Modifica el Código del Trabajo para hacer aplicable el fuero maternal a las funcionarias de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, en las condiciones que indica

Boletín N°11406-13

Fundamentos:

- El artículo 201 del Código del Trabajo, en sus incisos primero y cuarto –respectivamente-, señala:

"Artículo 201.- 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. En caso de que el padre haga uso del permiso postnatal parental del artículo 197 bis también gozará de fuero laboral, por un período equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del mismo. Con todo, este fuero del padre no podrá exceder de tres meses.

Si por ignorancia del estado de embarazo o del cuidado personal o tuición de un menor en el plazo y condiciones indicados en el inciso segundo se hubiere dispuesto el término del contrato, en contravención a lo dispuesto en el artículo 174, la medida quedará sin efecto y la trabajadora volverá a su trabajo, para lo cual bastará la sola presentación del correspondiente certificado médico o de matrona, o bien de una copia autorizada de la resolución

del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor, en los términos del inciso segundo, según sea el caso, sin perjuicio del derecho a remuneración por el tiempo en que haya permanecido indebidamente fuera del trabajo, si durante ese tiempo no tuviere derecho a subsidio. La afectada deberá hacer efectivo este derecho dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde el despido.”

- De esta manera, el fuero maternal queda consagrado en el artículo 201 del Código del Trabajo, como un obstáculo a la acción de empleador, pero fundamentalmente como un mecanismo de protección a la maternidad. En efecto, esta norma se encuentra sistemáticamente ubicada en el título denominado “De la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar”, al cual quedan sometidos todos los servicios de la administración pública, en sus mas diversas formas.

- Sin embargo, si bien de la laxitud de esta regla, se deberían entender comprendidas las Fuerzas Armadas y de Orden, en la práctica ello no ha ocurrido en materia de fuero. En efecto, ha sido la propia Contraloría General de la República la que ha confirmado este criterio, autorizando la desvinculación de funcionarias embarazadas por salud incompatible declarada por la Comisión Medica Central, señalando que en este caso, es la propia ley la que establece la desvinculación. Dicho de otra manera, la funcionaria no es desvinculada por la autoridad o la Comisión; sino que incurrió en una causal legal de desvinculación que la Comisión solamente constata.

- En efecto, la Contraloría ha reiterado que:

“En consecuencia, por las razones anteriormente expuestas, no cabe sino ratificar el dictamen N° 35.365, de

2002, mediante el cual se determinó que, no obstante el fuero maternal de la interesada, ha resultado procedente su eliminación de la Institución, por cuanto dicho alejamiento obedeció a una imperativa prescripción legal y no dice relación con una facultad de la autoridad respectiva¸ para disponer o no el término de sus funciones, toda vez que los ceses de labores que dispone la ley operan con prescindencia de las normas de inamovilidad en el empleo contenidas en textos estatutarios o en otros preceptos legales generales o especiales, ya que esas normas de estabilidad sólo dicen relación con la eventual facultad del empleador de poner término a las funciones, pero no tienen cabida en las situaciones en que es la propia ley la que ordena el alejamiento del servidor, como ocurrió en la especie."

- De esta forma, mas allá de la literalidad de la ley, tanto la Contraloría como los Tribunales de Justicia deben reconocer derechos consagrados en convenios internacionales, y asumir que establecer diferencias injustificadas respecto de mujeres que se encuentran en situaciones idénticas importa una discriminación arbitraria; lo que esta prohibido por la Constitución, la ley, y múltiples tratados Internacionales tanto a nivel regional como universal.

- En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado:

"La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto,

la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad. "(**STC 784 c. 19**)

- En razón de lo anterior, y en el afán de ser fiel al mandato de protección a la maternidad y a la familia, creemos que cualquiera sea la causal que de origen al retiro, este no puede producirse en la medida que la funcionaria se encuentre embarazada. Igualmente, creemos que avanzar en esta solución, es conciliable con el interés superior del niño, toda vez que en efecto el bienestar del recién nacido se encuentra dado en gran medida por el cobijo y la seguridad que otorga un ingreso mensual; mas aún tratándose de madres solteras, una realidad palpable en nuestro país.

Por lo anterior, venimos en proponer el siguiente:

PROYECTO DE LEY

“Artículo primero.- Agrégase al artículo 201 del Código del Trabajo, un inciso final del siguiente tenor:

“A las funcionarias de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, les será aplicable el fuero laboral dispuesto en este artículo; no obstante haber incurrido por motivos de salud en una causal legal de retiro; si al momento de notificarse dicha resolución por la comisión medica respectiva, estas se encontrasen en estado de embarazo.”.”.