, en el sentido de considerar a la madre trabajadora no como un recurso más de su empresa, sino también considerar que son madres de familia.

El elemento clave e imprescindible para proteger la salud de cualquier mujer y su hijo, es el derecho de la mujer a un periodo de licencia por maternidad, a la protección contra el despido por motivos relativos al embarazo o la licencia de maternidad con medios adecuados para mantenerse ella y su hijo.

Con frecuencia, a las mujeres se les ponen demasiadas trabas en el campo laboral para que puedan llevar a cabo su doble función social, porque se condiciona su trabajo a su posible maternidad, porque no existe la necesaria flexibilidad para hacer compatible trabajo y familia, porque no hay suficientes servicios sociales que ayuden a la crianza de los niños pequeños, porque no se facilitan los medios para reincorporarse al trabajo, tras haber sacado adelante una familia numerosa.

Como hemos podido apreciar la maternidad y su protección constituyen un fenómeno social que va de la mano con el desarrollo económico de un país. Los trabajadores por un lado adhieren a una mayor protección efectiva para la mujer trabajadora y por el otro lado los empleadores si bien es cierto reconocen la necesidad de establecer un equilibrio entre la protección de la seguridad social y de la salud de la mujer, la seguridad del empleo durante su embarazo y después del parto hacen hincapié en la protección de su sector, es decir quieren evitar que se les apliquen cargas indebidas de tipo monetario, operativo y en materia de cumplimiento de sus obligaciones laborales en general. Los empleadores tienen el deber de garantizar una buena protección de la maternidad para las trabajadoras. El hecho que las mujeres sean las que tienen los hijos y sean las que los educan en los primeros años de su vida, no significa que deban asumir toda la responsabilidad; en efecto nos parece que la salud de la madre y de los menores va en interés directo de los empleadores y de la economía de un país, ya que es la mejor manera para que puedan contar con una mano de obra física e intelectualmente sana en el futuro.

Los empleadores tienen la responsabilidad de garantizar que haya una protección adecuada para las trabajadoras y los gobiernos, por su parte, tienen la responsabilidad de asegurar que las mujeres tengan un buen nivel de apoyo de cualquier fuente que

provenga, para ella y sus hijos, en el periodo en el cual no esta trabajando. Esta es un responsabilidad compartida y lo mismo ocurre con los derechos, todos los derechos no pueden beneficiar solo a las mujeres. Los empleadores tienen el derecho de esperar que no tengan que correr con costos indebidos y extremadamente altos por la licencia de maternidad y extensos períodos de fuero. Los gobiernos tienen el derecho de fijar una política nacional que refleje las esperanzas sociales y económicas de toda la comunidad.

En relación a lo expuesto es pertinente referirse brevemente a un tema que es causa de conflicto y desacuerdos en la legislación comparada y en especial la nuestra, que trata precisamente del financiamiento de los subsidios a la maternidad y en forma especial el pago de los permisos pre y posnatal.

Recordemos que en junio del año 2000 en Ginebra, la O.I.T. acordó una nueva convención internacional sobre la maternidad la cual es el resultado de la revisión del convenio 103 del año 1952. En esta revisión se acordó traspasar a los privados, empleadores o compañías de seguros el pago de los subsidios pre y posnatal, que hasta ahora eran de cargo del Estado.

El traspaso, desde el Estado o la Seguridad Social al sector privado, del financiamiento del permiso maternal pre y postparto, tiene sus ribetes peligrosos para un país como el nuestro. De acuerdo a lo estipulado en la convención de 1952, ratificada por

Chile, el Estado financia los subsidios maternales, lo que consiste en el 100 % del sueldo durante el pre y postparto, aun cuando sea cotizante de una Isapre. Esto se basa en la idea que la maternidad es un bien publico y, por tanto, responsabilidad del país. Si los privados se hacen cargo del pago de estos subsidios, tendrían que ser las Isapres las que deban pagarlos traspasándolos a sus cotizantes, lo que encarecería aun mas el costo de los planes de salud; por otro lado si lo asumiera el empleador, se preferirían obviamente aquellas personas que no sean beneficiarias de estos subsidios, lo cual tendería en definitiva a la discriminación.

## Capítulo IV:

### Conclusiones

Después de haber analizado en profundidad la institución del fuero maternal y la protección de la maternidad en términos generales en nuestra legislación y en relación a la legislación comparada, podemos llegar a ciertas conclusiones que nos llevarán a entender con claridad la importancia de la protección a la mujer trabajadora y la responsabilidad social que a todos nos corresponde.

1.- En primer lugar, el fuero maternal es la única y mas eficiente herramienta para proteger a la madre trabajadora y a su hijo, especialmente en nuestro país, donde la mujer a lo largo del tiempo ha asumido en soledad su condición de madre y trabajadora, pues ni el Estado, ni el empresariado ofrecen garantías adecuadas para hacer de la procreación un acto mas allá de lo meramente biológico. La maternidad es la trascendencia humana de la vida procreada, por tal razón se requiere de reconceptualizaciones sobre ella y de acciones conjuntas que cambien su sentido y razón de ser.

De este modo, aunque los empleadores no vean en este enfoque mas que problemas inmediatos, a largo plazo podrán comprobar que las mujeres, además de trabajar mas a gusto y rendir mas al poder vivir su maternidad como corresponde,

enriquecerán con su experiencia maternal la actividad laboral sin que ello implique baja en la productividad debido al ausentismo alegado por los empresarios.

Además, tal como la ciencia médica hoy en día está tratando de demostrar, el otorgar a la mujer trabajadora un período mas prolongado de descanso post natal, favorece directamente a la salud del menor, lo que se traduce en menos licencias médicas otorgadas a la mujer después de su descanso, práctica que se ha hecho habitual, repercutiendo en una mejor salud del menor, quien al recibir leche materna por mas tiempo, está menos propenso a enfermedades, lo que reduce el costo que debe asumir el Estado en salud.

De todo lo dicho, se desprende que hay tareas legislativas aún pendientes en este tema pues existe una gran sector de mujeres que trabajan en el sector informal o son empleadas por cuenta propia y no gozan de protección en caso de maternidad o ella es mínima.

Es necesario extender los beneficios en razón de maternidad a todas las mujeres, cualquiera sea su ocupación, ya que los distintos tipos de protección que ésta requiere durante el embarazo y después del parto, sobre todo la licencia, las prestaciones y la protección contra el despido, solamente son significativas cuando existe una verdadera y efectiva legislación que la ampare, a

diferencia de lo que hoy ocurre, en que solamente se pueden aplicar estos beneficios, cuando la mujer forma parte de un sistema de seguridad social.

2.- En segundo término podemos concluir que nuestra legislación sí necesita cambios. Así, como ya dijimos en el punto anterior, queda por extender entonces los beneficios de la maternidad a todo tipo de trabajadoras.

También nuestra legislación, en materia de evaluación para otorgar, ampliar o reducir los periodos de descanso pre y post natal, debe tender a sustentarse en criterios médico y científicos y no meramente de política legislativa, por lo que debe basarse en lo que viene en denominarse *medicina de la evidencia*<sup>35</sup>, es decir, aquella que solo utiliza los antecedentes comprobados por las mas rigurosas investigaciones. Al respecto, debe señalarse en esta parte que existe en trámite aún, en la Comisión del Trabajo de la Cámara de Diputados, el Proyecto de Ley iniciado por moción el año 1994, que rola en dicha rama del Congreso bajo el Boletín N° 1309 – 13, que flexibiliza el permiso maternal, el que a grandes rasgos consiste en entregarle a la mujer trabajadora embarazada, la posibilidad de que, con el respaldo de un profesional médico, pueda trasladar parte de su reposo prenatal al post natal. Esto significa que pueda

---

<sup>35</sup> Pinto, Fernando, Pdte. Sociedad Chilena Pediatría, “Postnatal permite completar gestación del niño”, Diario La Tercera, edición del 08 de julio de 2002, pag. 26.

usar, si lo desea, solo la última semana de las seis que le corresponde para descansar antes de tener su hijo y las otras cinco semanas, que no ocupó, trasladarlas al post natal. Lo anterior no tendría ningún costo para el Estado, ratificaría los derechos maternales de la mujer, consolidando su libertad para elegir y sería una vía de solución para compatibilizar fácilmente la presencia de la mujer en el mundo laboral y en el cuidado de su familia.

3.- En tercer lugar, respecto al procedimiento de desafuero maternal y ante el desequilibrio que existe entre las partes de la relación laboral, suponiendo que al empleador le es más fácil el procurarse una adecuada asesoría jurídica y medios de prueba, contemplar una mayor exigencia a la hora de acreditar las causales de despido, sobre todo aquellas contempladas en el artículo 160 del Código del Trabajo, pues bastaría que la trabajadora se encuentre rebelde en el juicio por carecer de medios, para que el demandante de desafuero pueda lograr la autorización para el despido.

Con el fin de no hacer ilusoria la protección otorgada por nuestra legislación, se debería contemplar la posibilidad que la mujer siempre deba concurrir al juicio, sin que la demanda de desafuero interpuesta pueda seguir su curso mientras ella no se haga parte con la debida asesoría jurídica gratuita si ella no puede procurársela.

También, tal como lo hace la legislación laboral argentina, debería establecerse una presunción de despido injustificado fundado en la maternidad de la trabajadora, si éste despido se hace efectivo siete meses y medio antes o después del parto, contemplando para ello una indemnización acumulable a la correspondiente por despido injustificado.

Sabemos que el Juez, en el caso concreto falla conforme a las reglas de la sana crítica, pero debido a la recarga de trabajo por todos conocida, se hace necesario una especialización en la judicatura del trabajo, la que solo existe en pocas ciudades de nuestro país, debiendo extenderse definitivamente a todo el territorio jurisdiccional.

Se propone también, a modo ejemplar y con el fin de desincentivar las demandas temerarias de los empleadores, multas específicas para aquellos empleadores cuyas demandas sean declaradas por sentencia ejecutoriada como infundadas.

También se propone la creación de un registro especial en que se anoten las sentencias desfavorables a los solicitantes de desafuero, tal como la reforma laboral de la Ley 19.759 lo contempla respecto de las prácticas antisindicales, lo que se ha dado a conocer con el nombre popular de Dicom laboral.

4.- Tal como se señaló en el capítulo tercero, resulta necesario e imperioso a la luz de los estudios científicos y médicos sobre el

tema, la ampliación del período post natal de doce semanas a seis meses, lo que como ya se insinuó, trae enormes beneficios de salud tanto para la madre como para el hijo e indirectamente para el empleador, quien pese a prescindir de la mujer por un plazo mas extenso, va a tener la seguridad que ella regresará en plenas condiciones, sin que disminuya la productividad.

5.- Por otro lado y destacando el acierto de la reforma laboral introducida por la Ley 19.759 del año 2001, en lo tocante a la jornada de trabajo parcial, pensamos que debe invitarse a los empleadores a recurrir a dicha figura contractual a fin de emplear a mujeres que ya hayan dado a luz pero que todavía tienen a sus hijos en período de lactancia, lo que contribuiría a agilizar la economía y compatibilizar los intereses de la madre y ese empleador.

6.- Respecto a la situación de las trabajadoras de casa particular y atendiendo a la naturaleza especial de los servicios que se otorgan, lo cual hace extremadamente difícil una fiscalización de la Dirección del Trabajo, sin que ella no menoscabe la intimidad familiar, se propone una mayor difusión a nivel comunicacional de los derechos que le asisten a este tipo de trabajadoras así como la educación en esos derechos a ellas como a sus empleadores.

7.- Por último, la tendencia mundial manifestada en la última revisión del Convenio N° 103 de la O.I.T. sobre protección a la

maternidad, ha sido la de ir disminuyendo los derechos que le asisten a la mujeres trabajadoras embarazadas o puérperas, lo que se ha traducido en una desregulación de las normas sobre maternidad, lo que puede ser el inicio de una serie de revisiones que abarquen otros ámbitos de la legislación laboral.

El sentido que tiene una norma jurídica viene dado por los principios superiores que la inspiran y no puede aceptarse, a pretexto de la globalización en materia económica, una vulneración de los derechos laborales válida y laboriosamente adquiridos. No tendría sentido tirar por la borda años de esfuerzo para proteger no sólo la maternidad, sino que los cimientos mismos de la sociedad, la familia, si por un cambio legislativo se desconoce todo éste avance, cual es el objetivo de la última revisión al Convenio N° 103. La idea es avanzar en la protección de los derechos laborales en general y justamente la tendencia mundial es la contraria. Nuestros legisladores y el ejecutivo deberán tener mucho cuidado al respecto a la hora de pronunciarse sobre estas materias en el foro internacional.

## Capítulo V:

### Anexos

Convenio 3 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>36</sup>

Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Washington por el Gobierno de los Estados Unidos de América el 29 de octubre de 1919.

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas al empleo de las mujeres, antes y después del parto, con inclusión de la cuestión de las indemnizaciones de maternidad, cuestión que está comprendida en el tercer punto del orden del día de la reunión de la Conferencia celebrada en Washington, y después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional, adopta el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919, y que será sometido a la ratificación de los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo, de acuerdo con las disposiciones de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo:

## Artículo 1

1. A los efectos del presente Convenio, se consideran empresas industriales, principalmente:

- a) las minas, canteras e industrias extractivas de cualquier clase;
- b) las industrias en las cuales se manufacturen, modifiquen, limpien, reparen, adornen, terminen o preparen productos para la venta, o en las cuales las materias sufran una transformación, comprendidas la construcción de buques, las industrias de demolición y la producción, transformación y transmisión de electricidad o de cualquier clase de fuerza motriz;
- c) la construcción, reconstrucción, conservación, reparación, modificación, o demolición de edificios y construcciones de todas clases, los ferrocarriles, tranvías, puertos, muelles, canales, instalaciones para la navegación interior, caminos, túneles, puentes, viaductos, cloacas colectoras, cloacas ordinarias, pozos, instalaciones telegráficas o telefónicas, instalaciones eléctricas, fábricas de gas, distribución de agua u otros trabajos de construcción, así como las obras de preparación y cimentación que preceden a los trabajos antes mencionados;
- d) el transporte de personas o mercancías por carretera, ferrocarril o vía de agua, marítima o interior, comprendida la manipulación de

---

<sup>36</sup> <http://www.goico.net/index>.

mercancías en los muelles, embarcaderos y almacenes, con excepción del transporte a mano.

2. A los efectos del presente Convenio, se considera como empresa comercial todo lugar dedicado a la venta de mercancías o a cualquier operación comercial.

3. La autoridad competente determinará, en cada país, la línea de demarcación entre la industria y el comercio, por una parte, y la agricultura, por otra.

## Artículo 2

A los efectos del presente Convenio, el término mujer comprende a toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad o nacionalidad, casada o no, y el término hijo comprende a todo hijo, legítimo o no.

## Artículo 3

En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

- a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;
- b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;

c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto;

d) tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia.

#### Artículo 4

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 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.

#### Artículo 5

Las ratificaciones formales del presente Convenio, de acuerdo con las condiciones establecidas por la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

#### Artículo 6

1. Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a aplicarlo en aquellas de sus colonias o posesiones o en aquellos de sus protectorados que no se gobiernen plenamente por sí mismos, a reserva de:

- a) que las condiciones locales imposibiliten la aplicación de las disposiciones del Convenio;
- b) que puedan introducirse en el Convenio las modificaciones necesarias para su adaptación a las condiciones locales.

2. Cada Miembro deberá notificar a la Oficina Internacional del Trabajo su decisión en lo que concierne a cada una de sus colonias o posesiones o a cada uno de sus protectorados que no se gobiernen plenamente por sí mismos.

#### Artículo 7

Tan pronto como las ratificaciones de dos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo hayan sido registradas en la

Oficina Internacional del Trabajo, el Director General de la Oficina notificará el hecho a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo.

#### Artículo 8

Este Convenio entrará en vigor en la fecha en que el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo haya efectuado dicha notificación, y sólo obligará a los Miembros que hayan registrado su ratificación en la Oficina Internacional del Trabajo. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cualquier otro Miembro, en la fecha en que haya sido registrada su ratificación en la Oficina Internacional del Trabajo.

#### Artículo 9

Todo Miembro que ratifique el presente Convenio se obliga a aplicar sus disposiciones a más tardar el 1 de julio de 1922, y a tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de dichas disposiciones.

#### Artículo 10

Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado en la Oficina Internacional del Trabajo.

## Artículo 11

Por los menos una vez cada diez años, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo deberá presentar a la Conferencia General una memoria sobre la aplicación de este Convenio, y deberá considerar la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de la revisión o modificación del mismo.

## Artículo 12

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

## Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo

Convenio relativo a la protección de la maternidad (revisado en 1952)<sup>37</sup>

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 4 junio 1952 en su trigésima quinta reunión.

---

<sup>37</sup> Id, pag. 100.

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la protección de la maternidad, cuestión que constituye el séptimo punto del orden del día de la reunión y después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional, adopta, con fecha veintiocho de junio de mil novecientos cincuenta y dos, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952:

#### Artículo 1

1. Este Convenio se aplica a las mujeres empleadas en empresas industriales y en trabajos no industriales y agrícolas, comprendidas las mujeres asalariadas que trabajen en su domicilio.

2. A los efectos del presente Convenio, la expresión empresas industriales comprende las empresas públicas y privadas y cualquiera de sus ramas, e incluye especialmente:

- a) las minas, canteras e industrias extractivas de cualquier clase;
- b) las empresas en las cuales se manufacturen, modifiquen, limpien, reparen, adornen, terminen, preparen para la venta, destruyan o demuelan productos, o en las cuales las materias sufran una modificación, comprendidas las empresas dedicadas a la construcción de buques o a la producción, transformación y transmisión de electricidad o de cualquier clase de fuerza motriz;

c) las empresas de edificación e ingeniería civil, comprendidas las obras de construcción, reparación, conservación, modificación y demolición;

d) las empresas de transporte de personas o mercancías por carretera, ferrocarril, vía de agua marítima o interior o vía aérea, comprendida la manipulación de mercancías en los muelles, embarcaderos, almacenes o aeropuertos.

3. A los efectos del presente Convenio, la expresión trabajos no industriales comprende todos los trabajos ejecutados en las empresas y los servicios públicos o privados siguientes, o relacionados con su funcionamiento:

a) los establecimientos comerciales;

b) los servicios de correos y telecomunicaciones;

c) los establecimientos y servicios administrativos cuyo personal efectúe principalmente trabajos de oficina;

d) las empresas de periódicos;

e) los hoteles, pensiones, restaurantes, círculos, cafés y otros establecimientos análogos;

f) los establecimientos dedicados al tratamiento u hospitalización de enfermos, lisiados o indigentes y los orfanatos;

g) los teatros y otros lugares públicos de diversión;

h) el trabajo doméstico asalariado efectuado en hogares privados, así como cualesquiera otros trabajos no industriales a los que la autoridad competente decida aplicar las disposiciones del Convenio.

4. A los efectos del presente Convenio, la expresión trabajos agrícolas comprende todos los trabajos ejecutados en las empresas agrícolas, comprendidas las plantaciones y las grandes empresas agrícolas industrializadas.

5. En todos los casos en que parezca incierta la aplicación del presente Convenio a una empresa, a una rama de empresa o a un trabajo determinado, la cuestión deberá ser resuelta por la autoridad competente, previa consulta a las organizaciones representativas interesadas de empleadores y de trabajadores, si las hubiere.

6. La legislación nacional podrá exceptuar de la aplicación del presente Convenio a las empresas en las que solamente estén empleados los miembros de la familia del empleador, tal como están definidos por dicha legislación.

## Artículo 2

A los efectos del presente Convenio, el término mujer comprende toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad, nacionalidad, raza o creencia religiosa, casada o no, y el término hijo comprende todo hijo nacido de matrimonio o fuera de matrimonio.

## Artículo 3

1. Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico en el que se indique la fecha presunta del parto, a un descanso de maternidad.
2. La duración de este descanso será de doce semanas por lo menos; una parte de este descanso será tomada obligatoriamente después del parto.
3. La duración del descanso tomado obligatoriamente después del parto será fijada por la legislación nacional, pero en ningún caso será inferior a seis semanas. El resto del período total de descanso podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda.
4. Cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado anteriormente será siempre prolongado hasta la fecha verdadera del parto, y la duración del descanso puerperal obligatorio no deberá ser reducida.
5. En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del embarazo, la legislación nacional deberá prever un descanso prenatal suplementario cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente.

6. En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del parto, la mujer tendrá derecho a una prolongación del descanso puerperal cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente.

#### Artículo 4

1. Cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3, tendrá derecho a recibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas.

2. Las tasas de las prestaciones en dinero deberán ser fijadas por la legislación nacional, de suerte que sean suficientes para garantizar plenamente la manutención de la mujer y de su hijo en buenas condiciones de higiene y de acuerdo con un nivel de vida adecuado.

3. Las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia durante el embarazo, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal, prestada por una comadrona diplomada o por un médico, y la hospitalización, cuando ello fuere necesario; la libre elección del médico y la libre elección entre un hospital público o privado deberán ser respetadas.

4. Las prestaciones en dinero y las prestaciones médicas serán concedidas en virtud de un sistema de seguro social obligatorio o con cargo a los fondos públicos; en ambos casos, las prestaciones serán concedidas, de pleno derecho, a todas las mujeres que reúnan las condiciones prescritas.

5. Las mujeres que no reúnan, de pleno derecho, las condiciones necesarias para recibir prestaciones tendrán derecho a recibir prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de la asistencia pública, a reserva de las condiciones relativas a los medios de vida prescritos por la asistencia pública.

6. Cuando las prestaciones en dinero concedidas en virtud de un sistema de seguro social obligatorio estén determinadas sobre la base de las ganancias anteriores, no deberán representar menos de dos tercios de las ganancias anteriores tomadas en cuenta para computar las prestaciones.

7. Toda contribución debida en virtud de un sistema de seguro social obligatorio que prevea prestaciones de maternidad, y todo impuesto que se calcule sobre la base de los salarios pagados y que se imponga con el fin de proporcionar tales prestaciones, deberán ser pagados, ya sea por los empleadores o conjuntamente por los empleadores y los trabajadores, con respecto al número total de hombres y mujeres empleados por las empresas interesadas, sin distinción de sexo.

8. En ningún caso el empleador deberá estar personalmente obligado a costear las prestaciones debidas a las mujeres que él emplea.

Artículo 5

1. Si una mujer lacta a su hijo, estará autorizada a interrumpir su trabajo para este fin durante uno o varios períodos cuya duración será determinada por la legislación nacional.

2. Las interrupciones de trabajo, a los efectos de la lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como tales en los casos en que la cuestión esté regida por la legislación nacional o de conformidad con ella; en los casos en que la cuestión esté regida por contratos colectivos, las condiciones deberán reglamentarse por el contrato colectivo correspondiente.

#### Artículo 6

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.

#### Artículo 7

1. Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio podrá, mediante una declaración anexa a su ratificación, prever excepciones en la aplicación del Convenio con respecto a:

- a) ciertas categorías de trabajos no industriales;
- b) los trabajos ejecutados en las empresas agrícolas, salvo aquellos ejecutados en las plantaciones;

- c) el trabajo doméstico asalariado efectuado en hogares privados;
- d) las mujeres asalariadas que trabajan en su domicilio;
- e) las empresas de transporte por mar de personas y mercancías.

2. Las categorías de trabajos o de empresas para las que se recurra a las disposiciones del párrafo 1 de este artículo deberán ser especificadas en la declaración anexa a su ratificación.

3. Todo Miembro que haya formulado una declaración de esta índole podrá en cualquier momento anularla, total o parcialmente, mediante una declaración ulterior.

4. Todo Miembro para el que esté en vigor una declaración formulada de conformidad con el párrafo 1 de este artículo deberá indicar, en las memorias anuales subsiguientes sobre la aplicación del presente Convenio, el estado de su legislación y su práctica en cuanto a los trabajos y empresas a los que se aplique el párrafo 1 de este artículo en virtud de dicha declaración, precisando en qué medida se ha aplicado o se propone aplicar el Convenio en lo que concierne a estos trabajos y empresas.

5. A la expiración de un período de cinco años después de la entrada en vigor inicial de este Convenio, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia un informe especial, relativo a la aplicación de estas excepciones, que contenga las proposiciones que juzgue oportunas con miras a las medidas que hayan de tomarse a este respecto.

## Artículo 8

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

## Artículo 9

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio, entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

## Artículo 10

1. Las declaraciones comunicadas al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 35 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, deberán indicar:

a) los territorios respecto de los cuales el Miembro interesado se obliga a que las disposiciones del Convenio sean aplicadas sin modificaciones;

b) los territorios respecto de los cuales se obliga a que las disposiciones del Convenio sean aplicadas con modificaciones, junto con los detalles de dichas modificaciones;

c) los territorios respecto de los cuales es inaplicable el Convenio y los motivos por los cuales es inaplicable;

d) los territorios respecto de los cuales reserva su decisión en espera de un examen más detenido de su situación.

2. Las obligaciones a que se refieren los apartados a) y b) del párrafo 1 de este artículo se considerarán parte integrante de la ratificación y producirán sus mismos efectos.

3. Todo Miembro podrá renunciar, total o parcialmente, por medio de una nueva declaración, a cualquier reserva formulada en su primera declaración en virtud de los apartados b), c) o d) del párrafo 1 de este artículo.

4. Durante los períodos en que este Convenio pueda ser denunciado de conformidad con las disposiciones del artículo 12, todo Miembro podrá comunicar al Director General una declaración por la que modifique, en cualquier otro respecto, los términos de cualquier declaración anterior y en la que indique la situación en territorios determinados.

#### Artículo 11

1. Las declaraciones comunicadas al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, de conformidad con los párrafos 4 y 5 del

artículo 35 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, deberán indicar si las disposiciones del Convenio serán aplicadas en el territorio interesado con modificaciones o sin ellas; cuando la declaración indique que las disposiciones del Convenio serán aplicadas con modificaciones, deberá especificar en qué consisten dichas modificaciones.

2. El Miembro, los Miembros o la autoridad internacional interesados podrán renunciar, total o parcialmente, por medio de una declaración ulterior, al derecho a invocar una modificación indicada en cualquier otra declaración anterior.

3. Durante los período en que este Convenio pueda ser denunciado de conformidad con las disposiciones del artículo 12, el Miembro, los Miembros o la autoridad internacional interesados podrán comunicar al Director General una declaración por la que modifiquen, en cualquier otro respecto, los términos de cualquier declaración anterior, y en la que indiquen la situación en lo que se refiere a la aplicación del Convenio.

## Artículo 12

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un plazo de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina

Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

#### Artículo 13

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

#### Artículo 14

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las

ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

#### Artículo 15

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

#### Artículo 16

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 12, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

#### Artículo 17

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>38</sup>

Convenio sobre la Protección de la Maternidad

Campo de aplicación

Artículo 1

A los efectos del presente Convenio, el término «mujer» se aplica a toda persona de sexo femenino, sin ninguna discriminación, y el término «hijo» a todo hijo, sin ninguna discriminación.

Artículo 2

1. El presente Convenio se aplica a todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente.

2. Sin embargo, todo Miembro que ratifique el presente Convenio podrá, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, excluir total o parcialmente del campo de aplicación del Convenio a categorías

---

<sup>38</sup> Id., pag. 100.

limitadas de trabajadores cuando su aplicación a esas categorías plantee problemas especiales de particular importancia.

3. Todo Miembro que haga uso de la posibilidad prevista en el párrafo anterior deberá indicar en la primera memoria que presente sobre la aplicación del Convenio, de conformidad con el artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, las categorías de trabajadores así excluidas y los motivos de su exclusión. En las memorias siguientes, deberá indicar las medidas adoptadas con el fin de extender progresivamente la aplicación de las disposiciones del Convenio a esas categorías.

## Protección de la Salud

### Artículo 3

Todo Miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo.

## Licencia de la Maternidad

### Artículo 4

1. Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas.

2. Todo Miembro deberá indicar en una declaración anexa a su ratificación del presente Convenio la duración de la licencia antes mencionada.

3. Todo Miembro podrá notificar posteriormente al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, mediante otra declaración, que extiende la duración de la licencia de maternidad.

4. Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y del hijo, la licencia de maternidad incluirá un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto, a menos que se acuerde de otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores.

5. El período prenatal de la licencia de maternidad deberá prolongarse por un período equivalente al transcurrido entre la

fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier período de licencia obligatoria después del parto.

## Licencia en caso de Enfermedad o e Complicaciones

### Artículo 5

Sobre la base de la presentación de un certificado médico, se deberá otorgar una licencia, antes o después del período de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto. La naturaleza y la duración máxima de dicha licencia podrán ser estipuladas según lo determinen la legislación y la práctica nacionales.

## Prestaciones

### Artículo 6

1. Se deberán proporcionar prestaciones pecuniarias, de conformidad con la legislación nacional o en cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional, a toda mujer que esté ausente del trabajo en virtud de la licencia a que se hace referencia en los artículos 4 o 5.

2. Las prestaciones pecuniarias deberán establecerse en una cuantía que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado.

3. Cuando la legislación o la práctica nacionales prevean que las prestaciones pecuniarias proporcionadas en virtud de la licencia indicada en el artículo 4 deban fijarse con base en las ganancias anteriores, el monto de esas prestaciones no deberá ser inferior a dos tercios de las ganancias anteriores de la mujer o de las ganancias que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones.

4. Cuando la legislación o la práctica nacionales prevean que las prestaciones pecuniarias proporcionadas en virtud de la licencia a que se refiere el artículo 4 deban fijarse por otros métodos, el monto de esas prestaciones debe ser del mismo orden de magnitud que el que resulta en promedio de la aplicación del párrafo anterior.

5. Todo Miembro deberá garantizar que las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones pecuniarias puedan ser reunidas por la gran mayoría de las mujeres a las que se aplica este Convenio.

6. Cuando una mujer no reúna las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones pecuniarias con arreglo a la legislación nacional o cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional, tendrá derecho a percibir prestaciones adecuadas

con cargo a los fondos de asistencia social, siempre que cumpla las condiciones de recursos exigidas para su percepción.

7. Se deberán proporcionar prestaciones médicas a la madre y a su hijo, de acuerdo con la legislación nacional o en cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional. Las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia después del parto, así como la hospitalización cuando sea necesario.

8. Con objeto de proteger la situación de las mujeres en el mercado de trabajo, las prestaciones relativas a la licencia que figura en los artículos 4 y 5 deberán financiarse mediante un seguro social obligatorio o con cargo a fondos públicos, o según lo determinen la legislación y la práctica nacionales. Un empleador no deberá estar personalmente obligado a costear directamente las prestaciones pecuniarias debidas a las mujeres que emplee sin el acuerdo expreso de ese empleador, excepto cuando:

- a) esté previsto así en la legislación o en la práctica nacionales de un Miembro antes de la fecha de adopción de este Convenio por la Conferencia Internacional del Trabajo, o
- b) se acuerde posteriormente a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores.

## Artículo 7

1. Se considerará que todo Miembro cuya economía y sistema de seguridad social no estén suficientemente desarrollados cumple con lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del artículo 6 si el monto de las prestaciones pecuniarias fijado es por lo menos equivalente al de las prestaciones previstas para los casos de enfermedad o de incapacidad temporal con arreglo a la legislación nacional.

2. Todo Miembro que haga uso de la posibilidad enunciada en el párrafo anterior deberá explicar los motivos correspondientes e indicar el monto previsto de las prestaciones pecuniarias en la primera memoria sobre la aplicación del Convenio que presente en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. En sus memorias siguientes, deberá indicar las medidas adoptadas con miras a aumentar progresivamente el monto de esas prestaciones.

## Protección del Empleo y No Discriminación

## Artículo 8

1. Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento

del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.

2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

#### Artículo 9

1. Todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo, y ello no obstante el párrafo 1 del artículo 2.

2. Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior incluyen la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que:

- a) Estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o
- b) Puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

## Madres Lactantes

### Artículo 10

1. La mujer tiene derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo.

2. El período en que se autorizan las interrupciones para la lactancia o la reducción diaria del tiempo de trabajo, el número y la duración de esas interrupciones y las modalidades relativas a la reducción diaria del tiempo de trabajo serán fijados por la legislación y la práctica nacionales. Estas interrupciones o la reducción diaria del tiempo de trabajo deben contabilizarse como tiempo de trabajo y remunerarse en consecuencia.

## Examen Periódico

### Artículo 11

Todo Miembro debe examinar periódicamente, en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, la pertinencia de extender la duración de la licencia de maternidad prevista en el artículo 4 o de aumentar el monto o la tasa de las prestaciones pecuniarias que se mencionan en el artículo 6.

## Aplicación

### Artículo 12

Las disposiciones del presente Convenio deberán aplicarse mediante la legislación, salvo en la medida en que se dé efecto a las mismas por medio de convenios colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, o de cualquier otro modo conforme a la práctica nacional.

## Disposiciones Finales

### Artículo 13

El presente Convenio revisa el Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952.

### Artículo 14

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

### Artículo 15

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

#### Artículo 16

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo, quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

## Artículo 17

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

## Artículo 18

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

## Artículo 19

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

## Artículo 20

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

- a) La ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 16, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;
- b) A partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros. 2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

## Artículo 21

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

## Bibliografía

Thayer A., William y Rodríguez A., Antonio, *Nuevo Código del Trabajo*, Editorial Jurídica, Ediar Conosur Ltda. 1987, Santiago.

Humeres Magnan, Hector y Humeres Noguera, Hector, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Santiago.

Gaete Berríos, Alfredo, *Principios Generales del Derecho del Trabajo*, Editorial Jurídica de Chile, 1951.

Wong Barreda, Jorge Leonardo, *Estudio Comparativo de la Legislación del Trabajo en España y Chile*, 1991, Concepción.

Melis Valencia, C. y Sáez Carlier, F., *Derecho del Trabajo*, tomo II, única edición, Edit. Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 2000.

Castillo y Cortazar, Blanca, "Trabajo y Paternidad", [www.geocities.com](http://www.geocities.com).

Conferencia Internacional del Trabajo, *Informe de la Comisión de la Protección de la Maternidad*, 87ª reunión Ginebra, junio 1999.

Romero B., María Nubia y Díaz, Martha Cecilia, “La Maternidad como Conflicto: Una Expresión de Inequidad Social y de Género”, Instituto de Investigaciones y Formación Avanzada, Universidad Pedagógica y Tecnológica, Colombia, 2002.

Htun, Mala N., “Derecho y Oportunidades de la Mujer en América Latina, Problemas y Perspectivas”, Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de Harvard, junio 1998.

*Resolución del Consejo Confederal sobre el Convenio 103 de la O.I.T.*, Madrid, 25 de enero de 2000, [www.ccoo.es](http://www.ccoo.es).

Conferencia Internacional del Trabajo, *Protección de la Maternidad*, 88ª reunión Ginebra, Revista trimestral de la IE, Septiembre de 2000.

Seguimiento de Beijing en los países del Cono Sur, Derecho de las Mujeres, divorcio y derechos reproductivos, [www.mujeresdelsur.org](http://www.mujeresdelsur.org).

Ramírez, José Ignacio, “Gobierno Rechazará Reducción de Derechos de la Maternidad”, Diario La Tercera, año 2000, [www.tercera.cl](http://www.tercera.cl).

Vargas Díaz, Marta, “La Maternidad está Penada en Chile”, Diario La Tercera, mayo de 1997, [www.tercera.cl](http://www.tercera.cl).

Gutiérrez, Cecilia, “Denuncian Despidos de Mujeres Embarazadas”, Diario La Tercera, diciembre de 1999, [www.tercera.cl](http://www.tercera.cl).

Simonsen, Elizabeth, “Maternidad en Peligro”, Revista Que Pasa, junio de 2000, [www.copesa.cl](http://www.copesa.cl).

Servicio Nacional de la Mujer, Gobierno de Chile, “Derechos de la Madre, la Vida Antes de Nacer”, Publicaciones de Reformas Legales, [www.sernam.cl](http://www.sernam.cl).