



DERECHO PUCV  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE  
VALPARAÍSO

“EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL EMPLEO EN RAZÓN  
DE SU MATERNIDAD”

MEMORISTA  
Francisca Belén Viveros Gutiérrez

PROFESOR GUÍA  
Pablo Arellano Ortiz

VALPARAÍSO, CHILE  
2017

## ÍNDICE

	Página
I. PRESENTACIÓN DE LA DISCUSIÓN .....	3
II. PRIMERA PARTE	
EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN Y DE LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD	
1. El Derecho a la no discriminación como derecho fundamental en el empleo .....	7
2. El Derecho a la no discriminación en el empleo en ordenamiento jurídico nacional ....	10
3. El Derecho a la no discriminación en razón de la maternidad .....	11
III. SEGUNDA PARTE	
TIPOS DE DISCRIMINACIÓN HACIA LA MUJER MADRE Y MECANISMOS DE TUTELA ANTE ACTOS DISCRIMINATORIOS	
1. Discriminación previa al nacimiento de la relación laboral .....	15
2. Discriminación durante la vigencia del contrato de trabajo .....	18
2.1. No pago del subsidio de maternidad o dilatación en el pago del mismo.....	19
2.2. Denegación de ascensos o movilidad en el empleo.....	22
2.3. Denegación del empleador para que la trabajadora vuelva al mismo puesto de trabajo que tenía antes del embarazo.....	23
2.4. No trasladado de la trabajadora embarazada a trabajos no perjudiciales para su salud o malos tratos si el cambio se lleva a cabo.....	24
3. Discriminación al término de la relación laboral .....	25
4. Mecanismos de tutela ante actos discriminatorios en Chile.....	29
IV. CONCLUSIONES FINALES .....	33
V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y JURISPRUDENCIALES .....	35

## I. PRESENTACIÓN DE LA DISCUSIÓN

Nuestra cultura occidental ha identificado desde tiempos pretéritos a la mujer con su rol de madre y con el cuidado de los hijos, el espacio laboral, en cambio, lo ha entendido diseñado desde siempre para el varón proveedor<sup>1</sup>. Esto se evidencia en las primeras normativas de protección a la mujer trabajadora, que estaban dirigidas al amparo de su condición de sexo más débil<sup>2</sup> y buscaban la protección de la maternidad<sup>3</sup>. Así, a pesar que en la sociedad moderna se ha producido un crecimiento exponencial de la participación de la mujer en el trabajo asalariado<sup>4</sup>, la existencia de estereotipos respecto de la maternidad produce la reacción de actos discriminatorios hacia la mujer por parte del empleador. Incluso, a pesar de la vasta legislación que existe sobre el tema y los muchos tratados internacionales que lo abordan, la discriminación en contra de la mujer por razones de su maternidad es un fenómeno latente, y es más, creciente, según lo evidencian distintas comisiones sobre igualdad de género en todo el mundo<sup>5</sup>.

Con todo, los actos discriminatorios hacia la mujer en situación de maternidad, no solo son consecuencia de estereotipos sociales relacionados a la maternidad (como su deber de cuidar a los hijos), sino que a su vez, son actos influenciados por los costos más elevados que se asocian a la contratación femenina, vinculados directamente con los mecanismos de protección a la maternidad<sup>6</sup>. En razón de lo anterior, existe la percepción por parte del empleador que los hombres son “más productivos” que las mujeres y que ellas se ausentarán en mayor medida al trabajo debido a sus responsabilidades derivadas de la maternidad y del cuidado de los hijos. Emplear mujeres, entonces, es “más riesgoso” para quien las contrata<sup>7</sup>.

Esto no deja de ser relevante, dado que además de demostrar una afectación a la

---

<sup>1</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, *Mujeres en Chile y mercado del trabajo: Participación laboral femenina y brechas salariales*, Departamento de Estudios Laborales, Departamento de Estudios Sociales, (Santiago, 2015), p. 26.

<sup>2</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo*, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso XXXIII* (2009), p. 179.

<sup>3</sup> Por ejemplo, el Código del Trabajo de 1931 prohibía el trabajo nocturno de las mujeres: “*queda prohibido a los menores de dieciocho años y a las mujeres, todo trabajo nocturno en establecimientos industriales, que se ejecute entre las veinte y siete horas, con excepción de aquellos en que únicamente trabajen miembros de una misma familia, bajo la autoridad de uno de ellos*”.

<sup>4</sup> WALKER ERRÁZURIZ, Francisco; ARELLANO ORTIZ, Pablo, *Derecho de las relaciones laborales*, (Segunda Edición Actualizada, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2016), p.219.

<sup>5</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*, Informe del Director General, Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo 100<sup>a</sup> reunión, (2011).

<sup>6</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo*, ob. cit., p. 186.

<sup>7</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, ob. cit., p. 59.

dignidad de las madres trabajadoras, vulnera el fin último de las normas protectoras de la maternidad; la maternidad y el cuidado del niño que está por nacer. Con todo, estas normas responden, asimismo, a la necesidad social de compatibilizar el derecho fisiológico reproductivo de la mujer con su participación en actividades de carácter laborativas<sup>8</sup>, lo que resulta de mucha importancia para las mujeres que aspiran desarrollarse profesionalmente<sup>9</sup>.

Este problema práctico es significativo, tomando en cuenta que el derecho a la no discriminación constituye un principio fundado en la dignidad de la persona humana y en la igualdad de derechos, lo que en el ámbito laboral significa que las trabajadoras sean tratadas dignamente por su empleador y dentro de la empresa. Asimismo, la maternidad, entendida como el estado o cualidad de ser madre<sup>10</sup>, constituye un bien jurídico digno de protección, que no solo considera una tutela especial a la madre, sino que también a toda su familia<sup>11</sup>, lo que se traduce, a fin de cuentas, en un cuidado a la sociedad en general.

Al respecto, nuestra legislación nacional presenta diversos mecanismos de tutela ante actos de discriminación hacia la mujer, mecanismos que analizaremos sumariamente a lo largo de este trabajo. Sin embargo, importante es destacar el inciso final del artículo 194 del Código del Trabajo incorporado por la ley N° 19.591 de 1998<sup>12</sup>, el cual demuestra el interés del legislador por proteger a la mujer madre de prácticas que pudiesen tornarse abusivas y arbitrarias por parte del empleador. Este inciso consagra una especial norma antidiscriminatoria que prohíbe expresamente a los empleadores 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, por lo que no podrán exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si una mujer se encuentra o no en estado de gravidez.

Al conteste, en el ámbito internacional existen bastantes acuerdos internacionales que consagran el derecho a la igualdad de trato y el derecho a la no discriminación. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 7<sup>o</sup><sup>13</sup>, la Declaración

---

<sup>8</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio; GUIDI MOGGIA, Caterina, *Manual del contrato de trabajo*, (Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2011), p. 230.

<sup>9</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Conciliación de trabajo y vida familiar. Un análisis desde la perspectiva del Derecho del Trabajo chileno*, en: *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile* XVI (2004), p.66.

<sup>10</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, (23° Edición, 2014).

<sup>11</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Los efectos*, ob. cit., p.175.

<sup>12</sup> Ley N° 19.591, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que modifica el Código del Trabajo en materia de protección a la maternidad, publicado en el Diario Oficial el día 9 de noviembre de 1998.

<sup>13</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General el día 10 de diciembre de 1948, y su artículo 7° señala: “*todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación*”.

Americana de los Deberes y Derechos del Hombre en su artículo segundo<sup>14</sup>, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 3º y 26<sup>15</sup>, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 24<sup>16</sup>. Asimismo, la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>17</sup> precisa en su artículo primero una definición de discriminación contra la mujer, en los siguientes términos “*a los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*”. De igual forma, en su artículo 11 señala una serie de actos que deben realizar los Estados a fin de abolir todo tipo de discriminación entre hombres y mujeres en el empleo, por ejemplo, prohibir el despido fundado en el embarazo.

Ante este respecto, también se ha pronunciado la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), por ejemplo, en su Convenio N°111<sup>18</sup> sobre discriminación en el empleo y ocupación, señala en su artículo primero la siguiente definición de discriminación “*se entiende por discriminación cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*”. Además, consagra derechos a favor de las mujeres trabajadoras en

---

<sup>14</sup> La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia internacional americana realizada en Bogotá en 1948, señala en su artículo segundo “*todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna*”.

<sup>15</sup> El Pacto de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General el día 16 de diciembre de 1966 y ratificado por Chile el 27 de mayo de 1992, señala en su artículo 3º “*los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto*” y en su artículo 26 “*todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”, respectivamente.

<sup>16</sup> La Convención Americana de Derechos Humanos fue adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, ratificada en Chile el 8 de octubre de 1990, esta Convención consagra en su artículo 24 “*todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*”.

<sup>17</sup> La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General el día 18 de diciembre de 1979, fue ratificada por Chile a través del Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 789 del año 1989.

<sup>18</sup> El Convenio N° 111 de la OIT fue adoptado en Ginebra el 25 junio de 1958, y ratificado por Chile el día 20 de septiembre de 1971.

su Convenio N°103<sup>19</sup> e incluye expresamente el derecho a la no discriminación por razón de maternidad en el artículo 9° de su Convenio N° 183<sup>20</sup> en el siguiente tenor “*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*”. Sin embargo, este último Convenio no ha sido ratificado por nuestro país.

De manera, que internacionalmente está proscrita la discriminación arbitraria hacia las mujeres en el empleo y al estar esta normativa, anteriormente descrita, vigente en nuestro país (con excepción del Convenio N° 183 de la OIT), los derechos ahí consagrados poseen expresa protección en virtud a lo dispuesto en el artículo 5° de nuestra Carta Fundamental<sup>21</sup>.

Con todo, a pesar de la normativa nacional e internacional en miras de abolir todo tipo de discriminación hacia la mujer en el empleo, y aquellas tendientes a la protección de la maternidad, la práctica de muchos empleadores a sido la contraria, discriminando al momento de contratar a una mujer en situación de maternidad, alterando la igualdad de acceso al empleo con respecto de los hombres, discriminado durante la relación laboral, generando malos tratos tendientes a que la madre trabajadora, en muchos casos, opte por la renuncia o discriminado al momento del despido, siendo la maternidad el motivo de este último. Es por esto, que este trabajo pretende hacer un análisis sobre la regulación del derecho a la no discriminación en Chile, específicamente el derecho que asiste a la madre trabajadora a no ser discriminada en el empleo en razón de su maternidad. Para ello se analizará la regulación del principio de la no discriminación y su importancia como derecho fundamental, vinculándolo con la normativa sobre protección a la maternidad. Luego, se analizarán los distintos momentos en los que se presenta la discriminación hacia la mujer en el empleo por parte del empleador, con el apoyo de jurisprudencia nacional y de denuncias ante la Inspección del Trabajo, para finalmente cerrar el trabajo con un estudio no exhaustivo del sistema tutelar de la no discriminación en Chile, cuestionándonos cómo nuestra legislación responde ante tal vulneración.

---

<sup>19</sup> Este Convenio es una versión modificada del Convenio N° 3 de la OIT, fue adoptado el día 28 de junio de 1956, consagrando amplios derechos a favor de las madres trabajadoras, y fue ratificado en nuestro país el día 14 de octubre de 1994.

<sup>20</sup> Este Convenio de fecha 15 de junio del año 2000, aún no ha sido ratificado por nuestro país.

<sup>21</sup> “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*”

## II. PRIMERA PARTE

### EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN Y DE LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD

#### 1. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL EMPLEO

Para calificar la no discriminación como derecho fundamental, es preciso determinar un concepto de derecho fundamental. Los derechos fundamentales son entendidos como “*el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo*”<sup>22</sup>. Como el trabajo en comento refiere a la vulneración de esta clase de derechos en las madres trabajadoras, hay que reconducir estos derechos a la empresa, donde adquieren un especial protagonismo en lo que conocemos como “ciudadanía en la empresa” o derechos fundamentales inespecíficos, es decir, los que vienen a significar un trato digno dentro de la empresa con estricto respecto a los derechos fundamentales. Como tendremos ocasión de ver, una consagración expresa de esto se encuentra en el inciso final del artículo 194 del Código del Trabajo, el cual determina un despliegue de los derechos fundamentales de las trabajadoras en el empleo, prohibiéndole al empleador la exigencia de test de embarazo a sus trabajadoras, o a aquella que postula a un nuevo empleo.

Ahora, centrándonos en el caso de la mujer en particular, ella en tanto persona humana es titular de estos derechos en el ejercicio de toda su actividad laboral. Asimismo, estos preexisten al establecimiento del vínculo contractual y mantienen su vigencia durante toda su duración<sup>23</sup>, sin que por el hecho de trabajar bajo un vínculo de subordinación los pierda. Frente al poder del empleador y ante la desigualdad material y jurídica de las trabajadoras, el derecho laboral responde reconociéndoles derechos mínimos e irrenunciables a través de la ley, derechos que constituyen normas de orden público y que son imperativas para los empleadores. De guisa que se desprende que el poder de dirección del empleador no es absoluto, dado que se encuentra limitado a siempre respetar los derechos fundamentales de las trabajadoras<sup>24</sup>. Al conteste, el artículo 5° del Código del Trabajo lo expresa en los siguientes términos “*el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos*”.

---

<sup>22</sup> RIQUELME GIAGNONI, Verónica, *¿La maternidad castigada? Discriminación y malos tratos*, Aporte al debate N°25, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, (Santiago, 2011), p. 58.

<sup>23</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El derecho a la no discriminación en el empleo*, (Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2005), pp. 9-12.

<sup>24</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La defensa del principio de no discriminación por razones de sexo en el período anterior al nacimiento de la relación laboral*, en: *Revista Laboral Chilena* (2003), p. 76.

A partir de estos derechos, es que se da sentido a la autonomía de la voluntad entre el empleador y la trabajadora para llevar a cabo la relación contractual, ya que éstos son la base para establecer el equilibrio, que a fin de cuentas, impedirá las situaciones de abuso. Resulta curioso que la norma, anteriormente descrita, sea una suerte de repetición a la contemplada en el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República<sup>25</sup>. Esto no es sino demostración del especial cuidado que tuvo el legislador en otorgar un resguardo a los derechos de los trabajadores, dada su especial condición de subordinación y dependencia, condición que los hace más vulnerables a comportamientos del empleador que puedan afectar su dignidad. En esta misma línea el Dictamen N° 3704/134 de 11 de agosto de 2004 de la Dirección del Trabajo dispone “*de conformidad a las normas constitucionales y el artículo 5° del Código del Trabajo, los derechos fundamentales resultan ser ejes modeladores y conformadores de la idea de ciudadanía en la empresa. Los derechos fundamentales necesariamente se alzan como límites infranqueables de los poderes empresariales*”.

Con todo, si bien el empleador encuentra limitado su poder directivo por los derechos fundamentales de los trabajadores, esto no implica necesariamente, que no pueda realizar un acto de discriminación. La discriminación en sí misma no se configura siempre como un acto contrario a derecho, es más, la misma Constitución permite diferencias de acceso al empleo, siempre y cuando, se basen en la “capacidad o idoneidad personal<sup>26</sup>”, asimismo, el artículo segundo del Código del Trabajo dispone “*las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación*”. De manera que existirá discriminación en la medida que las distinciones o exclusiones posean el carácter de arbitrarias o carezcan de justificaciones pertinentes y racionales, suprimiendo la igualdad de oportunidades y constituyendo un ataque a la dignidad de las personas<sup>27</sup>. Cabe mencionar, que dentro de los grupos discriminados arbitrariamente el más numeroso es el de las mujeres, según resalta el profesor Caamaño Rojo<sup>28</sup>.

Así, tomando en cuenta el derecho a la no discriminación como derecho fundamental, el Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago señala “*se entiende que se vulneran estos derechos cuando en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador se limita el pleno ejercicio de aquéllos respecto de los trabajadores, sin justificación*”

---

<sup>25</sup> El artículo 5° inciso segundo de la Constitución establece lo siguiente “*el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (...)*”.

<sup>26</sup> Además, el artículo 19 N° 16 inciso tercero de la Constitución señala que la ley puede exigir la nacionalidad chilena o límites de edad en determinados casos.

<sup>27</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Lineamientos del derecho del trabajo: una aproximación crítica desde el método de casos*, (Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2006), pp. 27-28.

<sup>28</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral*, en *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile XIV*,(2003), p. 26.

*suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial*<sup>29</sup>”.

En esta misma línea, el Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 3704/134 de agosto de 2004, analiza el contenido del principio de no discriminación, sosteniendo que la igualdad es entendida de dos maneras en nuestro ordenamiento jurídico, en primer lugar, como igualdad en la ley y, en segundo lugar, como igualdad ante la ley. La primera gira en torno a la idea de que todas las personas son iguales en dignidad y derechos, y la segunda, refiere a la igualdad de trato por los poderes públicos. En este segundo caso, la noción de igualdad *“denota la necesidad de tratamiento normativo en identidad de condiciones, de forma tal de excluir preferencias arbitrarias (...). Todas las personas en circunstancias similares, están afectas a los mismos derechos o prohibiciones. Desde luego, ya no se trata de un mandato de igualdad dirigido solo a los poderes públicos, sino que también a los particulares, y concretamente en el ámbito de la empresa”*<sup>30</sup>. La discriminación es un acto que atenta contra la igualdad ante la ley, y por tanto, ya no solo resulta ser una prohibición para los poderes públicos, sino que también para los particulares<sup>31</sup>, y en especial para los empleadores, quienes pueden verse tentados de abusar de su poder de dirección.

Con todo, la noción de discriminación no solo refiere a una diferencia de trato en circunstancias similares, sino que significa, asimismo, un atentado contra la dignidad humana, en razón de ciertos fenómenos sociales de marginación y exclusión social<sup>32</sup>, y como señala la Dirección del Trabajo: *“el discriminado lo es en cuanto pertenece a un grupo social excluido, por lo que las normas antidiscriminatorias ejercen una función promocional, en tanto buscan no solo reprimir dichas conductas, sino que también fomentar la integración de dichos grupos”*<sup>33</sup>.

A partir de la noción de igualdad de oportunidades se enfatiza el concepto de la no discriminación como derecho fundamental, asimismo, este derecho *“no supone una efectiva contratación, sino que la efectiva posibilidad de competir en condiciones equivalentes con otros sujetos sin que medie el establecimiento de condicionantes, que no digan relación con las competencias para el desarrollo de un determinado empleo”*<sup>34</sup>.

Finalmente, la discriminación puede ser directa o indirecta, será directa si se trata a la trabajadora de manera menos favorable que a otra u otro trabajador en situación similar y será indirecta, en cambio, según Pérez del Río, *“toda actuación, conducta o medida,*

---

<sup>29</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en sentencia de fecha 8 de enero de 2010, RIT N° : T-17-2009.

<sup>30</sup> Dictamen de la Dirección del Trabajo, N°3704/134 de fecha 11 de agosto de 2004, p. 5.

<sup>31</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La tutela*, ob. cit., p. 30.

<sup>32</sup> Dictamen de la Dirección del Trabajo, N° 3704/134, ob. cit., p. 6.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 6-7.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 13.

*aparentemente neutra desde el punto de vista del género, pero cuya aplicación perjudica de manera desproporcionada a un colectivo integrado predominantemente por mujeres y que carece de una justificación objetiva, razonable y proporcional*<sup>35</sup>. A su vez, Caamaño Rojo, establece que la discriminación directa que se da en razón de sexo puede ser abierta o encubierta. Será abierta, si el sexo es el elemento explícito que lleva a un trato o a condiciones laborales menos favorables. En tanto, será encubierta cuando “*la medida discriminatoria está relacionada con ciertos atributos o cualidades personales que, exclusivamente o en gran medida, solo pueden ser cubiertos por personas de un sexo determinado: la maternidad es parte de este caso*”<sup>36</sup>.

## 2. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

El principio de la no discriminación en relación al trabajo se encuentra contemplado en el artículo 19 número 16 inciso tercero de la Constitución Política de la República, en los siguientes términos “*la Constitución asegura a todas las personas, 16°. La libertad de trabajo y su protección. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos*”. De forma, que cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad está proscrita<sup>37</sup>. El problema de esta garantía es que la acción de protección no la comprende dentro de sus causales del artículo 20 de la Constitución “*el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números (...)16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto (...)podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.*” La acción de protección, como quedó en evidencia, excluye el inciso tercero del numeral 16 del artículo 19 de la Constitución, inciso que específicamente dispone el derecho a la no discriminación en el empleo, por lo que a fin de cuentas éste pierde su relevancia. Con todo, este tema se tratará más a fondo en el capítulo sobre mecanismos de tutela ante actos discriminatorios.

En segundo lugar, en esta misma línea, el artículo segundo inciso cuarto del Código del

---

<sup>35</sup> PÉREZ DEL RÍO, Teresa, La prohibición de discriminación en las condiciones de trabajo, en *Bloque temático Facultad de Derecho Universidad de Cádiz V*, (s.d.), p. 6.

<sup>36</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La discriminación laboral indirecta*, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, (2001), p. 71.

<sup>37</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La tutela*, ob. cit., p. 26.

Trabajo, establece son actos de discriminación “*aquellas distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*”<sup>38</sup>. Así, el acto de discriminación como conducta de carácter arbitraria, puede ser ejercida con dolo o con culpa. Sin embargo, el carácter objetivo que posee la definición de discriminación otorgada por el artículo previamente señalado, evidencia que solo basta la distinción, exclusión o preferencia basada en motivo de sexo<sup>39</sup> para configurar la conducta tipificada<sup>40</sup>.

Por último lugar, encontramos el inciso final del artículo 194 del Código del Trabajo, una especial norma antidiscriminatoria, dirigida a los empleadores y en directa protección de las mujeres trabajadoras en situación de maternidad, este inciso señala lo siguiente: “*ningún empleador podrá 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 dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez*”.

### 3. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE LA MATERNIDAD

Como señalamos en la introducción de este trabajo, la normativa protectora de la mujer en razón de su maternidad, provoca en los empleadores una suerte de inhibición (nefasta por no decir lo menos) en la contratación y mantención de la relación laboral con la mujer embarazada o madre. La mujer en estado de maternidad resulta ser poco atractiva para la empresa, no solo por encarecerse su contratación y mantención, sino porque se ve como una amenaza a la labor productiva de la empresa. Incluso, podría decirse que dicha discriminación alcanza a las mujeres que se encuentran en edad fértil y que “potencialmente” podrían llegar a madres<sup>41</sup>. Tan evidente es esta diferencia de trato, que es percibida por las propias mujeres, y así lo demuestra la Encuesta de la Corporación Humanas 2011, la cual señala que al menos un 79% de la mujeres encuestadas entiende que

---

<sup>38</sup> Cabe señalar que la ley N° 20.940 del Ministerio de Trabajo y de Previsión Social, que moderniza el sistema de relaciones laborales, publicada el 8 de septiembre de 2016, agregó al inciso cuarto del artículo segundo del Código del Trabajo los motivos de discriminación “*situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad*”, ampliando así, las categorías sobre las cuales recae el concepto de actos de discriminación.

<sup>39</sup> Se entiende que la discriminación hacia la mujer en razón de su maternidad es un tipo de discriminación en razón de sexo, ya que es una circunstancia predicable únicamente de las mujeres.

<sup>40</sup> Dictamen de la Dirección del Trabajo, N° 3.704/134, ob. cit., p. 12.

<sup>41</sup> RIQUELME GIAGNONI, Verónica, ob. cit., p. 70.

la maternidad es una razón que resta oportunidades en el empleo por ser un factor de discriminación relevante<sup>42</sup>.

Como bien señala la Dirección del Trabajo, discriminar a una mujer en razón de su maternidad no solo involucra alterar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, sino que además, atenta contra los derechos fundamentales de las mujeres trabajadoras en virtud a consideraciones personales y con la agravante de que los actos arbitrarios derivan de una condición biológica predicable únicamente de la mujer: su embarazo. Discriminar a una mujer por maternidad ya no solo vulnera la igualdad de acceso al empleo y de oportunidades laborales, sino que afecta directamente contra el derecho reproductivo que las asiste, y a formular una vida familiar compatibilizando familia y trabajo<sup>43</sup>. Como establecimos con anterioridad, la maternidad constituye un bien jurídico en sentido amplio, ya que no solo pretende la tutela de la madre trabajadora y del niño que está por nacer, sino que también, la protección de toda la familia y con ello, a toda la sociedad<sup>44</sup>. Esto es lo que hace que sea aún más infausta la práctica empresarial discriminatoria.

Las normas sobre protección a la maternidad se encuentran en el Título I del Libro II del Código del Trabajo (artículos 194 a 208) y son de aplicación general, tanto para las trabajadoras del sector privado como del público<sup>45</sup>. Estos artículos consagran diversos derechos a favor de las madres trabajadoras, como son el derecho a descanso antes y después del parto, el derecho a recibir un subsidio estatal, el derecho a gozar de fuero maternal, el derecho a alimentar a los hijos que sean menores de dos años, el derecho a permiso en el caso de enfermedad grave del hijo menor de un año, entre otros, además, prohíben determinados trabajos peligrosos para la salud de la mujer durante el embarazo, y establecen obligaciones para los empleadores como por ejemplo, que proporcionen sala cuna en el caso de tener más de veinte trabajadoras. Es relevante destacar que dentro de estos derechos, existen algunos que son de costo exclusivo del empleador, como la mantención de sala cuna, el transporte hacia la sala cuna y el derecho de las trabajadoras de una hora para alimentar a sus hijos menores de dos años. El hecho que existan mayores costos asociados a la contratación femenina es relevante, puesto que al cargar al empleador y no al Estado estos derechos, se perjudica a la mujer y se desnivela su costo laboral con respecto del hombre<sup>46</sup>.

Dentro de estas normas protectoras de la maternidad, el artículo 201 del Código del Trabajo posee gran relevancia, esto pues otorga un fuero a la madre trabajadora con el fin

---

<sup>42</sup> CORPORACIÓN HUMANAS, Encuesta Nacional Percepción de las Mujeres sobre su Situación y Condiciones de Vida en Chile, (Santiago 2011).

<sup>43</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Conciliación*, ob. cit., p. 59 -82.

<sup>44</sup> WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, ARELLANO ORTIZ, Pablo, ob. cit., p. 225.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>46</sup> RIQUELME GIAGNONI, Verónica, ob. cit., p. 42.

de protegerla de actos arbitrarios por parte del empleador una vez que se reincorpora a sus actividades laborativas. Así, el fuero evita que el embarazo se convierta en una fuente de discriminación para las mujeres en el trabajo<sup>47</sup>. Este fuero busca asimismo, la estabilidad en el empleo de la madre y con ello el cuidado de la maternidad y del niño que está por nacer. El fuero maternal se extiende desde el embarazo hasta un año después del permiso por maternidad y consiste en que la madre no podrá ser despedida por las causales establecidas en la ley sin que medie una autorización judicial. De manera, que la única forma de despedir a una mujer con este fuero es realizando un juicio de desafuero fundándose en las causales de caducidad del artículo 160 del Código del Trabajo o bien, en las causales de los numerales 4° y 5° del artículo 159 del Código del Trabajo.

Con todo, surge la duda sobre qué tan preponderante es el derecho a la maternidad, por sobre otros valores en juego, como por ejemplo, la autonomía de la voluntad. Al respecto, la jurisprudencia señala que “*salvo circunstancias excepcionalísimas que justifiquen la inversión de la protección de los intereses involucrados, opta por el resguardo del segundo (la maternidad), consagrado en normas de máxima jerarquía*”<sup>48</sup>. Por ejemplo, en el caso que exista un contrato a plazo fijo y se pretenda el despido de una trabajadora con fuero, fundándose en la causal del artículo 159 n° 4 del Código del Trabajo (vencimiento del plazo establecido en el contrato de trabajo), surge la duda sobre si prima la autonomía de la voluntad (determinación del plazo fijado en el contrato) o las normas relativas a la protección de la maternidad, manteniendo el puesto de trabajo de la trabajadora.

En este punto, conviene aclarar que si bien existen fallos de tribunales superiores con distintas interpretaciones<sup>49</sup>, se ha impuesto aquella que entiende que el juez que conozca de la solicitud de desafuero, detenta la facultad para conceder o no la autorización para proceder al despido<sup>50</sup>. Así, se ha sentenciado que corresponde al juez analizar los antecedentes incorporados en el juicio conforme a las reglas de la sana crítica y a la luz de

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, p.60.

<sup>48</sup> Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de fecha 7 de febrero de 2012, RIT: O-2879-2011.

<sup>49</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, en sentencia de fecha 12 de abril de 2016, RIT N° O - 29- 2016. En este caso se concedió el desafuero, dado que los supuestos fácticos que se establecidos como hechos en el proceso, no fueron desvirtuados por la madre demandada. Lo mismo ocurre en el fallo dictado por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de fecha 19 de abril de 2016, RIT N° O-565-2016. Sin embargo, en este último caso, luego de que la parte demandada invocara el recurso de nulidad y este fuera rechazado, se interpone el recurso de unificación de jurisprudencia, a este respecto, la Corte en su fallo de fecha 13 de de diciembre de 2016, Rol N° 47926/2016 señala “*que, en consecuencia, al juez laboral se le concede la potestad de consentir o denegar la petición formulada por el empleador para desvincular a una trabajadora embarazada, la que debe ejercer ya sea que se invoque una causal de exoneración subjetiva u objetiva, y para decidir, en uno u otro sentido, debe examinar los antecedentes incorporados en la etapa procesal pertinente, conforme las reglas de la sana crítica y a la luz de la normativa nacional e internacional indicada en el motivo sexto; esta última precisamente por lo que dispone el artículo 5 de la Carta Fundamental*”.

<sup>50</sup> Corte Suprema, sentencia de fecha 6 de junio de 1996, rol N° 6165/ 1996.

la normativa nacional e internacional, asimismo, es deber del empleador acreditar ante el juez laboral la necesidad existente de la desvinculación para que acceda a la petición de desafuero, no bastando la simple concurrencia objetiva de las causales. De forma que el bien jurídico maternidad se resguarda, al señalarse que el juez debe ponderar los antecedentes y no simplemente dar lugar al desafuero por darse las causales objetivas de despido, como puede ser la del artículo 159 N° 4.

El fuero y la preeminencia de las normativas sobre protección a la maternidad, dan pie para que el empleador cometa actos discriminatorios, como veremos en el próximo capítulo.

Que la discriminación afecte el bien jurídico maternidad resulta del todo funesto, sobretodo porque el empleador abusa de su posición dominante en esta relación laboral, y muchas veces pretende eludir el correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas de las normativas sobre protección a la maternidad. Finalmente, a pesar del intento de nuestro legislador por proteger a la mujer en condición de maternidad, las normativas de protección a la maternidad pierden su eficacia y es más, terminan siendo el principal de los motivos de discriminación hacia la mujer<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Los efectos*, ob. cit., p. 183.

## II. SEGUNDA PARTE

### TIPOS DE DISCRIMINACIÓN HACIA LA MUJER MADRE Y MECANISMOS DE TUTELA ANTE ACTOS DISCRIMINATORIOS

La Corte Suprema señala que el contenido del derecho a la no discriminación en el trabajo es una prohibición hacia el empleador que consiste *“en la exclusión de cualquier trato en materia laboral, que se funde en un criterio sospechoso o prohibido y que no tenga una justificación objetiva y razonable. Además, representa la facultad del trabajador para exigir que no existan diferencias de trato negativas en el nacimiento, desarrollo y extinción de la relación laboral, fundadas en un criterio prohibido”*<sup>52</sup>. Así, los actos de discriminación pueden tener lugar: al nacimiento de la relación laboral, durante la vigencia del contrato de trabajo o con ocasión del despido. De esta misma forma lo señala Caamaño Rojo<sup>53</sup>. Con todo, es preciso señalar que en la mayoría de los casos no sólo se lleva a cabo un acto discriminatorio, sino que también se pasan a llevar otros derechos fundamentales, como son la integridad física y psíquica y el respeto a la vida privada y la honra de la trabajadora<sup>54</sup>.

#### 1. DISCRIMINACIÓN PREVIA AL NACIMIENTO DE LA RELACIÓN LABORAL

La discriminación hacia la mujer por motivo de su maternidad está proscrita no solo durante la vigencia de la relación laboral, sino que también en los momentos previos a ésta. De manera, que no se podría condicionar la contratación de una mujer por su estado de embarazo (como se ha hecho en la práctica) o por su situación de maternidad. Así lo reconoce la Dirección del Trabajo en su Dictamen N° 3704/134 de 2004, señalando que *“el derecho a la no discriminación ejerce su virtualidad protectora en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral, allí donde se ejerzan los poderes empresariales siempre estará presente esta perspectiva. Tanto al inicio de la relación laboral o, incluso antes, en los procesos de selección de personal, como durante su desarrollo y en su conclusión el derecho a la no discriminación emerge como límite a los poderes empresariales”*<sup>55</sup>.

De forma que la discriminación puede tener lugar en lo se denomina tratos preliminares de la relación laboral. Conceptualmente los tratos preliminares se definen como *“aquellos actos jurídicos, que los interesados realizan, con el fin de elaborar, discutir y concertar un contrato o ver la posibilidad de concretarlo”*<sup>56</sup>. Lo normal en las relaciones contractuales es

---

<sup>52</sup> Corte Suprema, sentencia de fecha 10 de julio de 2015, Rol N° 24386/ 2014.

<sup>53</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La defensa*, ob. cit., p. 77.

<sup>54</sup> Esto se desprende del informe redactado por Verónica Riquelme, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, con respecto a las denuncias en relación a la discriminación por razón de maternidad.

<sup>55</sup> Dictamen de la Dirección del Trabajo, N° 3.704/134, ob. cit., p. 8.

<sup>56</sup> SEMPERE NAVARRO, Antonio, *La preparación del contrato de trabajo*, en *Documentación laboral XXXIV*, (Madrid, 1991), p.17-18.

que las partes, antes de formular el acuerdo definitivo convengan de común acuerdo una serie de negociaciones previas con el fin de delimitar el contenido del contrato futuro. Ahora, estas negociaciones, si bien, no involucran el comienzo de una relación laboral, no dejan de ser relevantes dado que pueden ser generadoras de responsabilidad extracontractual o de culpa *in contrahendo*. Asimismo, es importante destacar que a pesar de que las partes decidan no celebrar el contrato definitivo futuro, existe la obligación de negociar con fidelidad y lealtad, haciendo aplicación extensiva de las reglas del Código Civil<sup>57</sup>.

Los tratos preliminares o tratativas previas en el ámbito laboral, involucran el momento de selección de los trabajadores y las ofertas de empleo que realice el empleador, en donde éste último no podría condicionar la contratación a la existencia de embarazo o a la situación de maternidad<sup>58</sup>. Es importante destacar que, a diferencia de nuestra legislación, la legislación alemana consagra un especial tipo de acción indemnizatoria ante actos discriminatorios previos a la relación laboral, respetándose plenamente el principio de igualdad en el acceso al empleo.<sup>59</sup>

Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer proscribe la discriminación del empleador hacia la mujer en las tratativas previas a la relación laboral, prohibiendo la distinción entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, disponiendo en su artículo 11 número primero “*los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: b) el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo.*” Este artículo prohíbe toda discriminación en el acceso al empleo al establecer que se apliquen los mismos criterios de selección para contratar tanto a hombres como a mujeres, por lo que no se podría condicionar la contratación de una mujer por su maternidad.

Nuestra legislación, por su parte, en los artículos segundo y 194 inciso final del Código del Trabajo señala expresamente la prohibición de discriminación en el acceso al empleo<sup>60</sup>. Este último artículo señala una especial norma antidiscriminatoria de las mujeres en estado de embarazo, prohibiéndole al empleador condicionar la contratación de trabajadoras a la ausencia o existencia de embarazo y agrega finalmente, que para lo cual no podrán exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si una mujer se encuentra o no en estado de gravidez. A pesar de lo anterior, las empresas no solo han incurrido en la

---

<sup>57</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo; PEREIRA LAGOS, Rafael, *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social: doctrina chilena y extranjera*, (Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2012), p. 100.

<sup>58</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El derecho a la no discriminación en el empleo*, ob. cit., p.107.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p.108.

<sup>60</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La defensa del principio de no discriminación por razones de sexo en el período anterior al nacimiento de la relación laboral*, en: *Revista Laboral Chilena*, p.78.

práctica de exigir test de embarazo para contratar<sup>61</sup>, sino que además, si es que se decide contratar a la trabajadora y ella no informa en dicho momento su embarazo, es considerado como un engaño para la empresa, lo que configurará futuros malos tratos dentro de ella, como se demuestra en las siguientes declaraciones ante la Inspección del Trabajo, obtenidas del informe de la Dirección del Trabajo escrito por Verónica Riquelme Giagnoni: *“su jefe le dijo que estaba en desacuerdo con el fraude que ella hizo con esta situación del embarazo, porque no le informó de su estado al minuto de contratarla”*<sup>62</sup> *“(…) el propio supervisor le dijo que la empresa le tenía mala porque los había engañado al ingresar embarazada y porque ha tenido a sus dos hijos dentro de la empresa en forma seguida”*<sup>63</sup>.

La discriminación de las mujeres en el acceso al empleo genera grandes problemas en nuestro sistema tutelar ante actos discriminatorios, ya que no se puede invocar el procedimiento de tutela de derechos fundamentales debido a la inexistencia de relación laboral. Así, en este caso cabría aplicar la sanción prevista en el artículo 208 del Código del Trabajo, es decir, multa a beneficio fiscal de catorce a setenta Unidades Tributarias Mensuales, por infracción al artículo 194 inciso final, esto es, condicionar la contratación de la trabajadora en virtud a su estado de gravidez. Esta sanción resulta insuficiente en la práctica, ya que no repara en forma alguna el daño ocasionado a la madre discriminada<sup>64</sup>.

Con todo, en el proyecto original de la ley N° 20.087<sup>65</sup> (que reformó el Código del Trabajo) sí comprendía la discriminación previa a la relación laboral, ya que consagraba el procedimiento de tutela de derechos fundamentales (en el artículo 502) con una cobertura bastante más amplia que la que posee el actual 485 del Código del Trabajo (artículo que actualmente regula el procedimiento de tutela de derechos fundamentales), esto, ya que determinaba que el procedimiento tendría lugar cuando *“los derechos resulten lesionados por el ejercicio de las facultades empresariales en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 5° del Código del Trabajo”*, es decir, dicho proceso tutelaba todas las garantías constitucionales de los trabajadores. Asimismo, el inciso segundo del artículo 510, también del proyecto original de esta ley, reconocía expresamente la procedencia de este proceso en los casos de discriminación en el acceso al empleo, en los siguientes términos *“si la denuncia se refiere a una cuestión de discriminación en el acceso al trabajo, el tribunal podrá recabar informe de los órganos públicos que estime pertinentes (...)”*. Sin embargo, la idea de que la discriminación en el acceso al empleo se tutelara por este procedimiento no prosperó debido a la duda sobre cómo se les podía dar competencia a los tribunales si no existía relación laboral<sup>66</sup>.

---

<sup>61</sup> WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, ARELLANO ORTIZ, Pablo, ob. cit., p. 220.

<sup>62</sup> RIQUELME GIAGNONI, Verónica, ob. cit., pp. 58-59.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>64</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La defensa*, ob. cit., p. 79.

<sup>65</sup> Ley N° 20.087, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo, publicada en el Diario Oficial el día 3 de enero de 2006.

<sup>66</sup> Historia de la ley N° 20.087.

Cabe tener presente, además, que la discriminación en la contratación puede ser, no solo por el hecho del embarazo, sino que también por tener más hijos, puesto que el motivo de discriminación puede ser la maternidad en sentido amplio y no solo el embarazo, así lo estableció la Dirección del Trabajo en su Dictamen N° 0374/005 de enero de 2010, a través de una consulta por una madre afectada “(...)la única razón que motivó el no haber sido contratada por un empleador fue el hecho de ser madre de un hijo de un año, por tanto, ha sido objeto de una discriminación que tiene a la maternidad como fuente, razón por la cual se trataría de una discriminación por razón de sexo que, por lo mismo, carece de una fundamentación objetiva y razonable”.<sup>67</sup>

## 2. DISCRIMINACIÓN DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

La discriminación hacia la mujer embarazada o en situación de maternidad durante la vigencia de la relación laboral se puede presentar de variadas formas, por ejemplo, si el empleador no paga el subsidio de maternidad o retarda su pago, si le deniega ascensos o promociones en el empleo, si la remueve de su trabajo a uno menos activo, si le prohíbe que vuelva al mismo puesto de trabajo que tenía antes del embarazo una vez terminado su descanso maternal, o no trasladando a la trabajadora embarazada a trabajos no perjudiciales para su salud. Todas conductas motivadas por la maternidad y que alteran la igualdad con respecto a los demás trabajadores.

Asimismo, muchas veces los actos discriminatorios durante la vigencia de la relación laboral tienen como fin someter a la trabajadora a malos tratos o a un ambiente de trabajo hostil que afecte el desarrollo de su empleo, con el fin de que ella renuncie. Por ejemplo, en el caso caratulado Soto Molina con Servicios Alta Atención Limitada se señala en la demanda que “*deliberada y arbitrariamente se han realizado actos que evidentemente son discriminatorios y dañinos, convirtiendo el ambiente laboral en el que se desenvolvía en tóxico e insoportable(...). Es evidente que lo que se pretendía era presionarle para que presentara su renuncia voluntariamente*”.

En el caso anterior, la trabajadora luego de comunicar su embarazo, fue sometida a diversos malos tratos por parte de sus empleadores, quienes la apartaban, le asignaron un lugar diferente para almorzar (el subterráneo), no le dieron los mismos bonos que al resto de los trabajadores y además, le cambiaron el tipo de trabajo una vez que ella regresó de su permiso post natal.

---

<sup>67</sup> Dictamen de la Dirección del Trabajo, N° 0374/005, de enero de 2010.

A continuación se analizarán algunas de las variadas formas que pueden tener los actos de discriminación durante la vigencia de la relación laboral.

### 2.1. No pago del subsidio de maternidad o dilatación en el pago del mismo.

El artículo 198 del Código del Trabajo establece que la mujer que se encuentre en el periodo de descanso de maternidad prenatal, postnatal, de descansos suplementarios y de plazo ampliado señalados en el artículo 196 del Código del Trabajo, y los trabajadores que hagan uso del permiso postnatal parental, recibirán un subsidio calculado conforme a lo dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley N° 44, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social de 1978, y en el artículo 197 bis del Código del Trabajo. No obstante, para que se tenga derecho a este subsidio, es preciso que se tramite como una licencia médica, es decir, debe calcularse de igual manera que los subsidios por incapacidad laboral<sup>68</sup>. La base de cálculo para la determinación del monto de estos subsidios considera los datos existentes a la fecha de iniciación de la licencia médica y será una cantidad equivalente al promedio de la remuneración mensual neta, del subsidio, o de ambos, que se hayan devengado en los tres meses calendario más próximos al mes en que se inicia la licencia<sup>69</sup>.

Con todo, el artículo 4 del DFL N°44 señala que para tener derecho a los subsidios se requiere un mínimo de seis meses de afiliación y de tres meses de cotización dentro de los seis meses anteriores a la fecha inicial de la licencia médica correspondiente<sup>70</sup>. Por lo que de la lectura del anterior precepto legal, surge el problema si el empleador no paga las cotizaciones de la trabajadora (dentro de los seis meses anteriores a la fecha inicial de la licencia médica), ya que en dicho caso la entidad a la que le corresponde el pago del subsidio no lo realizará, provocando un evidente menoscabo para la trabajadora. La conducta discriminatoria se configura, por tanto, al impedirle a la trabajadora disponer de su remuneración, alterándose así, la igualdad con los demás trabajadores.

El artículo 19 del DFL N°44 señala, asimismo, que el pago de los subsidios corresponde a la entidad que deba otorgarlos o al empleador, si lo ha convenido con la entidad otorgante. De manera, que si se concierta que el pago del subsidio lo realice el empleador, y este no lo hace, será sancionado, en virtud a lo establecido en el artículo 208 del Código del Trabajo, precepto que dispone que las infracciones que cometan los empleadores a las normas establecidas en el Título Segundo del Código del Trabajo se sancionarán con multas que van desde catorce a setenta Unidades Tributarias Mensuales, la que se duplicará

---

<sup>68</sup> WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, ARELLANO ORTIZ, Pablo, ob. cit., p.232.

<sup>69</sup> Artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley N° 44 de 1978.

<sup>70</sup> Respecto de las trabajadoras independientes, la norma que las regula se encuentra consagrada en el artículo 21 de la ley N° 18.469, donde se señala que los subsidios se calcularán en base al promedio de la renta mensual imponible, del subsidio o de ambos, por los que hubieren cotizado en los últimos seis meses anteriores al mes en el que inicia el reposo.

en caso de reincidencia. Asimismo, el artículo 197 bis señala en su inciso undécimo, referente al pago del subsidio postnatal parental, que *“el empleador que impida el uso del permiso postnatal parental o realice cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible su uso, será sancionado con multa a beneficio fiscal de 14 a 150 unidades tributarias mensuales”*. Este artículo no es sino muestra de las malas prácticas por parte de los empleadores hacia las trabajadoras que hacían efectivo su permiso postnatal parental. Sin embargo, como ya habíamos señalado, las sanciones otorgadas por el Código del Trabajo no solo son insuficientes sino que también infructuosas, ya que en nada sirve a la mujer discriminada el pago de una multa a beneficio fiscal. Incluso, podría hasta entenderse que una empresa que posee mucha solvencia puede vulnerar los derechos de sus trabajadoras a destajo.

Con todo, el artículo 208 del Código del Trabajo además de establecer la sanción de multa a beneficio fiscal, señala en su inciso segundo que *“en igual sanción incurrirán los empleadores por cuya culpa las instituciones que deben pagar las prestaciones establecidas en este título no lo hagan”*, de manera que aquel retardo o no pago del subsidio de las instituciones encargadas por culpa del empleador, es sancionado y termina agregando que *“sin perjuicio de la sanción anterior, será cargo directo de dichos empleadores el pago de los subsidios que correspondieren a sus trabajadoras”*, además, en caso de culpa del empleador, el pago ya no será de cargo de la institución *prima facie* obligada, sino que del empleador mismo.

En el caso caratulado Astudillo con Basulto, se muestra una situación en la que el empleador no pagó las cotizaciones, por lo que, por lo mismo, no se pagó el subsidio maternal. El texto de la demanda señalaba *“no se le han pagado sus licencias médicas porque no se ha cotizado el mes de marzo de 2015, lo cual es requisito para tener derecho al subsidio pre natal, infracción imputable a su ex empleadora”*<sup>71</sup>. En este caso, no solo no se pagaron las cotizaciones y se retardó el pago de los subsidios, sino que también el empleador alteró el monto que recibía por sueldo la trabajadora por uno notablemente inferior, por lo que en el evento de que se pagaran los subsidios éstos serían mucho menores a lo que la mujer recibía en realidad. Con todo, este conflicto no llegó a buen puerto dado que la trabajadora cansada de esperar accionó un despido indirecto. En este caso, el Tribunal aceptó el despido indirecto<sup>72</sup> y con respecto al no pago de la cotización del mes de marzo, señala que se aplicará lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto Ley 3.500<sup>73</sup>. Ante la aceptación del despido indirecto, la parte demandada dedujo recurso de nulidad fundado en pronunciamiento de la sentencia con infracción de ley con influencia sustancial

---

<sup>71</sup> Juzgado de Letras de la Ligua, texto de la demanda, RIT: N° T-9-2015.

<sup>72</sup> Juzgado de Letras de la Ligua, sentencia de fecha 31 de mayo de 2016, RIT: N° T-9-2015.

<sup>73</sup> En virtud de este artículo el empleador que no pague las cotizaciones de sus trabajadores deberá declararlas a las Administradoras de Fondos y si no lo hace o esta fuera errónea, podría ser sancionado con la multa de 0,75 Unidad de Fomento.

en lo dispositivo del fallo e infracción manifiesta a las reglas de la sana crítica, sin embargo, es rechazado por no acreditarse las infracciones a la sana crítica del juez.

Otro caso representativo del tema en cuestión es el caratulado Delgado con Colmena Golden Cross S.A, sin embargo, en este caso la conducta discriminatoria no la realiza el empleador, sino que la institución encargada del pago. En este caso la ISAPRE Colmena no proporcionó el pago de los subsidios de maternidad de manera arbitraria. Ante esto la recurrente Paulina Delgado Barriga, interpuso un recurso de protección en contra de la ISAPRE, señalando que al momento del embarazo se encontraba trabajando en calidad de funcionaria a contrata en la Defensoría Penal Pública hasta fines de agosto de 2016, pero luego, resultó seleccionada para formar parte del 71° programa de formación de la Academia Judicial, por lo que dejó de trabajar. Sin embargo, para efectos de mantener los derechos como madre, la recurrente siguió cotizando de forma independiente por los mismos montos que lo hacía cuando trabajaba en la Defensoría Penal Pública. Es así, como en el mes de diciembre, presentó su licencia prenatal debidamente autorizada y el certificado de cotizaciones ante la sucursal de la ISAPRE. Sin embargo, la ISAPRE comunicó que la licencia había sido autorizada (aprobada por la comisión médica), pero sin derecho a subsidio, dado que no existían antecedentes que acreditaran una actividad lucrativa como boletas de honorarios, dentro de los seis meses anteriores. El conflicto se presenta dado que este último requisito que solicita la ISAPRE no se señala en la ley, de manera que esta exigencia es arbitraria y que diferencia a la recurrente del resto de las mujeres que sí poseen derecho a ese subsidio. Al respecto la Corte de Apelaciones señaló *“la decisión de la ISAPRE recurrida en orden a establecer mayores exigencias para impetrar el subsidio de incapacidad laboral por pre y postnatal de la recurrente, se torna ilegal y arbitrario, lo cual, a su vez, trae aparejado la conculcación de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y derecho de propiedad pues, por un lado, se ha establecido una diferencia arbitraria a la recurrente para acceder a la prestación de seguridad social que beneficia a todas las mujeres y, por la otra, poseyendo un derecho a percibir la misma se ha visto privado de ello, perjudicándose su patrimonio<sup>74</sup>”* acogiendo el recurso en cuestión. Tras el fallo de la Corte de Apelaciones, la ISAPRE invoca un recurso de apelación en contra de la sentencia. Al fallar este recurso la Corte Suprema señala en su considerando séptimo *“que además el actuar ilegal de la ISAPRE afecta la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política, en términos que conculca el derecho a la igualdad ante la ley, al privar a la recurrente del subsidio maternal pre y postnatal en relación con otras mujeres que si tiene ese derecho en iguales circunstancias, normas protectoras que privilegian la relación directa madre-hijo y que la legislación hace obligatoria en los primeros meses de vida atendida su necesidad para el adecuado desarrollo de los niños<sup>75</sup>”*. Confirmando la sentencia apelada.

---

<sup>74</sup> Corte de Apelaciones de Arica, en sentencia de fecha 10 de mayo de 2017, Rol: 322/2017.

<sup>75</sup> Corte Suprema, sentencia de fecha 10 de julio de 2017, Rol: 9235 /2017.

El no pago del subsidio o el retardo en su pago por culpa del empleador o por la entidad encargada de otorgarlo, resulta ser una forma de afectación de extrema gravedad en contra la mujer embarazada o madre, dado que ante la falta de éste ella queda desprovista de su mantención mensual.

## 2.2. Denegación de ascensos o promociones durante la relación laboral o movilidad en el empleo.

La imposibilidad de acceder a un cargo de nivel superior para la trabajadora por su maternidad o la movilidad de ésta a otros trabajos de menor importancia, no solo resulta ser una vulneración a los derechos fundamentales de las trabajadoras, sino que también envuelve un incumplimiento al contrato de trabajo, esto en virtud, a que la prohibición de no discriminación se entiende incorporada en el contrato, según lo dispone el artículo segundo inciso octavo del Código del Trabajo, *“lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto de este artículo y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren”*.

De igual forma, la Convención sobre Prohibición a todas las formas de Discriminación Contra la Mujer consagra expresamente el derecho de la mujer al ascenso y la estabilidad en el empleo, en su artículo 11 numeral primero letra c) en los siguientes términos *“los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: c) el derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso y a la estabilidad en el empleo”*.

La denegación de ascensos, asimismo, no solo es una suerte de castigo para la madre trabajadora, sino que además, en algunos casos, busca desincentivar su contratación para que ella renuncie.

Con todo, interesante es un caso establecido en el informe de la Dirección del Trabajo acerca de denuncias presentadas ante la Inspección del Trabajo sobre conductas discriminatorias en razón de la maternidad, donde el empleador desarrolla un tipo de discriminación colectivo en contra de todas las trabajadoras embarazadas o que se reincorporaban una vez terminados sus permisos de maternidad. En este caso el empleador las situaba a todas dentro del grupo que obtenía el menor monto de bonos por venta, ya que el tope máximo del bono para este grupo, era aproximadamente de \$120.000 pesos imponibles, en circunstancias que los otros grupos obtenían por dicho bono: \$220.000, \$240.000 e incluso \$ 500.000 como máximo<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> RIQUELME GIAGNONI, Verónica, ob. cit., p. 52.

Otro caso es el de una trabajadora en ventas, que denuncia ante la Inspección del Trabajo la denegación a un ascenso por el hecho de estar embarazada, la trabajadora manifiesta *“la gerente me informa que por estar embarazada no podría pasar al nuevo proyecto, ya que al cliente le resultaba ser una trabajadora más cara debido a las ausencias que generaría su estado de embarazo”*.<sup>77</sup> La discriminación es arbitraria, ya que el ascenso se niega por la maternidad y no por las capacidades para ejercer el trabajo del puesto superior.

Asimismo, discriminación similar se da, cuando se cambia a la trabajadora a un trabajo en el que no cumple las mismas funciones y empieza a realizar trabajos de relevancia menor, la alteración a la igualdad se conforma puesto que el resto de los trabajadores continúan ejerciendo sus labores con normalidad. Este es el caso de una denuncia ante la Inspección del Trabajo, en donde el texto de la denuncia señala *“siento que he sido discriminada por estar embarazada ya que desde que informé de mi estado, todo mi trabajo que hasta la fecha era bueno, pasó a ser malo. Me siento ignorada, (...)llevo horas sentada en un escritorio que cuenta con un computador que le pertenece a otro Departamento y no está habilitado con los sistemas y/o información de la que manejo. Solo siento ganas de llorar por la impotencia de no poder trabajar. Mi supervisor me ha modificado las condiciones de trabajo, no me incluye en la rotación del turno de la oficina y el resto de mis colegas lo hacen”*<sup>78</sup>. En este caso, a diferencia de los anteriores, no se niega a la trabajadora un ascenso o promoción, sino que simplemente por el hecho del embarazo o por su maternidad, se cambia la naturaleza de su contrato, ejerciendo ahora trabajos de menor relevancia, con el fin de que renuncie. Caso similar es el que se produce cuando el empleador cambia a la trabajadora a trabajos de menor importancia una vez que ella regresa de su descanso de maternidad, pero esta vez con el fin de vulnerar el fuero, este caso es el que veremos a continuación.

### 2.3 Denegación del empleador para que la trabajadora vuelva al mismo puesto de trabajo que tenía antes del embarazo.

El artículo 195 inciso final del Código del Trabajo obliga a los empleadores a conservar el empleo y puestos de trabajo de la mujer trabajadora durante los permisos de maternidad, no obstante cualquier estipulación en contrario. Sin embargo, varios son los casos en los que los empleadores cambian el tipo de trabajo de las madres trabajadoras una vez que ellas regresan de su descanso maternal, esto, con el fin de que la trabajadora renuncie y así vulnerar la figura del fuero maternal. Este es el caso de la demanda interpuesta en procedimiento de tutela laboral en el caso González con Atento Chile S.A, donde en los

---

<sup>77</sup> *Ibídem*, p.54.

<sup>78</sup> *Ibídem*, p. 63.

hechos de la demanda, la demandante señala que *“al regresar a trabajar me percaté que mis claves se encuentran bloqueadas y me indican que hay un nuevo contrato y anexo comisional que debía firmar. Luego de leer dicho documento, decido no firmar el anexo atendido a que las condiciones contractuales ofrecidas en dicho documento desmejoraban a las de mi antiguo contrato. Pasaron un par de semanas sin tener una solución positiva con mis claves, y sin ellas no podía realizar ventas, teniendo que recurrir al uso de las claves de mis compañeros. Lo anterior afectaba mis ingresos, ya que, al no poder efectuar las ventas no generaba comisión y con ello mi remuneración mensual iba a ser muy inferior a lo que estaba acostumbrada a recibir”*<sup>79</sup>.

Generalmente si el cambio de puesto de trabajo es a uno diferente al que se tenía antes del embarazo y las tareas asignadas son de menor importancia, la trabajadora puede llegar al extremo de querer terminar la relación laboral, como sucede en el caso siguiente, caratulado Montero con Salón de Belleza y Centro de Estética Bellísima Limitada: *“estando embarazada, la demandada le señaló que estaba despedida y que no se presentara a trabajar. Ante lo cual interpuso un reclamo administrativo en la Inspección del Trabajo, entidad que obligó a la demandada a reintegrar a la reclamante, y a pagar las remuneraciones adeudadas. Al presentarse a trabajar, la demandada le prohibió que atendiera a los clientes como normalmente lo venía haciendo, señalándole que a contar de esa fecha sus labores consistirían en limpiar el local, barrer el piso, servir café y hacer el aseo del baño, y de no querer hacerlo debía permanecer en la terraza del local, de pie. Como se negó a cumplir tales humillantes instrucciones, la demandada le dice que mejor no se presente más a trabajar, pues aunque lo hiciera, no le va a pagar ni un peso, y que no teme que la demande pues "ella tiene todas las de ganar porque este es su país y no el mío" y que al "quedar embarazada era la única responsable de todo lo que me estaba sucediendo”*<sup>80</sup>.

En este caso como es evidente, no solo se lleva a cabo un acto discriminatorio, sino que además, se vulnera la dignidad de la trabajadora.

2.4. No trasladado de la trabajadora embarazada a trabajos no perjudiciales para su salud o malos tratos si el cambio se lleva a cabo.

El artículo 202 del Código del Trabajo señala expresamente que durante el periodo 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. Asimismo, este artículo entiende como perjudicial para la salud todo trabajo que: obligue a levantar,

---

<sup>79</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, texto de la demanda, RIT N°: T-222-2017.

<sup>80</sup> Primer juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, texto de la demanda, RIT: T-578-2016.

arrastrar o empujar grandes pesos, exija un esfuerzo físico, incluido el hecho de permanecer de pie largo tiempo, se ejecute en horario nocturno, se realice en horas extraordinarias de trabajo o aquel que la autoridad competente declare inconveniente para el estado de gravidez. Es preciso señalar que, como destacan Arellano Ortiz y Walker Errázuriz, esta norma busca proteger a la madre y al hijo que viene en camino, por ningún motivo tiene el fin de prohibirle a la mujer ciertos trabajos por el hecho de ser mujer<sup>81</sup>.

El acto arbitrario y contrario a derecho se configura de dos maneras, en primer lugar si no se realiza el cambio a un trabajo más ligero para la mujer embarazada y existen otras mujeres embarazadas a las que sí se le realizó el cambio (dado que el acto arbitrario y discriminatorio requiere que se afecte la igualdad entre trabajadores sujetos a circunstancias similares) o bien, si se realiza una diferencia de trato no razonable con la trabajadora que hace uso de su derecho a cambio de trabajo. En este último caso, la trabajadora es sujeta a malos tratos o represalias que solo se configuran por el motivo del embarazo, embarazo que dio lugar a las normas de protección a la maternidad como lo es el cambio de trabajo a otro que no afecte el estado de gravidez. Ejemplo de ello es la siguiente denuncia ante la Inspección del Trabajo de una cajera de un hotel: *“desde que la trabajadora le informó a su jefa directa, que estaba embarazada, le pusieron mala cara porque tendrían que cambiarle los turnos, hacía turnos nocturnos, los que debieron ser suprimidos por su estado...le dijeron que tenía que trabajar el sábado y domingo, en caso contrario, se le descontaría y se consideraría como ‘falla’<sup>82</sup>”*.

En el caso Astudillo con Basulto, también se evidencia esto en el texto de la demanda *“su empleadora la obligó a recoger unos sacos de papas muy pesados, lo que afectó su salud y después de su trabajo debió concurrir al Hospital; también la insultó de una manera humillante, la descalificó como persona, a sabiendas que estaba embarazada, por lo que dejó constancia ante Carabineros de Chile<sup>83</sup>”*. Como queda claro, en este caso, no solo se infringen las normas de protección a la maternidad, sino que también se afecta la dignidad de la madre trabajadora.

### 3. DISCRIMINACIÓN AL TÉRMINO DE LA RELACIÓN LABORAL

En este caso, la discriminación se produce con ocasión del despido de la madre trabajadora, ya sea por razón de su embarazo o por su maternidad en general. Asimismo, consideramos dentro de esta categoría el despido realizado inmediatamente una vez terminado el fuero maternal.

---

<sup>81</sup> WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, ARELLANO ORTIZ, Pablo, ob. cit., p. 240.

<sup>82</sup> RIQUELME GIAGNONI, Verónica, ob. cit., p.59.

<sup>83</sup> Juzgado de Letras de la Ligua, texto de la demanda, RIT: N° T-9-2015.

Este caso de discriminación es el que más sucede en la práctica, y así lo dispone el Juzgado del Trabajo en el caso Aceituno con Instituto Dermatológico San Juan Ltda.<sup>84</sup>, señalando que *“en ciertas esferas del mercado de la contratación de personas, a existido una tendencia discriminatoria que sitúa a la mujer embarazada como objeto de políticas que se materializan en la decisión de expulsión de la empresa apenas conocida su situación de gravidez”*. Ante este acto se puede demandar la afectación de derechos fundamentales en ocasión del despido, según lo dispuesto en el artículo 489 del Código del Trabajo, caso en el cual si se acoge la denuncia, el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 del Código del Trabajo y la establecida en el artículo 163 del Código del Trabajo con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 del Código del Trabajo y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual<sup>85</sup>. O bien, en el caso que el juez declare que el despido fue discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo segundo del Código del Trabajo, y además ello sea calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones antes descritas. Así, si se invoca el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y se funda en la discriminación de la madre en ocasión del despido, puede resultar que el empleador sea obligado a pagar las indemnizaciones correspondientes y además, una indemnización adicional que fijará el juez. Es por esto que este tipo de discriminación es el que posee una mayor cobertura, a diferencia de los otros que vimos precedentemente. Asimismo, si la discriminación en este caso es considerada grave por resolución fundada podría incluso la trabajadora optar por la reincorporación.

Internacionalmente la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo 11, prohíbe el despido fundado en razones de embarazo, su numeral segundo prescribe *“a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil”*.

En este caso de discriminación, encontramos una mujer trabajadora asalariada que en razón de su embarazo es despedida. En dicho caso, es importante tener a la vista el artículo 201 del Código del Trabajo, el cual dispone que *“durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis, la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174.”* De manera, que se prescribe el fuero laboral como

---

<sup>84</sup> Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de fecha 7 de febrero de 2012, RIT N° O-2879-2011.

<sup>85</sup> Artículo 489 del Código del Trabajo.

institución protectora de la mujer embarazada<sup>86</sup>. Si nos reconducimos al artículo 174 del mismo cuerpo legal, concluimos que, al ser la mujer embarazada una trabajadora sujeta a fuero laboral, se le prohíbe al empleador poner término al contrato, al menos que posea autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4° y 5° del artículo 159 y en las del artículo 160 del Código del Trabajo<sup>87</sup>. Es decir, por vencimiento del plazo convenido en el contrato de trabajo, conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato, o bien, por las causales de caducidad establecidas en el artículo 160 del Código de Trabajo, casos en los que el empleador está legitimado para terminar la relación laboral de manera unilateral por mal comportamiento imputable al trabajador<sup>88</sup>. Así, estando la trabajadora embarazada con fuero maternal, la única forma en la que el empleador podría poner término a la relación laboral sería con autorización expresa del Juez del Trabajo, para lo cual deberá este último iniciar un juicio de desafuero en los Tribunales de Justicia. Si el juicio de desafuero se pierde, la madre trabajadora será reincorporada a sus trabajos habituales.

El problema del despido en razón del embarazo es que no solo se torna discriminatorio, afectando la igualdad entre la trabajadora y sus compañeros de trabajo, sino que existen casos en los que se les exige a las trabajadoras que renuncien y en caso de negativa se seguirá con el juicio de desafuero. Esto no es sino demostración del interés del empleador de erradicar a la trabajadora de su puesto de trabajo a como de lugar y no solo eso, sino que también pretende, no cumplir con las indemnizaciones y normativas laborales.

Así lo demuestra el caso caratulado Sociedad educacional Verdugo e hija limitada con Valdés, en el escrito de contestación de la trabajadora demandada en juicio de desafuero, *“luego de conocer mi estado de gravidez, en una conversación con el jefe de personal el día 25 de Febrero, me señala que debo renunciar y ante mi negativa, me señala que seguirá adelante con la solicitud de desafuero”*<sup>89</sup>.

Por su parte, la Dirección del Trabajo, a través del informe sobre denuncias ante la Inspección del Trabajo sobre vulneración de las normas de protección a la maternidad, realizado por su Dirección de Estudios, concluye que en la mayoría de los casos, existe una

---

<sup>86</sup> Cabe destacar que pretéritamente el artículo 201 excluía el fuero en las trabajadoras de casa particular, sin embargo, esta norma fue derogada por la ley N° 19.591.

<sup>87</sup> El artículo 174 del Código del Trabajo señala: *“en el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160”*.

<sup>88</sup> En estos casos igualmente debe existir resolución judicial ejecutoriada que así lo establezca.

<sup>89</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, escrito de contestación, RIT N° O-59-2016.

separación ilegal de la trabajadora con fuero, es decir, no se solicita el desafuero por la vía judicial<sup>90</sup>.

Finalmente, la discriminación al término de la relación laboral no solo se constituye por el despido de la mujer con fuero, sino que también puede darse inmediatamente una vez terminado este último. *Prima facie*, pareciera ser que no existe inconveniente legal para despedir a una mujer una vez terminado el fuero, dado que el Código del Trabajo solo establece el fuero con un plazo de un año una vez terminado el permiso de maternidad. Sin embargo, es claro que con ello se vulnera el espíritu de la ley, puesto que el fuero pretende no solo la estabilidad en el empleo de la mujer, sino que también que el embarazo no se convierta en una fuente de discriminación<sup>91</sup>.

A este respecto, en el caso caratulado Carbone con Análisis y Servicios S.A<sup>92</sup>, en tutela de derechos fundamentales en ocasión de despido y cobro de prestaciones, la trabajadora luego de reincorporarse a su trabajo tras el fuero maternal, fue despedida “por necesidades de la empresa”, a pesar de que al poco tiempo de ser despedida se publicó un aviso para contratar a alguien para el mismo cargo. Asimismo, la demandante señala que “*al preguntarle a mi jefe, por qué me despedía, me dijo que la decisión había sido tomada debido a mi gran cantidad de licencias médicas y al temor de la empresa de que presentara nuevas licencias*”.

Lo anterior puede atender a que las ausencias de las mujeres trabajadoras (antes y después del parto y luego de la reincorporación) muchas veces requerirán reemplazos, lo que implicará un desembolso por parte de la empresa al preocuparse de capacitar al nuevo trabajador<sup>93</sup>, con todo, este argumento resulta del todo básico y sin mérito suficiente, ya que ese desembolso no puede nunca compararse con dejar a una mujer sin su fuente laboral, y mucho menos si a sido madre recientemente. Estos actos solo evidencian el poder del empleador por sobre sus trabajadores y lo fácil que es vulnerar las prerrogativas de la protección a la maternidad.

---

<sup>90</sup> El informe destaca que un 63% de las denuncias relacionadas a la normativa sobre protección a la maternidad son por el no respeto del fuero maternal. Asimismo, se concluye en este Informe, que las causas mayormente invocadas son: No otorgar beneficio de sala cuna (14,9 %), no otorgar el permiso para dar alimento al hijo (7,8 %), y no trasladar a la mujer embarazada a un trabajo no perjudicial para su salud (6,0). Con todo, pero en menor porcentaje le siguen, no pagar pasajes por traslado de hijo a sala cuna (3,0 %), no tener derecho a subsidio por no pago de cotización (2,7%), no respetar el pre y post natal (1,1 %), condicionar el contrato a la ausencia de embarazo (0,5%), no contar con sala cuna con autorización JUNJI (0,4 %) y no otorgar al padre permiso para cuidar al hijo cuya madre falleció (0,1 %). Unidad de Análisis Estadístico, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 2009.

<sup>91</sup> RIQUELME GIAGNONI, Verónica, ob. cit., p. 31.

<sup>92</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Coyhaique, texto de la demanda, RIT N° T-7-2011.

<sup>93</sup> RIQUELME GIAGNONI, Verónica, ob. cit., p. 40.

#### 4. MECANISMOS DE TUTELA ANTE ACTOS DISCRIMINATORIOS EN CHILE

El texto original del proyecto de ley de la ley N° 19.759<sup>94</sup>, para modificar el Código del Trabajo, consagraba la incorporación de un inciso adicional en el artículo segundo del Código del Trabajo, que señalaba “*el afectado por un acto de discriminación podrá recurrir a los tribunales del trabajo en juicio ordinario laboral, demandando las indemnizaciones a que tenga derecho, con arreglo a las prescripciones de derecho común, incluso el daño moral*”<sup>95</sup>.

Esta acción indemnizatoria directa no fue introducida en la reforma realizada por la ley N° 19.759, por las críticas atendidas a la complejidad para determinar el concepto y la forma de cuantificar el daño moral<sup>96</sup>. Con todo, es dable destacar que han existido casos en los que nuestra jurisprudencia ha aceptado indemnizar por concepto de daño moral a trabajadoras discriminadas en razón de su embarazo, como se evidencia en el caso Gatica con Producciones Tri-ziclo Limitada, en donde no solo se acepta la demanda por vulneración de garantías y se ordena la reincorporación de la trabajadora, sino que también se ordena al pago de siete millones doscientos mil pesos bajo concepto de daño moral<sup>98</sup>.

Hoy no existe una acción directa de indemnización como se pretendía en el texto original del proyecto de ley, sin embargo, existen diversos mecanismos tendientes a la tutela del derecho a la no discriminación en el empleo.

Como tuvimos ocasión de ver en el capítulo anterior, el principio de la no discriminación en relación al trabajo se encuentra contemplado dentro del artículo 19 de la Constitución Política de la República, artículo que establece la lista de derechos fundamentales amparados por la legislación chilena, consagrando que cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad está proscrito. Sin embargo, la acción de protección como acción tutelar de los derechos fundamentales no comprende la no discriminación dentro de sus causales. La acción de protección opera ante actos u omisiones arbitrarios o ilegales que originen una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, sin embargo, excluye del numeral 16 el inciso tercero, limitándose a otorgar tutela en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación y a lo consagrado en el inciso cuarto de este numeral. De forma que el artículo 20 de la Constitución excluye

---

<sup>94</sup> Ley N°19.759, del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, que modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y otras materias que indica, publicada en el Diario Oficial el día 5 de octubre de 2001.

<sup>95</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El derecho a la no discriminación en el empleo*, ob. cit., p.104.

<sup>96</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La defensa*, ob. cit., p.77.

<sup>97</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El derecho a la no discriminación en el empleo*, ob. cit., p.104.

<sup>98</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en sentencia de fecha 8 de enero de 2010, RIT N° T-17-2009.

expresamente la tutela de dicho derecho fundamental. Con todo, interpretando ampliamente la protección consagrada en el numeral segundo del artículo 19 del mismo cuerpo legal, se podría igualmente interponer esta acción fundada en la igualdad ante la ley. Sin embargo, el recurso se ha entendido inútil en la práctica frente a la protección de derechos fundamentales vulnerados, dado que, como destaca, Diego López<sup>99</sup>, para la eficacia del recurso se requiere la declaración de nulidad de los actos lesivos y el pago de una indemnización por dichos actos, lo que solo se logra a través de procedimientos complementarios al recurso en cuestión.

Por otro lado, la vía administrativa como tutela del derecho a la no discriminación operaría cuando la trabajadora recurriera ante la Inspección del Trabajo, institución encargada de fiscalizar si la normativa laboral se cumple en la práctica, y de interpretar la ley laboral a través de dictámenes. La Inspección del Trabajo al conocer de la denuncia de la mujer discriminada podría aplicar la sanción de multa. Este punto es relevante, tomando en cuenta que una multa a beneficio fiscal poco o nada indemniza a la mujer afectada por un acto discriminatorio, como hemos advertido a lo largo de este trabajo<sup>100</sup>. Si la discriminación se realiza vulnerando las normas del Título Segundo del Código del Trabajo (normas relativas a la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar), se aplicarán las sanciones establecidas en el artículo 208 del Código del Trabajo, es decir, multa de catorce a setenta Unidades Tributarias Mensuales. Con todo, se aplicará la sanción especial de multa del artículo 197 bis, por la Inspección del Trabajo, si el empleador impide el uso del permiso postnatal parental o realiza cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible su uso, de 14 a 150 Unidades Tributarias Mensuales<sup>101</sup>.

Una tercera posible vía de tutela sería aplicar las normas civiles que tiendan al resarcimiento de perjuicios sufridos por la madre discriminada, específicamente las relativas a responsabilidad extracontractual<sup>102</sup>, solicitando por ejemplo, en el caso de la postulación al trabajo, el daño emergente (la confección del currículum, el gasto en transporte) e incluso el daño moral, sin embargo, como tuvimos ocasión de ver, nuestros tribunales laborales de igual manera han otorgado montos por concepto de ese daño, por lo que parece más efectivo el procedimiento de tutela laboral (si la discriminación se da durante la relación laboral o al término de ésta), además, por lo largo del proceso civil ordinario y las dificultades probatorias que conlleva<sup>103</sup>. Por otro lado, si ya existe contrato de trabajo, se puede interponer una acción civil tendiente a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el acto de discriminación, dado que la prohibición al empleador

---

<sup>99</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El derecho a la no discriminación en el empleo*, ob. cit., p. 112.

<sup>100</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La tutela*, ob. cit., p. 37.

<sup>101</sup> WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, ARELLANO ORTIZ, Pablo, ob. cit., p. 236.

<sup>102</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La defensa*, ob. cit., p. 81.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 82.

de realizar actos discriminatorios se entiende incorporada al contrato de trabajo, a la luz del artículo segundo inciso octavo, como establecimos con anterioridad<sup>104</sup>.

Una cuarta vía vendría a ser la establecida por tribunales laborales a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales consagrado en el artículo 485 del Código del Trabajo. Este último artículo en su inciso segundo señala expresamente “*también se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto*”. Con todo, este procedimiento solo se puede llevar a cabo bajo la existencia de relación contractual, dado que el mismo artículo 485 circunscribe dicho proceso a la relación laboral. Para estos efectos, resulta curiosa la sentencia del Juzgado del Trabajo de Santiago en el caso Gatica con Producciones Tri-ziclo Limitada<sup>105</sup>, donde no solo se ordena la reincorporación de la trabajadora discriminada por su embarazo en razón de su fuero, sino que también se ordena a la confección de un tríptico por parte de la empresa, que establezca el artículo segundo del Código del Trabajo y consagre de forma sumaria el procedimiento de tutela de derechos fundamentales a todos los dependientes de la empresa<sup>106</sup>.

Es preciso destacar que en este procedimiento existe lo conocido como prueba indiciaria, según la cual el denunciante debe establecer los indicios de la afectación a sus derechos, y la parte denunciada deberá fundamentar las medidas adoptadas. Esta disminución en el estándar de prueba busca proteger a la parte débil de la relación laboral, bastando una prueba mínima de vulneración<sup>107</sup>. Asimismo, el procedimiento de tutela ante infracción a los derechos fundamentales, busca que el tribunal declare la existencia de la lesión a un derecho fundamental, y ordene el cese del comportamiento, indicando las medidas para reparar el daño producido tras la vulneración al derecho fundamental<sup>108</sup>.

Por otro lado, en el caso de que se acoja la denuncia por discriminación en ocasión del despido, se podrá ordenar al pago de las indemnizaciones de los artículos 162 inciso cuarto, del artículo 163 con el recargo establecido en el artículo 168 del Código del Trabajo, y adicionalmente, una indemnización que fijará el juez de la causa. Asimismo, cuando el juez

---

<sup>104</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El derecho a la no discriminación en el empleo*, ob. cit., p. 131.

<sup>105</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en sentencia de fecha 8 de enero de 2010, RIT N° T-17-2009.

<sup>106</sup> “*Producciones Tri-ziclo, deberá, además, (...) confeccionar un tríptico que recoja la disposición del artículo 2° del Código del Trabajo y de manera resumida y didáctica el procedimiento de tutela laboral establecido en el artículo 485 del Código Laboral, distribuirlo a todo el personal de la empresa dejando constancia de ello en un acta, firmada por cada trabajador la que se remitirá a la Inspección del Trabajo con una copia del tríptico*”.

<sup>107</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en sentencia de fecha 8 de enero de 2010, RIT N° T-17-2009. Considerando noveno letra d).

<sup>108</sup> SEVERIN CONCHA, Juan Pablo, *Discriminación en el ámbito laboral y su tutela jurisdiccional*, en *Revista de Derechos Fundamentales de la Universidad Viña del Mar* VII, (2012), p.22.

declare que el despido es discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo segundo del Código del Trabajo, y además ello sea calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones señaladas anteriormente.

El problema que presenta este mecanismo tutelar, es que establece indemnizaciones expresamente en caso de que la discriminación se realice al término de la relación laboral, sin considerar los actos discriminatorios durante la vigencia del contrato de trabajo. Asimismo, presenta el problema de solo circunscribirse a los actos cometidos durante la relación laboral, excluyendo los realizados en los tratos preliminares de ésta (a pesar de que el proyecto de ley si contemplaba dicho procedimiento, como bien señalamos con anterioridad).

Finalmente, como quinta vía tutelar del derecho a la no discriminación en el empleo, encontramos la acción de no discriminación arbitraria, establecida por la ley N° 20.609<sup>109</sup> del año 2012, esta acción podrá interponerse en los casos de discriminación no amparados por el procedimiento de tutela laboral, como asimismo, en los casos en los que se concede su aplicación (sin embargo no se admitirá cuando se haya requerido el procedimiento de tutela de derechos fundamentales). Con todo, esta acción no es del todo útil, ya que otorga una sanción de multa a beneficio fiscal, no posee el beneficio de prueba indiciaria que posee el procedimiento de tutela laboral, no permite solicitar indemnizaciones por el daño ocasionado en el mismo juicio y además, se entrega su conocimiento a un tribunal civil, por lo que el juez carecerá de conocimientos en materia laboral.

---

<sup>109</sup> Ley N° 20.609, del Ministerio Secretaría General de Gobierno, que establece medidas en contra de la discriminación, publicada en el Diario Oficial el día 24 de julio de 2012.

#### IV. CONCLUSIONES FINALES

Como hemos evidenciado, el derecho a la no discriminación por motivos de maternidad en el empleo, se ve vulnerado en nuestro país. La maternidad no solo constituye motivo para actos discriminatorios por parte del empleador, sino que también para malos tratos hacia las madres trabajadoras, afectando con ello directamente su dignidad, como ha quedado claro a lo largo de este trabajo. Este tipo de conductas por el empleador debería erradicarse dado que no hacen más que entorpecer la entrada de la mujer al mundo laboral e impedir que compatibilice su trabajo con la vida familiar.

Para el empleador, la aplicación de normas protectoras de la maternidad se convierte en un riesgo que no piensa cargar, asimismo, los mayores costos asociados a la maternidad inhiben al empleador de la contratación o mantención de la relación laboral femenina en edad fértil (y de las mujeres embarazadas, o con niños pequeños) y termina alterando la igualdad de oportunidades en el trabajo<sup>110</sup>. Recordemos que existen costos de esta contratación que solo dependerán del empleador, como lo son la mantención de sala cuna (en el caso de que trabajen más de 20 mujeres) o el horario para alimentar al hijo menor de dos años. De manera que la maternidad, entendida como un riesgo u forma de obstaculizar la organización de la empresa<sup>111</sup> por el empleador, termina siendo el factor que altera la igualdad entre hombres y mujeres en el empleo.

Asimismo, la discriminación hacia la mujer puede tener lugar durante cualquier etapa del iter contractual. En las tratativas preliminares de la relación laboral, esto es, las ofertas del empleador y la selección de personal, la maternidad, se considera condición para obtener el puesto de trabajo, alterándose la igualdad de acceso al empleo. En el caso de los actos discriminatorios durante la vigencia de la relación laboral, la forma de realizarlos por el empleador puede ser muy variada, como por ejemplo, cuando el empleador no paga el subsidio de maternidad o retarda su pago, cuando deniega ascensos o promociones en el empleo, si remueve de su trabajo a la mujer a uno menos activo, si le prohíbe que vuelva al mismo puesto de trabajo que tenía antes del embarazo una vez terminado su descanso maternal, o no trasladando a la trabajadora embarazada a trabajos no perjudiciales para su salud, pero en la mayoría de los casos posee el fin de que la madre trabajadora renuncie, para de esta forma vulnerar la normativa de protección a la maternidad. Asimismo, la discriminación puede darse con ocasión del despido. Con todo, la discriminación en este caso en Chile, es la que posee una mayor tutela. Como pudimos ver, en esta situación se puede invocar el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, donde el juez puede

---

<sup>110</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, Departamento de Estudios Laborales, Departamento de Estudios Sociales, *Mujeres en Chile y mercado del trabajo: Participación laboral femenina y brechas salariales*, (Santiago 2015), p. 42.

<sup>111</sup> RIQUELME GIAGNONI, Verónica, ob. cit., p. 40.

otorgar una indemnización que a su juicio encuentre pertinente (la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual), e incluso, si la discriminación es grave puede operar la reincorporación de la víctima de discriminación.

Con todo, nuestra legislación responde ante la discriminación que sufre la mujer en el empleo otorgando diversas alternativas de protección. Sin embargo, las medidas reparatorias existentes para la mujer víctima de discriminación, en muchos casos no son eficaces ni útiles en la práctica. Si bien el artículo 194 del Código del Trabajo es consecuencia de un intento por parte del legislador de proteger los derechos de las madres trabajadoras, no resulta ser una medida útil, pues tiene únicamente como consecuencia una multa a beneficio fiscal. Asimismo, nuestro sistema tutelar de actos discriminatorios es criticable, en primer lugar, por no existir una acción indemnizatoria directa que repare el daño a la víctima. De igual manera, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales no protege frente a actos de discriminación previos a la relación laboral. Además, este mecanismo sólo otorga indemnizaciones en los casos que la discriminación sea con ocasión del despido. Por otro lado, la acción de protección no incluye la no discriminación en el empleo dentro de sus causales, y aunque se invocara bajo la causal de igualdad ante la ley, necesita otro mecanismo judicial para hacer efectiva las indemnizaciones que tuvieran lugar. En otra línea, el proceso civil resulta poco útil en la práctica debido a lo tardío del proceso ordinario, por sus dificultades probatorias y por el poco conocimiento de la materia por parte de los jueces civiles (esto mismo ocurre si se invoca la acción de no discriminación de la ley N° 20.609). Finalmente, las multas que impone la Inspección del Trabajo actuando en el marco de sus funciones fiscalizadoras, si bien puede crear una suerte de inhibición para los empleadores de ejecutar este tipo de conductas, no repara en nada el daño provocado a la víctima de discriminación.

Finalmente, nuestra legislación debería recoger un procedimiento que repare el daño causado efectivamente a la víctima de discriminación, que otorgue un efecto disuasivo hacia el futuro<sup>112</sup>, que ofrezca alternativas tales como la reparación sicosocial de la víctima, que sea de carácter sumario, y que no ofrezca dificultades probatorias<sup>113</sup>. Así, se protegería debidamente el derecho a la no discriminación de la mujer en el empleo, la maternidad, y el derecho reproductivo que las asiste.

---

<sup>112</sup> Por ejemplo, en España el acto de discriminación en el empleo puede configurar un especial tipo penal, como lo establece el artículo 314 del Código Penal Español, este artículo sanciona a quien cometa actos de discriminación incluso con la pena de prisión.

<sup>113</sup> CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La defensa*, ob. cit. p. 82.

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y JURISPRUDENCIALES

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ARELLANO ORTIZ, Pablo, *Lecciones de seguridad social*, (2º edición, Editorial Librotecnia, Santiago, 2017).
2. CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Conciliación de trabajo y vida familiar. Un análisis desde la perspectiva del Derecho del Trabajo chileno*, en *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile XVI* (2004), pp. 59 -82.
3. CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La defensa del principio de no discriminación por razones de sexo en el período anterior al nacimiento de la relación laboral*, en *Revista Laboral Chilena*, (2013).
4. CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El derecho a la no discriminación en el empleo*, (Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2005).
5. CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La discriminación laboral indirecta*, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile XII*, (2001).
6. CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *La tutela del derecho a la no discriminación por razones de sexo durante la vigencia de la relación laboral*, en *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile XIV*,(2003).
7. CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo*, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso XXXIII*, (2009), pp. 175-214.
8. CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo de padre proveedor y madre cuidadora*, en *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIV*, (2010).
9. CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Oportunidades de conciliación de trabajo y vida familiar en la legislación laboral chilena*, en *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX*, (2007).
10. CAAMAÑO ROJO, Eduardo; PEREIRA LAGOS, Rafael, *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social: doctrina chilena y extranjera*, (Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2012).
11. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
12. CORPORACIÓN HUMANAS, Encuesta Nacional Percepción de las Mujeres sobre su Situación y Condiciones de Vida en Chile VIII, (Santiago 2011).

13. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS, Departamento de Estudios Laborales, Departamento de Estudios Sociales, *Mujeres en Chile y mercado del trabajo: Participación laboral femenina y brechas salariales*, (Santiago 2015).
14. Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, (23° Edición, 2014).
15. Dictamen de la Dirección del Trabajo que fija el sentido y alcance de los incisos 2°, 3° y 4° del artículo 2° del Código del Trabajo, N°3.704/134, del 11 de agosto de 2004.
16. Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 0374/005 de enero de 2010.
17. GAMONAL CONTRERAS, Sergio; GUIDI MOGGIA, Caterina, *Manual del contrato de trabajo*, (Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2011).
18. GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Lineamientos del derecho del trabajo: una aproximación crítica desde el método de casos*, (Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2006).
19. MINISTERIO DEL TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, en *Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social XV*, (Lleida, 2005).
20. MORAGA NEIRA, René, *Código del Trabajo comentado*, (Tercera Edición Actualizada, tomo II, Santiago, 2011).
21. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*. Informe del Director General. Conferencia Internacional del Trabajo 100<sup>a</sup> reunión, 2011.
22. PÉREZ DEL RÍO, Teresa, *La prohibición de discriminación en las condiciones de trabajo*, en *Bloque temático Facultad de Derecho Universidad de Cádiz V*, (s.d.).
23. RIQUELME GIAGNONI, Verónica, *¿La maternidad castigada? Discriminación y malos tratos*, Aporte al debate N°25, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, (Santiago, 2011).
24. ROJAS MIÑO, Irene, *Manual de Derecho del Trabajo, derecho individual*, (Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2004).
25. SEVERIN CONCHA, Juan Pablo, *Discriminación en el ámbito laboral y su tutela jurisdiccional*, en *Revista de Derechos Fundamentales de la Universidad Viña del Mar VII*, (2012).
26. SEMPERE NAVARRO, Antonio, *La preparación del contrato de trabajo*, en *Documentación laboral XXXIV*, (Madrid, 1991).
27. THAYER ARTEAGA, William, *Texto, comentario y jurisprudencia del Código del Trabajo*, (Segunda Edición Actualizada, Santiago, Editorial Metropolitana, 2010).
28. WALKER ERRÁZURIZ, Francisco; ARELLANO ORTIZ, Pablo, *Derecho de las relaciones laborales*, (Segunda Edición Actualizada, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2016).

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

1. Corte Suprema, sentencia de fecha 10 de julio de 2017, Rol: 9235 /2017.
2. Corte Suprema, sentencia de fecha 13 de diciembre de 2016, Rol: N° 47926/2016.
3. Corte Suprema, sentencia de fecha 10 de julio de 2015, Rol: N° 24386/ 2014.
4. Corte Suprema, sentencia de fecha 6 de junio de 1996, Rol: N° 6165 /1996.
5. Corte de Apelaciones de Arica, en sentencia de fecha 10 de mayo de 2017, Rol: 322/2017.
6. Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de fecha 17 de noviembre de 2016, RIT: T-578-2016.
7. Juzgado de Letras de la Ligua, sentencia de fecha 31 de mayo de 2016, RIT: N° T-9-2015.
8. Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, sentencia de fecha 23 de mayo de 2016, RIT: N° O-59-2016.
9. Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de fecha 19 de abril de 2016, RIT: N° O-565-2016.
10. Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, en sentencia de fecha 12 de abril de 2016, RIT: N° O -29- 2016.
11. Juzgado de Letras de la Ligua, sentencia de fecha 31 de mayo de 2016, RIT: N° T-9-2015.
12. Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, sentencia de fecha 7 de febrero de 2012, RIT: O-2879-2011.
13. Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en sentencia de fecha 8 de enero de 2010, RIT N°: T-17-2009.