



Tesis para optar al grado de Magister en Derecho Constitucional con
mención en Derecho Procesal Constitucional del Centro de Estudios
Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca

“IMPLICANCIAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN
DE LA MATERNIDAD EN EL CASO DEL PERSONAL FEMENINO DE TROPA
PROFESIONAL EN LAS ENTIDADES CASTRENSES”.

Sigfried Ponce Cordova
Profesor guía: Gonzalo Aguilar Cavallo

Mayo de 2018
Santiago

Índice

1. Régimen estatutario de los servidores de la administración militar.
2. El ejercicio de la profesión militar contempla derechos fundamentales atendidas sus especiales características.
3. Análisis pormenorizado de jurisprudencia judicial. Técnicas interpretativas para la consagración de derechos fundamentales a funcionarios de la administración militar.
4. El ordenamiento jurídico interno se enmarca dentro de los estándares internacionales de protección de derechos fundamentales.
5. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de la República de Chile, como base de la institucionalidad, inicia señalando que *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. Este valor y principio constitucional forma parte de las raíces del sistema constitucional chileno y se encuentra en total consonancia con los pilares del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 señala en su artículo 1º que *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*. Por su parte, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 indica en su Artículo I que *“Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*; y en su artículo II que *“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.”* Desde el punto de vista de las obligaciones convencionales del Estado de Chile, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 afirma que *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*. En este contexto, pretendemos determinar, de manera concreta, si existe un cambio de paradigma en el ordenamiento jurídico nacional que reconozca el derecho a los funcionarios de la Administración del Estado para reclamar, ante los órganos jurisdiccionales, sus derechos fundamentales ante vulneraciones de las que han sido objeto por órganos o integrantes de la Administración estatal.

De lo expresado, se estima que el tema propuesto resulta de absoluta relevancia atendido a que existen claras señales que pudiera existir un cambio de paradigma dentro del derecho público chileno ya que, sin tener un reconocimiento legal expreso, los órganos encargados de administrar justicia como también de regular la actividad social y administrativa, han insertado dentro de sus decisiones las concepciones de dignidad, respeto y promoción de la persona humana, haciendo extensibles y totalmente aplicables reglas sustantivas y materiales, orientadas a explicitar y reforzar la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales del Estado con sus servidores.

Este trabajo tiene como principal objetivo analizar de manera específica situaciones de reclamación de vulneración de derechos fundamentales de integrantes femeninas del Ejército de Chile quienes, en su calidad de Soldados de Tropa Profesional (SLTP), fueron desvinculadas de la señalada entidad castrense, sin que se les respetare su derecho -fuero- de protección a la maternidad, atendido que respecto de ellas operaba una causal de término de funciones establecida de manera expresa por la ley, al enterar cinco años de servicios.

En este caso en particular, se configura en la especie, una suerte de colisión legal entre la normativa laboral sobre protección a la maternidad y el

artículo 57 ter letra b) de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas que fija el plazo máximo del contrato a que están sujetas ese tipo de integrantes de las entidades castrenses. En este contexto, las preguntas generales que orientarán esta investigación son: ¿Cómo se podría resolver esta colisión normativa? ¿Cuáles serían los valores y principios aplicables? ¿Cuál sería el razonamiento, interpretación jurídica y método aplicable a la solución del caso concreto? Además, otras preguntas que se abordarán en esta investigación son: ¿Si las normas de protección de derechos fundamentales, tanto en su aspecto material como sustantivo resultan del todo aplicables a todos los integrantes de las entidades castrenses? ¿En particular, si las normas de protección a la maternidad son protegidas en el caso de la especie?

Nuestra hipótesis general, en este caso específico es que atendida la trascendencia de los derechos en juego –protección a la maternidad, derechos del niño que está por nacer, derecho a la salud de la madre y el menor, la integridad física y psíquica de ambos, como también la estabilidad del empleo y sus remuneraciones- se genera una vulneración expresa a los derechos fundamentales de esas servidoras estatales, derechos que, para todo tipo de trabajadoras, se encuentran respaldados por el ordenamiento nacional e internacional.

El objetivo principal de la investigación será determinar si el ordenamiento jurídico chileno consagra, protege y reconoce los derechos a la integridad física y psíquica como también el derecho de protección a la maternidad respecto de funcionarios femeninos de tropa profesional de las entidades castrenses como un derecho fundamental o bien si las normas y la práctica administrativa militar aplicables al personal femenino de tropa profesional son compatibles con las normas iusfundamentales constitucionales y con las normas del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente, las normas de protección de la integridad física y psíquica de la madre y el del niño.

Los objetivos específicos serán examinar de manera concreta el ordenamiento jurídico constitucional, poniendo especial énfasis en el carácter especializado de las entidades castrenses; analizar si sus estatutos sectoriales cumplen con los estándares de protección de derechos fundamentales al amparo de las normas del Derecho Nacional e Internacional; examinar si las decisiones que han adoptado los órganos que ejercen jurisdicción en situaciones como las descritas *supra* logran comprobar si resulta efectiva la concepción de que los funcionarios de la administración militar gozan o no de derechos fundamentales en sus relaciones estatutarias; determinar, a partir del caso concreto, si las normas y la práctica militar nacional se ajustan al orden jurídico constitucional de los derechos fundamentales y a los estándares internacionales de los derechos humanos.

En este trabajo se utilizará una metodología jurídica analítica descriptiva mediante la revisión del contenido, utilizando fuentes doctrinales, legales y

jurisprudenciales. Del mismo modo, se analizará el método comparado, desde su perspectiva doctrinaria, para concretizar y tratar de explicar la forma en que se ha dado aplicación a los criterios irradiadores de protección de derechos fundamentales utilizados por los Tribunales Laborales en materia de protección de derechos del personal femenino de Soldados de Tropa Profesional, como también el Excmo. Tribunal Constitucional para declarar inaplicable la norma de la Ley Orgánica Constitucional que establece el retiro absoluto del señalado personal para el caso de la especie.

En ese sentido, resulta necesario establecer que las interrogantes de este problema estarán constituidas principalmente por determinar:

- 1) si, ¿la jurisprudencia judicial emanada de los distintos órganos que ejercen jurisdicción, de manera expresa han consagrado técnicas interpretativas de derechos fundamentales y han consagrado a los derechos funcionarios de la administración militar y en particular de las mujeres trabajadoras, como derechos fundamentales; y del mismo modo, verificar si ellas han influido en decisiones de la Contraloría General de la República en el marco de su labor de fiscalización y control de la actividad administrativa?
- 2) si, ¿la jurisprudencia judicial ha reconocido derechos subjetivos a los integrantes de la administración militar?;
- 3) Y, finalmente, si ¿el ordenamiento jurídico chileno se ajusta a los estándares internacionales de protección de derechos fundamentales de los ciudadanos como servidores de la Administración del Estado?

La investigación se desarrollará en 4 capítulos. En el primero, se analizará el régimen estatutario de los servidores que componen la Administración Militar, detallándose calidades, derechos y obligaciones que se consagran, con especial énfasis en la circunstancia de que el ingreso a las entidades castrenses no efectúa diferenciación en cuanto al sexo de los postulantes a sus plantas. En el segundo, se abocará a determinar si, en atención a ciertas y determinadas características, enmarcadas dentro del fin para el cual fueron creados, los derechos de los servidores que componen las entidades castrenses pueden enmarcarse dentro de la concepción general de derecho fundamental o bien, revestir una consagración y protección diversa, teniendo en especial consideración, la calidad de mujer de las integrantes de la Tropa Profesional. En una tercera fase, se procederá a analizar la jurisprudencia judicial emanada de los distintos órganos que ejercen jurisdicción, enfatizando en aquellas resoluciones judiciales que de manera expresa han consagrado técnicas interpretativas de derechos fundamentales y han consagrado a los derechos funcionarios de la administración militar y en particular de las mujeres trabajadoras, como derechos fundamentales y del mismo modo verificar si ellas han influido en decisiones de la Contraloría General de la República en el marco de su labor de fiscalización y control de la actividad administrativa. Por último, se analizará si el marco jurídico interno se enmarca dentro de los estándares internacionales de protección de derechos laborales militares como derechos fundamentales.

1. Régimen estatutario de los servidores de la administración militar.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la Constitución Política de la República de Chile, las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea; existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes, no deliberantes y, además, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas.

A su turno, en lo que interesa, el artículo 105 de la Carta Fundamental, entrega a la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, la determinación de las normas básicas referidas a la carrera profesional, incorporación a sus plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto. Dentro del ordenamiento jurídico y tal como se desprende de los artículos 1° y 2° de nuestra Carta Fundamental, para el ingreso a las entidades castrenses, no existe diferencia alguna respecto al género en el ingreso. Es así que en los sitios web de las Escuelas Matrices del Ejército¹ se señala que se requieren para formar parte de esa entidad castrense “Jóvenes virtuosos, hombres y mujeres patriotas, con vocación de servicio, quienes asumirán con eficiencia y honor el liderazgo y los desafíos que exige la profesión”.

La ley 18.948 “Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas”, en su artículo 4°, establece que su personal estará constituido por el personal de planta, el personal a contrata y el personal de reserva llamado al servicio activo. Agrega, que el personal de planta está constituido por Oficiales, Cuadro Permanente y de Gente de Mar, Tropa Profesional y Empleados Civiles. Cabe precisar que el personal de Tropa Profesional fue incorporado a esta normativa orgánica, mediante una modificación introducida por la Ley N° 20.303 de 2008. Sobre este aspecto, al igual que el ingreso del personal de oficiales y del cuadro permanente, se establece que para poder ingresar en dicha categoría funcionaria, no existe diferenciación de género, encontrándose habilitado para poder ser parte de esta categoría funcionaria, tanto hombres como mujeres.

En su artículo 6°, habilita que se consulten plazas, entre otros, para el personal que se desempeñe en la tropa profesional; en su artículo 7° señala que los nombramientos y retiros de este personal se harán por resolución de la respectiva Dirección del Personal o Comando del Personal y, en su artículo 10° que su incorporación a las dotaciones sólo podrá hacerse a través de las Escuelas Matrices Institucionales.

Acorde con los artículos 37 bis y 38, el personal de Soldados de Tropa Profesional ostentan grado jerárquico y antigüedad, fundada esta última en razones de nombramiento, ascenso, grado, escalafón, años de servicio o Institución a que pertenece.

¹ <http://www.escuelamilitar.cl/web/escuelamilitar/index.php/es/nuestra-escuela/vision-y-mision>

Según los artículos 57 bis y 57 TER, el personal de Soldados de Tropa Profesional no podrá acogerse a retiro temporal y, su retiro absoluto, procederá por alguna de las siguientes causales:

- a) Por padecer de enfermedad declarada incurable o sufrir de alguna inutilidad de las señaladas en esta ley.
- b) Por enterar el período de años de servicio efectivo para el cual fue nombrado, con un máximo de cinco.**
- c) Por estar comprendido en las disposiciones legales y reglamentarias que rigen las eliminaciones o por necesidades fundadas del servicio calificadas por el respectivo Director de Personal o su equivalente.
- d) Por aceptación de la petición de renuncia voluntaria al empleo, y
- e) Por haber sido condenado por crimen o simple delito.

La regulación de carácter general del personal de Soldados de Tropa Profesional se encuentra consignada en el DFL(G) N° 1 de 1997 “Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas”, y, en lo que interesa para esta investigación, preciso es consignar que el inciso 2° de su artículo 209, expresamente, reconoce a todo su personal, sin excepción, entre otros derechos, el de gozar de todas las prestaciones y beneficios que contemple su sistema legal de previsión y de seguridad social, **y de protección a la maternidad establecidas en la ley.**

En nuestro ordenamiento jurídico, el único texto legal que contempla normas sobre protección a la maternidad es el Código del Trabajo, que sin lugar a duda es la ley a la que se refiere el artículo 209 precitado.

En efecto, el artículo 194 del Código del Trabajo, establece expresamente que “La protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar se regirá por las disposiciones del presente título y quedan sujetos a ellas los servicios de la administración pública (entre los que se cuenta el Ejército, repartición dependiente del Ministerio de Defensa Nacional), los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado”.

El Título a que alude el artículo 194, es el Título II del Código del Trabajo “De la Protección a la Maternidad, la Paternidad y la Vida Familiar”, que contempla una serie de derechos tanto para las trabajadoras como para los trabajadores, pudiendo citarse a vía ejemplar: el descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él; la prohibición de realizar trabajos perjudiciales para la salud; permisos por matrimonio y fallecimiento, etc.

Así, en el precitado contexto, el artículo 201 del Código del Trabajo, contenido en el Título II precitado establece 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. En caso de que el padre haga uso del permiso postnatal parental del artículo 197 bis, agrega que 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.

Amparados una trabajadora o trabajador por el fuero laboral, según lo dispone el artículo 174 del código del trabajo, 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 (vencimiento del plazo convenido en el contrato) y 5 (Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato) del artículo 159 y en las del artículo 160 (conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas -falta de probidad, conducta de acoso sexual, vías de hecho, injurias, conducta inmoral, conducta de acoso laboral-; Negociaciones del giro del negocio prohibidas expresamente; No concurrencia del trabajador a sus labores; Abandono del trabajo en forma intempestiva; Actos que afecten la seguridad del establecimiento; Perjuicio material intencional a las instalaciones; e Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato).

En el ámbito administrativo, cabe recordar que de conformidad con el Artículo 1° de la Ley N° 10.336, “Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República”, dicho organismo, que es independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, entre otras atribuciones le compete la de pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por su intermedio, entre las que se cuentan, los nombramientos y retiros del personal.

Según el artículo 6° de la ley 10.336, la Contraloría General no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor.

De acuerdo con lo anterior, la ley 10.336 establece que, sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere el artículo 1°; informes que serán obligatorios tanto para los funcionarios como para las instituciones sujetas a su fiscalización, en los casos concretos a que se refieran.

El marco jurídico anterior, obviamente es sin perjuicio de todas y cada una de las garantías que la Constitución Política de la República establece fundamentalmente en sus artículos 1°, 5° y 19, en favor de las personas. Ello se ve complementado con las obligaciones internacionales que el Estado de Chile ha asumido en materia de derechos humanos.

En efecto, para dar cumplimiento a dichas obligaciones, en nuestra historia más reciente se han realizado importantes cambios institucionales, políticos y legislativos, tendientes a adecuar las instituciones al sistema democrático y al principio del respeto irrestricto de los derechos humanos de hombres y mujeres. “Entre otras cosas, por ejemplo, en el ámbito institucional, en los últimos 20 años se han creado instituciones como el Servicio Nacional de la Mujer, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, el Instituto Nacional de la Juventud, el Fondo Nacional de la Discapacidad, el Servicio Nacional del Adulto Mayor, entre otras, dando cuenta de un intento real de los gobiernos por generar mecanismos institucionales, sectoriales, políticos y legales tendientes a eliminar las brechas existentes basadas en la discriminación, la intolerancia y en la falta de respeto por el otro”.²

Para el caso de esta presente investigación, cuyo es el caso de que las Soldados de Tropa Profesional desvinculadas de su empleo mientras se encontraban amparadas por normas de protección a la maternidad, resultaron, por carencia de regulación normativa, como también por interpretación estrictamente legal por parte de la Contraloría General de la República, discriminadas en su condición de mujer, de madre y de trabajadora, motivo por el que es preciso tener presente que la discriminación como materia propiamente tal, tratada de manera autónoma respecto de la igualdad ha sido conceptualizada no desde hace muchos años, logrando su incorporación en los instrumentos internacionales de derechos humanos a partir del siglo XX.

En ese sentido, y sin perjuicio de que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 empleó la expresión discriminación en su artículo 7°³, su primera definición fue consagrada en un instrumento internacional, recién, en el Convenio Sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) de 1958, al siguiente tenor: “Art. 1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: (a) 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; (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación (...)”. A partir de esta definición, y solo aproximándonos al concepto para efectos de introducirnos a esta temática, podemos señalar en términos sencillos -tal y como ha formulado el autor Claudio Kiper- que la discriminación consiste en “en hacer una distinción a favor o en contra de una persona o cosa, sobre la base del grupo, clase o categoría a la que pertenece, más bien que a sus propios méritos”⁴.

² Historia de la Ley N°20.609, pág. 83.

³ “Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

⁴KIPER, Claudio Marcelo.” Derechos de las minorías ante la discriminación”. Buenos Aires, Argentina. 1998.

Resulta relevante mencionar que precisamente la última parte de esta definición es la que nos entrega luces respecto del tipo de discriminación que efectivamente se encuentra proscrita, esto es, la discriminación arbitraria, o aquella que no descansa en justificación o motivo racional alguno.

En lo que respecta a la legislación chilena, es menester recordar que el principio de "No discriminación arbitraria" informa la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico, y encuentra reconocimiento expreso en la Constitución Política de la República, en el Código del Trabajo, y, desde el año 2012 también en la Ley N°20.609 (o "Ley Antidiscriminación"), la que fue promulgada en marzo de 2012. El Estado de Chile, como Estado parte en múltiples Tratados Internacionales, ha reconocido y se ha comprometido a respetar -ya desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre- la dignidad intrínseca y los derechos fundamentales de todos los seres humanos, entre los que se encuentra el derecho a la "no discriminación".

De este modo, Chile ha reconocido, al menos constitucionalmente, el principio de igualdad y de no discriminación arbitraria. No obstante esta consagración a nivel constitucional, y tal como ha sido recogido en otras legislaciones alrededor del mundo, parece existir cierto entendimiento generalizado respecto de que la norma de rango constitucional es, por un lado, deficiente como fórmula única para tutelar adecuadamente el principio de no discriminación arbitraria, y, por otra parte, carente de la dinamicidad que suponen, por ejemplo, las normas de rango legal, para reformularse en cuanto al contenido normativo del principio jurídico que buscan resguardar, y ponerse a la par de los avances que el mundo moderno implica. Dicho de otra manera, la norma de rango constitucional resultó deficiente -y así pareció entenderlo el Ejecutivo-, toda vez que únicamente enumera algunas formas de discriminación, sin establecer una acción general o especial de protección para hacerles frente, y, por otra parte, porque impide su adecuación eficaz conforme con los avances del mundo moderno, lo que excluye nuevas conductas discriminatorias.

2. El ejercicio de la profesión militar contempla derechos fundamentales atendidas sus especiales características.

La vida en sociedad se manifiesta sobre la base de la interrelación entre los individuos y el Estado, los primeros, desarrollándose sobre la base de su dignidad y libertad, y el segundo, a través de su autoridad, buscándose, mediante la positivación de la norma a través de la Constitución Política, un equilibrio que se manifiesta como poder para el Estado y como derechos para los particulares.

Ahora bien, atendida la consagración positiva que nuestro ordenamiento jurídico efectúa respecto de los derechos naturales de las personas, anteriores y superiores al Estado e inherentes a ellas por el solo hecho de ser personas, actualmente, existe una diversidad de derechos subjetivos que pueden reclamarse del poder estatal.

Tal como señala el profesor Humberto Nogueira⁵ la dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad. La dignidad es así un valor inherente a la persona humana que se manifiesta a través de la autodeterminación consciente y responsable de su vida y que exige el respeto de ella por los demás.

Nogueira nos señala también, siguiendo a Von Wintrich, que la dignidad del "hombre, como ente ético-espiritual, puede, por su propia naturaleza, consciente y libremente, autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que lo rodea."⁶

Señala el mismo autor que la dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma.

En ese sentido, tal como Nogueira sostiene, debe considerarse la primacía de la dignidad de la persona sobre los derechos fundamentales, ya que estos tienen su fuente y fundamento en la primera, debiendo rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella. La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales. La dignidad humana se constituye en una barrera o límite inmanente a toda reforma constitucional, que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla. La dignidad del ser humano es el *minimum invulnerable* que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna.

La afirmación constitucional de la dignidad humana constituye un enunciado de eficacia directa y de aplicabilidad inmediata, teniendo un efecto anulatorio o invalidatorio de toda norma que contravenga o ignore dicha dignidad. El valor y principio jurídico de la dignidad humana genera un efecto de irradiación, se desarrolla sobre los otros principios e instituciones constitucionales.

El artículo 1°, inciso 1° de la Constitución, constituye una norma directriz a través de la cual debe iluminarse e interpretarse todo el resto del texto constitucional y del ordenamiento jurídico nacional, constituye una pauta interpretativa que debe ser seguida por todos los operadores jurídicos, en cuanto norma rectora suprema de nuestro ordenamiento jurídico. Nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia sobre la "Unidad de análisis financiero y modificación del Código Penal en materia de lavados y blanqueo de activos", ha establecido sobre la materia:

⁵ Nogueira (2006), p. 245.

⁶ Nogueira (2006), p. 245.

“Que en tal orden de ideas cabe recordar, primeramente, por ser base del sistema constitucional imperante en Chile, el artículo 1° inciso primero de la Constitución, el cual dispone que “las personas nacen libres e iguales en derechos”. Pues bien, la dignidad a la cual se alude es aquel principio capital de nuestro Código Supremo es la cualidad de ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados”⁷.

En efecto, en una visión social, los derechos son diversos, por ejemplo, libertad de comercio, industria, trabajo, enseñanza, culto, entre otros, pero, en una visión jurídica, tienen todos ellos un régimen unitario: la libertad pública adquiere forma de derecho subjetivo⁸.

Sin embargo, el reconocimiento de derechos públicos subjetivos a favor del individuo no significa que éste ejerza un poder sobre el Estado, ni que tenga parte del imperio jurídico, sino que posee esos derechos como correlativo de la obligación del Estado de respetar el ordenamiento jurídico –artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental⁹-. En lo que dice relación con esos derechos, la norma suprema, con el objeto de promover, garantizar y respetar los derechos inherentes a la persona humana, impone, como límite al poder, que los derechos esenciales o fundamentales detentan una prevalencia respecto de toda otra norma anterior o posterior, obligando a todos los poderes estatales –artículo 5° inciso 2° de la Constitución-, pudiendo, tal como lo indica el profesor Nogueira¹⁰, ser aplicados directamente, ya que constituyen parte de la Constitución, y son criterios hermenéuticos preferentes en toda operación de creación o aplicación del derecho.

Es por ello que puede señalarse que los derechos fundamentales, son exigibles respecto de todos los órganos y autoridades estatales y también exigibles respecto de todos los particulares, encontrándose incluso limitado el poder constituyente frente a ellos por aplicación directa del artículo 5 inciso segundo señalado precedentemente, debido a que, una vez incorporados al ordenamiento jurídico, son irreversibles y sólo pueden mejorarse.

Desde el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), con motivo de la protección del ser humano frente al poder de los Estados¹¹, dicho Derecho ha buscado la “igualdad” entre hombres y mujeres.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “PIDCP”) establece en su artículo 3° que: “Los Estados Parte se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el Pacto”; en su artículo 2.1 señala el deber de los Estados de respetar y garantizar los derechos sin distinciones –entre las que

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 389, de fecha veintiocho de octubre de 2003, considerando decimoséptimo.

⁸ Ponce de León Sandra, (1998), P.382.

⁹ Ponce de León Sandra, (1998), p.382.

¹⁰ Nogueira (2006), p.

¹¹ Nash (2013), p. 14.

menciona el sexo-; y, en su artículo 26 señala: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. (...)”, mencionando el sexo como una categoría en la cual está prohibido realizar discriminaciones. Si bien dichas menciones son explícitas en cuanto a la protección de las mujeres con respecto a posibles actos discriminatorios realizados por el Estado o por actores no estatales, no considera las condiciones estructurales económicas, sociales y culturales de la sociedad¹².

En lo que respecta al objetivo principal de la presente investigación, esto es, si las normas protectoras de derechos fundamentales y de promoción de la persona humana en el ámbito de las relaciones laborales del Estado con sus servidores, irradian a las mujeres trabajadoras y en particular en el aspecto de protección a la maternidad como también a la protección del niño, menester resulta precisar que la protección a la maternidad ha sido siempre una de las preocupaciones iniciales del Derecho del Trabajo y del Derecho a la Seguridad Social, lo que se explica por los bienes jurídicos involucrados, dado que al tutelarse a la madre no sólo se la cuida a ella, sino que también a los niños y a la comunidad en general¹³. En ese entendido, la maternidad ha sido tradicionalmente merecedora de especial atención, tanto en un sentido genérico como específico, en consideración a los distintos bienes jurídicos protegidos que en ella se incluyen –salud, bienestar de la mujer y del hijo, así como el establecimiento entre los progenitores y sus hijos de adecuados vínculos relacionales y afectivos-, en lo que podría entenderse como una especial valoración de la institución familiar.

Por lo anterior, con el fin de tutelar este bien jurídico, existen diversos instrumentos que consagran normas mínimas de protección. En un plano general, ocupa un lugar importante la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, la que en su artículo 25 N° 2 establece que: “la maternidad y la infancia tienen derechos a cuidados y asistencias especiales”. Por otra parte, debe destacarse el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 1966, cuyo artículo 10 N° 2 expresa que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

En lo que respecta a la protección de la maternidad de la mujer trabajadora, diversos instrumentos internacionales, la han consagrado como un derecho humano, a saber, a) el Artículo 2° de la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer”; b) Recomendación número 4 del “Convenio Sobre La Protección a la Maternidad”, adoptado por la OIT y aceptado por nuestro país el 14 de octubre de 1994; c) Artículo 8 del “Convenio Sobre la Protección de la Maternidad” del año 2000, de la OIT, el cual no ha sido ratificado

¹² Roth 2002, p.192.

¹³ Caamaño (2009), p.185.

por Chile; d) Artículo 1° del “Convenio Sobre la Discriminación en el Empleo y La Ocupación” adoptado por la OIT y ratificado por Chile el 20 de septiembre de 1971.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno, la protección a la maternidad no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución Política de la República, siendo abordado en definitiva, por el legislador laboral quien establece la regulación de los distintos derechos específicos asociados a la tutela de las madres trabajadoras y la familia.

Con todo, existen en la Constitución normas de carácter general que se vinculan con el tema en estudio, en cuanto protegen la vida e integridad de la persona, como asimismo, a la familia. Desde esta perspectiva, podemos resaltar la disposición del artículo 1 inciso 2° de la Carta Fundamental que reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y su inciso 3° que consagra que: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Por otra parte, en el plano de las garantías o derechos fundamentales, resalta en primer lugar el artículo 19 N° 1 de la Constitución que asegura a todas las personas el derecho a la vida y protege expresamente la vida del que está por nacer, con lo cual hay una referencia indirecta a la protección de la maternidad, toda vez que en la medida que se ampare la maternidad, es posible amparar a su vez la vida del que está por nacer¹⁴.

Asimismo, no cabe duda que la garantía del artículo 19 N° 2, en concordancia con el artículo 19 N° 16 incisos 1°, 2° y 3° que aseguran tanto la igualdad de hombres y mujeres ante la ley, como la libertad de trabajo, el derecho a la libre elección del trabajo con una remuneración justa y la prohibición de toda discriminación en el empleo, configuran una estructura jurídica adecuada para que hombres y mujeres, al menos en el plano teórico, puedan acceder en igualdad de condiciones al mercado de trabajo.

De lo expresado, es posible concluir que en nuestro sistema constitucional resulta absolutamente antijurídico cualquier distinción o exclusión en perjuicio de la mujer trabajadora en razón de su maternidad real o eventual, más aún, teniendo en cuenta los diversos acuerdos internacionales ratificados por Chile sobre derechos fundamentales. Con ello se refuerza el deber del Estado, de acuerdo con el artículo 5 inciso 2°, de velar porque estas normas protectoras cumplan, en los hechos, la finalidad para la cual han sido dictadas.

En ese sentido, la Corte Suprema¹⁵, ha señalado que: “Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la

¹⁴ Caamaño (2009), p. 197.

¹⁵ Corte Suprema. Sentencia de 10 de mayo de 2007, rol 3452-2006, considerando 66. En el mismo sentido: Corte Suprema. Sentencia de 13 de diciembre de 2006, rol 559-2004,

República, preceptúa que el ejercicio de la soberanía aparece limitado por los derechos esenciales de la persona humana siendo deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos, aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites. Otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo se deriva del mentado artículo 5°, sino también del 1°, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26° de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales (...)

En efecto, tal como señala el Profesor Humberto Nogueira¹⁶ en nuestro sistema constitucional consideramos que los derechos no están en las normas (internas o internacionales), -no se constituyen- en la norma positiva sino que ella sólo los asegura, los respeta, los garantiza y los promueve. Señala Nogueira que en la Constitución Chilena, el reconocimiento del carácter fundamental de los derechos y su carácter supraestatal, lleva a los Estados a la obligación de respetar, garantizar y promover los derechos contenidos en las normas de derecho internacional vigentes en la materia, lo que significa la subordinación a los estándares mínimos previstos por el derecho internacional en la materia.

Consecuente con ese criterio, la Corte Suprema Chilena¹⁷, ha señalado:

“TRIGÉSIMONONO: Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, preceptúa que el ejercicio de la soberanía se encuentra limitado por “los derechos esenciales de la persona humana” siendo “deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”. Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2.066), aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de

considerando 22 a 24; Corte Suprema, sentencia de 13 de marzo de 2007, rol 3125-2004, considerando 39.

¹⁶ Nogueira (2006), p. 255.

¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 3125 – 04, de fecha 13 de marzo de 2007.

Estado para traspasar esos límites. Otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. “En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5°, sino también del 1°, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26°, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1° común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario. Este carácter amplio de protección se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del precepto aludido, puesto que su integrante Jaime Guzmán Errázuriz al recalcar que los derechos que arrancan de la naturaleza humana era “el único límite a la soberanía desde un ángulo objetivo, habida consideración que el debe proyectarse conceptualmente con la noción de bien común”, de tal suerte que aun cuando esos derechos no estén en el texto constitucional “no por eso una disposición jurídica cualquiera que atentara indebidamente en contra de ellos, dejaría de ser ilegítima” (Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 49 de veintisiete de junio de mil novecientos setenta y cuatro)” .

En ese entendido los derechos fundamentales se encuentran insertos dentro de toda relación laboral y los derechos de los trabajadores, en su calidad de individuo, deben gozar de respaldo, promoción, respeto y de una tutela judicial efectiva. De ese modo, en lo que respecta a la presente investigación, esto es, si las normas protectoras de derechos fundamentales y de promoción de la persona humana en el ámbito de las relaciones laborales del Estado con sus servidores, y particularmente por la vulneración a las normas de protección a la maternidad de la que fueron objeto las Soldados de Tropa Profesional del Ejército de Chile y la discriminación que sufrieron en su condición de mujer, madre y trabajadora, siguiendo los nuevos criterios jurisprudenciales sobre la materia en que se ha dado relevancia a la figura del Estado empleador, se ha señalado por la Corte Suprema lo siguiente: “toda vez que es dable asumir que el Estado, en cuanto empleador, ha de cumplir con el deber de asegurar el pleno respeto de los derechos fundamentales de que también son titulares los funcionarios que trabajan en la Administración del Estado”, se ha reconocido que los servidores de la administración, al igual que aquellos regidos por las leyes laborales a que se hacía referencia preliminarmente, revisten un marco de protección suprallegal, concretizándose para esos efectos, el efecto irradiador de los derechos humanos para ese tipo de trabajadores¹⁸.

¹⁸ Corte Suprema, sentencia de 30 de abril de 2014, Rol 10972-2013, considerando 13°.

Asimismo, la Corte también asumió que en ningún caso era posible entender que el objeto del procedimiento de tutela fuera modificar u obviar el estatuto laboral que rige a los funcionarios públicos, ya que su propósito no es más que “aplicar -cualesquiera sean las características del régimen de trabajo- un mismo estándar en cuanto al respeto de los derechos fundamentales por parte del empleador¹⁹”.

Es por ello que la Corte estimó que no era procedente privar a los servidores de la administración de un procedimiento como el de tutela, que está llamado a determinar el cumplimiento o la vigencia de derechos fundamentales en la relación de trabajo, por el sólo hecho de que su relación surja de un decreto de nombramiento y no de un contrato; máxime si se considera que el Estado ejerce habitualmente facultades de dirección sobre las personas que se desempeñan en él, como hace todo empleador, situación que no es incompatible con el hecho de que se trate de órganos destinados a desempeñar una función pública.

Además en su sentencia la Corte concluye que no existe una razón jurídica valedera para excluir de la aplicación del procedimiento de tutela a toda una categoría de trabajadores, como son los funcionarios públicos, particularmente si se toma en consideración que los elementos de subordinación y dependencia propios de la relación laboral, se dan fuertemente en el contexto de las relaciones del Estado con sus trabajadores, siendo éste un espacio en el cual la vigencia real de los derechos fundamentales puede verse afectada a consecuencia del ejercicio de las potestades del Estado empleador.

Es en ese contexto que puede señalarse que estas nuevas vertientes protectoras devienen de un proceso de progresiva «constitucionalización» que ha avanzado en nuestro sistema jurídico en los últimos años, y de acuerdo al cual los órganos del estado tienen el deber de respetar y promover los derechos esenciales de la persona humana, garantizados por la constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile, motivo por el que resulta útil señalar que los funcionarios públicos están sujetos a un régimen especial de contratación, que dota a su relación laboral de características particulares, pero que sin embargo no existe ninguna razón para negar a dichos servidores el reconocimiento y la protección de sus derechos fundamentales que otorga la Constitución y los mecanismos legales para su ejercicio en sede jurisdiccional en tanto derecho subjetivo de toda persona; y esto por cuanto existe la misma razón para propiciar el respeto a los derechos fundamentales tanto de los trabajadores del sector privado como de los funcionarios o “trabajadores públicos”, por lo que, debe operar con la misma fuerza la protección de tales derechos para ambos dependientes. Sostener lo contrario, en nuestra opinión importaría una discriminación arbitraria, contraria a todo estándar proteccional tanto interno como internacional, situación que vulneraría de manera flagrante los derechos fundamentales de los integrantes de la Administración del Estado.

¹⁹ Corte Suprema, sentencia de 30 de abril de 2014, Rol 10972-2013, considerando 14°.

Sobre dicho aspecto, menester es abordar la regulación antidiscriminación vigente en nuestro ordenamiento jurídico, pudiendo señalar al efecto, y en lo que interesa para la presente investigación que ella se encuentra presente desde mucho antes de la promulgación de la Ley N° 20.609, teniendo consagración tanto en la Constitución Política de la República como en el Código del Trabajo.

En efecto, el derecho fundamental a no ser discriminado es exigible en las relaciones entre particulares y especialmente en las de carácter laboral. A nivel mundial, entre los principales instrumentos podemos mencionar los siguientes: 1) La Declaración Universal de los Derechos Humanos, como primera declaración mundial sobre la dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos, aprobada en 1948, en cuyo artículo 1° se afirma la igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos. En su artículo 2° esta Declaración expresa que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”, adicionalmente indica “que no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona”. Finalmente, en su artículo 7° trata la igualdad ante la ley y establece la igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración²⁰; 2) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominado Pacto San José de Costa Rica, aprobada en 1969, la que en su artículo 24 y siguiendo a la Declaración de 1948, establece la igualdad ante la ley y la no discriminación²¹; 3) El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, cuya vigencia principia a partir del año 1976, el que en sus artículos 3° y 26°²² proclama el compromiso de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres y establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a ser protegidos de igual forma por esta, sin discriminación alguna; 4) El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entrado en vigor el mismo año que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el que en su artículo 2 numeral 2°²³ dispone garantizar el ejercicio de los derechos en el consagrados, sin discriminación alguna.

²⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos, Art 7°. - Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

²¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art 24°. - Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

²² Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Art 3°. - 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. Pacto de Derechos Civiles y Políticos Art. 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.

²³ Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2 n°2.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de

A partir de lo dispuesto en los distintos instrumentos internacionales antes referidos, es posible señalar que la conducta discriminatoria, es aquella conducta “[...] contraria a la igualdad, que consistirá en una diferencia de trato arbitraria, es decir, sin justificación objetiva y razonable, en el ejercicio de los derechos consagrados.”²⁴ Pareciera ser entonces que entre la igualdad y la no discriminación existe una relación bastante estrecha, toda vez que la discriminación importa romper con el principio de igualdad dando un trato diferenciado a dos sujetos, lo que en caso de ser arbitrario o injustificado implicará necesariamente una vulneración de derechos. En ese sentido, es claro que tanto la igualdad como el derecho a la no discriminación arbitraria son derechos inherentes a todas las personas, los que deben observarse en todos los ámbitos y relaciones humanas.

Tal como ha sido reconocido en la Ley N° 20.609, el acto discriminatorio puede ser realizado tanto por el estado y sus agentes, como por particulares, salvaguardando de ese modo el debido respeto a la no discriminación en todos los espacios en que pueda desenvolverse el ser humano.

Para efectos de la presente investigación, resulta de vital interés como ha influenciado la nueva legislación antidiscriminación las relaciones laborales, especialmente atendido que la Ley N° 20.609 viene a introducir una acción nueva respecto de garantías que ya se encontraban tuteladas en el Código del Trabajo. En efecto, en el ámbito laboral, la Organización Internacional de Trabajo (en adelante “OIT”) ha tenido una especial preocupación por la igualdad y el derecho a la no discriminación en el empleo, manifestando en el preámbulo de la constitución de la organización del año 1919, en la que se insta a mejorar las condiciones laborales para una serie de trabajos que entrañan un elevado grado de injusticia, miseria y privaciones, y se reconoce el principio de salario igualitario por un trabajo de igual valor. Del mismo modo, se manifiesta también en la Declaración de Filadelfia del año 1944 en la cual se establece, que “[...] todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades [...]”.

Con posterioridad a la Declaración Universal de Derechos Humanos se adoptaron, en el marco de la OIT, dos instrumentos de gran relevancia para la materia de igualdad y discriminación en el ámbito laboral: los Convenios N° 100 y 111 de la OIT, además de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, que considera el derecho a la no discriminación como un derecho fundamental. Es ya en 1971 que Chile, como miembro integrante de la OIT, ratifica el convenio N° 100 (año 1951) que versa sobre la igualdad de remuneración. El Convenio N° 111 (año 1958), por su parte, regula la discriminación en materia de empleo y ocupación siendo la base principal de orientación y redacción de nuestro artículo 2° del Código del Trabajo, en el cual

otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

²⁴ SEVERIN CONCHA, Juan Pablo, “Discriminación en el ámbito laboral y su tutela jurisdiccional”, Revista de Derechos Fundamentales, N° 7, Universidad Viña del Mar, 2012, pág. 61

se encuentra regulada esta materia. A partir de estos instrumentos y de la evolución del Derecho del Trabajo y del constitucionalismo social es que se instala la idea de la necesidad de dotar de mayor autonomía al derecho de la no discriminación, respecto de la igualdad –entendiendo que el derecho a la no discriminación no se encuentra supeditado al derecho a la igualdad o a otras garantías constitucionales– y por otra parte, centrando la discusión en que existe una desigualdad fáctica a la que hay que combatir, y que por ende ha de buscarse la igualdad en la realidad, debiendo entenderse esta ya no como un hecho, sino como un objetivo a alcanzar. Es así como en el Derecho Laboral se procede a elevar jurídicamente al trabajador, a quien se considera la parte más débil, concediéndole ciertos derechos de carácter irrenunciables.

Nuestro Ordenamiento Constitucional, dentro de las Bases de la Institucionalidad, también reconoce como valor superior en nuestro sistema jurídico el principio de la igualdad. La Constitución Política efectúa en su artículo 1º un reconocimiento expreso de la dignidad humana en relación estrecha con la idea de libertad e igualdad al establecer que “[...] las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]” y reconoce el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. De esta forma, nos encontramos ante un principio inspirador y modelador de nuestro sistema jurídico que impregna la convivencia nacional, lo que como más adelante veremos es recepcionado con individualidad propia en el ámbito del derecho laboral a través de la configuración del derecho fundamental a la no discriminación.

En relación al derecho de no discriminación, es menester hacer presente que nuestra Constitución establece y protege este derecho en términos generales y amplios, consagrando el principio de igualdad y no discriminación arbitraria tanto en su artículo 1º, como en el Art. 19 N° 2, que establece la igualdad ante la ley y la prohibición de establecer diferencias arbitrarias.²⁵ Del mismo modo, en su numeral 3º garantiza una protección igualitaria de la ley en el ejercicio de los derechos. Es así como la noción de igualdad se consagra respecto de dos ámbitos en nuestra Constitución. Por una parte, vemos representada la noción de igualdad en la ley, cuya manifestación es la igualdad de derechos, y, por otra parte, la igualdad ante la ley que se traduce en una igualdad de trato. La igualdad en la ley dice relación con la idea de que todas las personas son iguales, lo que se encuentra plasmado en nuestro Art. 1 inciso primero de la Constitución, previamente citado.

Por su parte, la idea de igualdad ante la ley está consagrada en el Art. 19 N° 2 inciso tercero de la Constitución, el cual establece que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”, instaurando una prohibición de establecer una desigualdad de trato normativa no razonable u objetiva. Es así, como “la noción de igualdad denota la necesidad de tratamiento normativo en

²⁵ Constitución Política de la República Art. 19 N 2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

identidad de condiciones, de forma tal de excluir preferencias o exclusiones arbitrarias, aceptando por tanto las disparidades de trato razonable.”²⁶

En lo relativo al ámbito laboral, la Constitución prescribe en su Art. 19 N°16 “La libertad de trabajo y su protección”, y más específicamente, en su inciso segundo dispone lo siguiente: “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.” En relación con esta última idea, se ha señalado que en nuestra Constitución existe un sistema “abierto y residual” para determinar aquellos actos que se consideran como discriminatorios en el ámbito laboral. Esto debido a que -y acorde a lo establecido en este inciso segundo- la única forma de discriminación tolerada será la “capacidad o idoneidad personal”, es decir, la aptitud del trabajador que pudiese exigirse con respecto a determinados puestos de trabajo, o también la nacionalidad o edad con la que se debe contar para acceder a los mismos. Por tanto, este sistema “abierto” permite, a contrario sensu, establecer como discriminación arbitraria todo aquello que no logre enmarcarse dentro de esta fórmula de discriminación permitida o tolerada.

Por su parte, el Código del Trabajo en su Art. 2° del Código del Trabajo dispone que: “[...] Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación. Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto. [...]”

Consecuente con ello, y sin obviar las características especiales del ejercicio de la profesión militar, menester es seguir el raciocinio emanado del tribunal constitucional en la sentencia de inaplicabilidad Rol N° 2029-2011, considerando sexto en el que expresamente señala que los militares... *“son personas que ejerciendo sus derechos adscriben libremente a una profesión y función pública. En cuanto personas, tienen todos y cada uno de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza a todos, puesto que su titularidad está expresamente reconocida en el artículo 5° y en el encabezado del artículo 19 del texto fundamental”*. *Agrega el Tribunal que, a partir de su decisión individual y de su aceptación institucional expresada en la incorporación a sus escuelas matrices y a sus plantas profesionales (artículo 102 y 105 de la Constitución) ingresan a una profesión militar dotada de características únicas en la Administración del Estado de Chile, ingresan a cuerpos armados esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados. Más aún, el tribunal entendiendo que el vínculo del personal militar es un encadenamiento*

²⁶ ORD. N° 3704/134 Gobierno de Chile, Dirección del Trabajo, Departamento Jurídico, Santiago, 2004, pág.4

*de jerarquías a cuyo régimen disciplinario se ha adscrito voluntariamente, ello se traduce en la intensidad del deber de obediencia en orden a que las decisiones del inferior son y constituyen responsabilidad del superior, cuestión que en la administración civil no existe por lo que la diferencia radical termina por consumarse en el hecho de que la profesión militar importa una total disponibilidad y entrega, al extremo de la vida si es que fuera necesario. Sin embargo, el tribunal previene **“nada de este ethos militar debe ir contra el texto constitucional. Los derechos de los militares no siempre tienen el mismo alcance y eficacia que el de otros, siempre que expresamente el constituyente y el legislador hayan previsto diferencias legítimas, objetivas y justificables. Por tanto, partimos de la base del necesario reconocimiento de los derechos fundamentales de los militares, modulando el alcance de alguno de ellos y configurando procedimientos de garantías diversos a los habituales, a objeto de conciliar los derechos de las personas con la condición jerárquica, disciplinada, obediente, no deliberante y profesional de las Fuerzas Armadas”**.*

De lo expresado, y para el caso particular de las Soldados de Tropa Profesional, atendidas sus particulares características, es posible arribar a la conclusión de que tienen un resguardo, al igual que el resto de los integrantes de la comunidad, de sus derechos fundamentales, tanto en su esfera personal, también como trabajadoras y madres, puesto que su titularidad está expresamente reconocida en el artículo 5° y en el encabezado del artículo 19 de la Constitución Política de la República, debido a que, en base a su dignidad como persona se constituye el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales.

3. Análisis pormenorizado de jurisprudencia judicial. Técnicas interpretativas para la consagración de derechos fundamentales a funcionarios de la administración militar.

El Personal de Tropa Profesional del Ejército que fuera desvinculado en razón de haberse aplicado a su respecto normativa sectorial que regía su vínculo estatutario, encontrándose con normas de protección a la maternidad a su favor, y entendiendo vulnerados sus derechos fundamentales de manera arbitraria e ilegal, dedujeron una serie de acciones de carácter procesal constitucional en resguardo de sus derechos, debido a que consideraron que el actuar de la señalada entidad castrense era contraria a la Constitución y a las normas consagradas en tratados internacionales sobre derechos fundamentales, según se indicará y analizará a continuación:

Tal como se señalara en el cuerpo de esta investigación, el problema que derivó en la vulneración de derechos fundamentales de las Soldados de Tropa Profesional por haberseles privado de manera arbitraria e ilegal de normas de protección a la maternidad, de la protección de su hijo recién nacido o que estaba

por nacer, como también de su empleo, se ha suscitado por la colisión entre las siguientes normas de rango legal:

- Art. 57 Ter letra b) de la Ley 18.948 “Orgánica Constitucional de las FAs que señala que *“el retiro absoluto del personal de Tropa Profesional procederá por alguna de las siguientes causales: b) Por enterar el período de años de servicio efectivo para el cual fue nombrado, con un máximo de cinco.”*
- Art. 201 del Código del Trabajo que señala 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. 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; en relación con el artículo 194 del mismo Código, que señala que *“la protección a la maternidad, la paternidad y la vida familiar se regirá por las disposiciones del presente título y quedan sujetos a ellas los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado”.**

Ahora bien, el Ejército frente a la señalada antinomia normativa, y en el entendido de que las madres trabajadoras se encontraban amparadas por normas de protección a la maternidad, requirió de la Contraloría General de la República (CGR) un pronunciamiento al respecto.

El Organismo de Control, mediante dictamen N° 65.743 de 2014, señaló que “en lo relativo a la aplicación de las normas de protección a la maternidad al personal de que se trata, es útil hacer presente, en primer término, que el artículo 2° del decreto con fuerza de ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, que contiene el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, señala que quedan afectos a sus disposiciones, entre otros, el personal que integre las plantas del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, como oficial, cuadro permanente o gente de mar, tropa profesional, o empleado civil”.

Enseguida, agregó que “corresponde hacer presente que el inciso segundo del artículo 209 del citado texto normativo, prescribe que el personal de que se trata tendrá derecho a gozar de todas las prestaciones y beneficios que contemple su sistema legal de previsión y de seguridad social, y de protección a la maternidad establecida en la ley, entendiéndose por esta última, aquellas disposiciones contenidas en el Título II del Libro II del Código del Trabajo, entre

las cuales se encuentra la inamovilidad en el empleo mientras dure el respectivo fuero”.

Sobre esa última cita, señaló que su jurisprudencia (dictámenes N°s. 43.845, de 1999; 41.663, de 2001 y 60.395, de 2013) ha concluido que las normas de inamovilidad en el empleo, contenidas en preceptos legales se aplican en los casos en que es facultad de la autoridad poner término a las funciones del empleado, pero no tienen cabida cuando es la ley la que ordena imperativamente el alejamiento del servicio por el cumplimiento del plazo respectivo, y que en el caso del personal de tropa profesional, es la ley la que impide que la autoridad extienda su designación por un lapso superior a cinco años, por lo que no resulta posible que las normas de protección a la maternidad rijan más allá de ese máximo establecido por el legislador.

En otro orden de ideas pero relacionado, cabe consignar que a través del dictamen N° 46.380 de 2015, la Contraloría General de la República, complementando el precitado dictamen N° 65.743 de 2014, señaló que “de los antecedentes aportados aparece que el Comando de Personal del Ejército determinó aplicar las normas protectoras de la maternidad contenidas en el título II del libro II del Código del Trabajo, a las soldados de tropa profesional, mientras este Ente de Control no emitiera el pronunciamiento requerido”. “Consta además, que tras la emisión del anotado pronunciamiento, ese Comando de Personal dispuso el término de los servicios de las funcionarias que se encontraban en la situación de que se trata, ordenando poner término al pago de sus remuneraciones, a contar de la data del dictamen N° 65.743, de 2014, y el reintegro de las sumas percibidas después de la fecha de cese de sus nombramientos.

En ese planteamiento, el Organismo Fiscalizador, consignó en su dictamen que como era dable advertir, en la especie se había producido un pago erróneo, toda vez que el dictamen N° 65.743, de 2014, determinó que las soldados de tropa profesional no pueden ver extendidos sus nombramientos más allá de las fechas de éstos o del plazo de cinco años, por expresa disposición legal. No obstante, agregó que en el supuesto que dichas funcionarias hayan prestado servicios efectivos durante el período de que se trata, podía estimarse que esas remuneraciones habían sido válidamente percibidas, toda vez que, en tal caso, el principio de enriquecimiento sin causa, impide a la Administración beneficiarse de la labor desarrollada por un funcionario o persona sin que medie la correspondiente retribución pecuniaria.

Es del caso indicar que de acuerdo a la propia jurisprudencia de la CGR, sus dictámenes resultan obligatorios para los órganos de la Administración Pública, según el criterio contenido en el dictamen N° 12.877 de 2016 que señala: “...cabe recordar, en primer término, que los informes jurídicos emitidos por este Órgano de Control son obligatorios y vinculantes para los servicios sometidos a su fiscalización y que su carácter imperativo encuentra fundamento en los artículos 6°, 7° y 98° de la Constitución Política de la República; 2° de la ley N° 18.575, así

como en los artículos 1°, 5°, 6°, 9°, 16° y 19° de la ley N° 10.336, por lo que su inobservancia por parte de esos organismos significa la infracción de los deberes funcionarios de los servidores involucrados.”

Producto de esa vinculación obligatoria a los criterios emanados del ente rector de la actividad administrativa castrense, el Ejército, mediante resolución del Comando de Personal dispuso el término de funciones de determinado personal de Soldados de Tropa (SLTPs) que se encontraban con fuero maternal, fundando el correspondiente acto administrativo en la normativa sectorial contenida en el artículo 57 ter letra b) de la Ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, en lo consignado en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República sobre la materia y, particularmente en la obligación de cumplimiento de sus dictámenes.

Derivado de la desvinculación antes indicada, diversas SLTPs dedujeron en contra del Ejército una serie de acciones judiciales que pretendieron que se dejara sin efecto esa medida administrativa adoptada y se les restituyera a sus respectivos empleos públicos, debido a que entendieron vulnerados sus derechos fundamentales de manera arbitraria e ilegal, ya que el actuar de la señalada entidad castrense era contraria a la Constitución y a las normas consagradas en tratados internacionales sobre derechos fundamentales.

A continuación se analizará la jurisprudencia, en primer lugar, de los tribunales laborales, y, en segundo lugar, las acciones constitucionales ante tribunales ordinarios.

3.1. Acciones en Tribunales con competencia en materia laboral:

En el ámbito de los Tribunales Laborales, el eje de la argumentación suele centrarse en el principio de igualdad y en la prohibición de la discriminación también fundada en el estado de embarazo de las funcionarias. En un primer caso,

una SLTP, interpone demanda de Tutela laboral, con ocasión del despido y cobro de prestaciones derivadas de la misma, en contra de FISCO DE CHILE, a fin de se ordene la cesación de toda perturbación o amenaza en el ejercicio de las garantías de integridad psíquica y de derecho a la no discriminación en el ámbito laboral, consagradas en el N°1 del artículo 19 de la Constitución Política; en el inciso segundo del artículo 2° del Código del Trabajo, y en el inciso segundo del N°16 del artículo 19 de la Constitución.²⁷

El Tribunal, con competencia en lo laboral, acoge la denuncia de vulneración de derechos fundamentales, señalando en lo que interesa, en el considerando décimo Primero: “Que, el hecho de estar sujeta la actora a

²⁷Juzgado de Letras en lo Laboral de Iquique. Sentencia de 23 de mayo de 2015. RIT T-98-2014.

un nombramiento con fecha de término preestablecida, *en caso alguno la sitúa en un lugar diferente, conforme a la legalidad vigente, respecto de sus pares o iguales, esto es, respecto del resto de las mujeres embarazadas en Chile. Claramente, el estado de embarazo de una mujer, dentro de una Institución del Estado, como lo es el Ejército de Chile (como previene el artículo 1° inciso 2° y 3° del Código del Trabajo) no la hace diferente a las demás mujeres embarazadas de la Nación. En efecto, mutatis mutandi, cuando se suscita una situación de hecho como lo es el embarazo, en el ámbito de la contratación laboral, será el Juez del Trabajo, el único “facultado” para autorizar la separación del trabajador, artículo plenamente aplicable para el caso de marras “in absentia” de norma en el Estatuto especial que rige a la actora. Así lo ha manifestado en forma reiterada la última jurisprudencia judicial de la Excelentísima Corte Suprema, en orden a señalar que “El legislador otorga al juez una facultad, esto es, el poder o derecho discrecional, para hacer alguna cosa la que puede y debe ejercer en plenitud, sin que baste al efecto la simple comprobación mecánica de una situación de hecho, siendo imprescindible la armónica conjugación de todos los elementos de juicio que hayan sido puestos a su disposición por las partes, ello por cuanto en un proceso de desafuero se encuentran comprometidos valores y objetivos adicionales a los que fluyen del término de una relación laboral pura y simple.” Sin embargo, para el caso de marras, en un acto discriminatorio y de falta de igualdad ante la Ley, la denunciada ha negado a la actora el reconocimiento de la existencia de su fuero y se ha arrogado facultades que la Ley le confiere, en forma total y exclusiva sólo a los Jueces del Trabajo, poniendo término al vínculo habido entre las partes, so pretexto de que la existencia de la extensión de dicho vínculo ha sido predeterminada legalmente. Es decir, la denunciada, no reconoce que una mujer embarazada bajo el cargo que detentaba la actora se encuentre sujeta a fuero”.*

Acorde con sus consideraciones, el Tribunal acoge la denuncia de Tutela de Garantías Constitucionales, impetrada por la Soldado de Tropa Profesional, estableciendo que lo denunciado ha lesionado los derechos fundamentales de la actora, prevenidos en el número 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República y en el artículo 2 inciso 3° del Código del Trabajo, ambos en relación al artículo 485 del mismo cuerpo legal, por el cual el legislador entiende que los derechos y garantías que contempla resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores por el ejercicio de acciones judiciales, por su participación en ellas como testigo o haber sido ofrecidos en tal calidad.

Ahora bien, como consecuencia del fallo desfavorable para los intereses fiscales, el Consejo de Defensa del Estado, interpuso recurso de nulidad en

contra de la precitada sentencia, siendo este rechazado, pudiendo señalarse al efecto, como uno de sus considerandos principales del rechazo – el décimo sexto- que establece: “En consecuencia, de lo señalado precedentemente se sigue que la conculcación de la libertad de trabajo se encuentra íntimamente vinculada a la discriminación laboral de que fue objeto la denunciante al desconocerse sus derechos de protección a la maternidad, y por consiguiente, no existe la incongruencia alegada por la recurrente.”

- En otro caso, con posterioridad a la interposición de una acción de protección que no resultare a su favor, según se indicará posteriormente, una Soldado de Tropa Profesional, deduce denuncia por vulneración de derechos fundamentales, en contra del Fisco de Chile -Ejército de Chile, a saber, las garantías establecidas en los números 1,4 y 16 del Art. 19 de la Constitución Política de la República, relativas al derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y al respeto a la vida privada y la honra de la persona, libertad de trabajo y, en el cuerpo de la demanda, la demandante alega además conculcado el derecho a la no discriminación.²⁸

En lo que interesa, en el considerando decimooctavo, el tribunal señala que *en cuanto a la protección a la maternidad de que gozan las funcionarias del Ejército de Chile, el Art. 103 de la Ley N° 18.948, dispone que* “En lo no previsto en esta ley y en cuanto no fuere contrario a ella, regirán las disposiciones del Estatuto del Personal de la Fuerzas Armadas, como asimismo las demás normas legales y reglamentarias que le son aplicables”. *Por su parte el Art. 209 del mencionado estatuto, en relación los derechos de que goza el personal, indica en su inciso segundo que* “...tendrá derecho a gozar de todas las prestaciones y beneficios que contemple su sistema legal de previsión y de seguridad social, y de protección a la maternidad establecidas en la ley.”, *en tanto que el Art. 229 ordena:* “El personal tendrá derecho a licencia médica o permiso, en los siguientes casos: d) El personal femenino, de conformidad con las normas sobre protección de la maternidad,.”. “Que estas disposiciones están en armonía con lo prescrito por el Art. 194 inciso primero del Código del Trabajo, por tanto, es posible concluir que las funcionarias de las Fuerzas Armadas, tienen los derechos que contemplan las normas protectoras de la maternidad contenidas en los artículos 194 y siguientes del Código del Trabajo, entre los que se incluye el fuero maternal previsto en el Art. 201 en relación al Art. 174, el cual amparaba a la denunciante hasta el 02 de mayo de 2015, lo que se desprende de la fecha de nacimiento de su hijo establecida en el considerando décimo segundo. De hecho la funcionaria gozó de los descansos maternales previstos por la ley.”

²⁸ Juzgado de Letras del Trabajo de Punta Arenas Causa RIT T-11-2015. Sentencia de fecha 22 agosto de 2015..

Agrega el tribunal en su considerando vigesimosegundo que “dado lo que se viene razonando, existen indicios suficientes de vulneración de derechos constitucionales de la actora, pues desde septiembre de 2014, la soldado de tropa profesional....., madre de un niño de muy corta edad que padece síndrome piramidal y estando amparada por el fuero maternal, deja de percibir sus remuneraciones y los beneficios de seguridad social, sin permitírsele reintegrarse a sus labores, no obstante, estar vigente su vínculo jurídico con el Ejército de Chile, pues a la fecha no se expide la resolución que dispone su retiro absoluto de la institución.

Y, en los considerandos vigesimocuarto al vigesimonoveno: Que en los artículos 1 y siguientes de la Carta Fundamental se establecen las bases de nuestra institucionalidad, así la citada disposición prescribe que “*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece. Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta... ”; Que, el inciso primero del Art. 1 de la Constitución Política de la República, según el Profesor Humberto Nogueira Alcalá “constituye una norma directriz a través de la cual debe iluminarse e interpretarse todo el resto del texto constitucional y del ordenamiento jurídico nacional, constituye una pauta interpretativa que debe ser seguida por todos los operadores jurídicos, en cuanto norma rectora suprema de nuestro ordenamiento jurídico”; Que, siendo así las cosas, la dignidad humana establece la obligación general de respeto de la dignidad de la persona, lo que se traduce en un conjunto de deberes y derechos correlativos que constituyen el conjunto de bienes indispensables para el desarrollo humano, lo que implica que el Estado debe brindar protección a tal dignidad a través de medidas y actividades tendientes a remover los obstáculos que impidan el desarrollo de la dignidad humana y que creen las condiciones que posibiliten el más pleno goce y ejercicio de la misma, a través de la satisfacción de sus necesidades existenciales; Que, en consecuencia todo ser humano goza de derechos esenciales, inalienables e indisponibles, que fluyen de la dignidad humana, algunos de los cuales nuestra Constitución, asegura expresamente a todas las personas en el Art. 19, mientras que otros están recogidos en tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y vigentes; Que, el Estado a fin que los derechos de que está investida la persona no queden en meras declaraciones de principios, ha ido creando los instrumentos legales destinados a concretar el efectivo ejercicio y protección de los derechos esenciales. Prueba de ello es que el Código del Trabajo, recoge en sus artículos 2° y 5°, los principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda nuestra Constitución, contenidos en sus artículos 1, 2, 5 y

19, y junto con ello ha establecido mecanismos que los amparan, como el régimen protector de la maternidad de carácter universal, regulado en los artículos 194 y siguientes del Código, cuyo objetivo final, es proteger al que está por nacer, al recién nacido y al niño; Que, en virtud de este estatuto protector de la maternidad, la trabajadora tiene derecho a descansos pre y post natales, derecho a sala cuna, derecho a permisos y subsidios en caso de enfermedad grave del niño menor de un año y en ciertos casos también respecto del menor de 18 años, y fuero maternal, contemplado en el Art. 201 del Código del Trabajo en relación al Art. 174 del mismo texto legal, en virtud del cual la mujer embarazada no puede ser desvinculada de su trabajo sin previa autorización judicial, dentro del plazo de un año contado desde la expiración del descanso post natal de doce semanas, con lo cual se busca mantener el empleo de la mujer embarazada, para que ella tenga asegurado el origen de sus ingresos y pueda alimentar y criar a su hijo durante ese lapso de tiempo; Que, esta normativa está en sintonía con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, suscrita y ratificada por el Estado de Chile, cuyo Art. 1 N° 1 consagra el principio del interés superior del niño al decir que *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”* Mientras que el numeral 2 del artículo señala: *“Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*. Igualmente, es importante destacar lo que prescriben los artículos 6 y 24 de la Convención. El primero señala: *“1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”*. Y el segundo dispone: *“1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:... b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;...d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres.”*; Que, conforme al inciso segundo del Art. 1 de Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, las Fuerzas Armadas forman parte de dicha administración, y de acuerdo al Art. 6 de la Constitución Política de la República en relación al Art. 2 de la Ley N° 18.575, aquellas deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y consecuentemente están obligadas a observar rigurosamente la norma directriz contenida en el Art. 5 de la

Constitución que señala *“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.”*; Que, dentro de estos derechos esenciales que el Ejército de Chile está llamado a respetar, están por una parte el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, contemplado en el numeral 1 del Art. 19, en el que hay una referencia indirecta a la protección de la maternidad, toda vez que en la medida que se ampare la maternidad, es posible amparar a su vez la vida del que está por nacer, del recién nacido y del niño; y el contenido en el numeral 16 de la misma norma, en virtud del cual se asegura a todas las personas; y Que, atendido que el hijo de la denunciante nació el 07 de febrero de 2014, conforme al Art. 201 del Código del Trabajo, aquella gozó de fuero maternal hasta 02 de mayo de 2015, sin embargo, estando vigente dicho fuero y sin haber sido desvinculada legal y formalmente de la institución, se le privó de su trabajo y de sus remuneraciones, cuando su hijo tenía tan solo 7 meses de edad, el cual requiere de tratamiento médico por padecer el síndrome piramidal. Entonces al despojarse a la madre de sus ingresos, en el fondo se privó al niño tanto de los recursos materiales para su subsistencia como de la previsión en materia de salud, para someterse a tratamientos médicos adecuados y de calidad, a fin de superar sus problemas de motricidad, lo cual constituye un claro atentado a la garantía en comento, a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y a los artículos 194 y siguientes del Código del Trabajo, que contraviene incluso la letra del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, en particular los artículos 209 y 229 letra d).

En cuanto a la no discriminación, el tribunal en su considerando trigésimo ha señalado que el criterio sostenido por la Contraloría General de la República, y que el Ejército de Chile ha hecho suyo, en orden a que por el hecho que la designación como soldado de tropa profesional, tenía una duración de cinco años y no estaba amparada por el régimen protector de la maternidad más allá de ese lapso de tiempo, ha soslayado por completo el artículo 1° de la Constitución de la República de Chile, los derechos esenciales a la persona humana y el principio del interés superior del niño, y la proscripción de toda forma de discriminación en contra de la mujer, en base a los cuales debió decidirse la consulta planteada en su momento por la institución al órgano contralor. Estima el Tribunal además que seguirse el argumento esgrimido de contrario, significaría admitir que hay ciudadanos de primera y segunda clase y que en el fondo las personas no nacen iguales en dignidad y derechos y que el Estado en realidad no está al servicio de la persona humana, lo cual es inaceptable desde todo punto de vista, pues no hay que olvidar que las Fuerzas Armadas forman parte del Estado, de manera que sería un contrasentido que el propio aparataje estatal no respetara la Constitución y las leyes dictadas conforme a ella.

3.2. Acciones de protección

Sumado a la acción de tutela de derechos fundamentales impetrada por una de las servidoras lesionadas, se utilizaron como vías defensoras de derechos, acciones de protección, por considerarse que la resolución del Comando de Personal que se había fundado en el dictamen de la Contraloría y que disponía la desvinculación resultaba arbitraria e ilegal y amenazaba el legítimo ejercicio de sus derechos y garantías, pudiendo señalarse al efecto las siguientes:

- a) **En un primer caso**, Ante la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, se aceptó inicialmente el recurso, siendo apelado por el Consejo de Defensa del Estado. En lo que interesa, la ICA, en sus considerandos undécimo y décimo tercero considera que, tanto el actuar del ente de control como el consecuente proceder del Ejército resultaba ilegal ya que vulneraban las garantías de las Soldados de Tropa Profesional por no respetar las normas de protección a la maternidad y la garantía de igualdad ante la ley, señalando sobre el particular lo siguiente:

Considerando undécimo: “Que de la mera lectura del dictamen 65.743 que rola a fojas 27, se advierte que carece de mayor fundamentación más allá de señalar que el plazo de término absoluto de funciones lo determina la ley, sin que se aprecie del ente administrativo una interpretación en orden a armonizar ambas legislaciones en torno a los principios que más acordes estén con normas constitucionales e internacionales”. Continúa señalando que: “es perfectamente posible concluir entonces que la actuación de la recurrida es ilegal puesto que vulnera el artículo 201 del Código del Trabajo en cuanto, no obstante el sentido y alcance de las normas que ya han sido examinadas, se le aplicó para ejecutar la separación del servicio sin esperar la conclusión del período de protección. La decisión de poner término de las funciones de esta servidora pública incluso al llegar el plazo de 5 años son argumentos de menor significación y han de ceder transitoriamente frente a la aplicación de las normas protectoras de la maternidad porque éstas, que también han sido previstas en el artículo 10 N° 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas ratificado por Chile, dicen relación con la protección de personas, finalidad que ciertamente merece mayor reconocimiento que las escuetas razones que esgrime la autoridad recurrida, sin poder desprenderse de su estudio consideraciones que hagan contrapeso a normas de tanta significación como son la protección no sólo a la madre a la que se privó de sus remuneraciones y beneficios legales, sino al menor que depende de la manutención de su madre.”

Décimo Tercero: “Que el actuar ilegal de la autoridad 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 no respetar normas que son protectoras para las mujeres que gozan de fuero maternal y que privilegian la relación directa madre-hijo que la legislación hace obligatoria en los primeros meses de vida, atendida su necesidad para el adecuado desarrollo de los niños, por lo que la autoridad no pudo separarla de sus funciones en el periodo de post natal, y debió respetar el fuero por el periodo que restaba para la conclusión de los servicios, pues si bien el plazo de retiro absoluto estaba cumplido, éste opera luego de terminado el fuero que goza la madre.”

Ahora bien, sin perjuicio de que fue acogida en primera instancia la acción de protección, la Excma. Corte Suprema bajo el Rol N° 1.737-2015 aceptó la apelación; rechazando, en consecuencia el recurso razonando más que con un estándar proteccionista hacia los derechos vulnerados, una resolución material relativa al objeto y materia que debe ser ventilada en las acciones de protección, estableciendo al efecto en su considerando tercero, lo siguiente: *“Que, como se observa, se discute entre las partes de este recurso sobre la procedencia de aplicación de las normas referidas al fuero maternal respecto del personal de tropa profesional más allá del máximo de duración de su servicio establecido en la ley, controversia que atendida su naturaleza no corresponde a una materia que pueda ser dilucidada por medio de la presente acción cautelar, ya que esta no constituye una instancia de declaración de derechos sino que de protección de aquellos que, siendo preexistentes e indubitados, se encuentren afectados por alguna acción u omisión ilegal o arbitraria y por ende en situación de ser amparados, presupuesto que en la especie no concurre. Y, cuarto: “Que en virtud de lo razonado el presente recurso de protección no está en condiciones de prosperar, sin perjuicio de otras acciones y derechos que pudieren corresponder a la recurrente”.*

Además, se pronunció un voto de prevención el que señala lo siguiente:

Voto de Prevención: *“1°: Que el límite máximo para la duración del servicio del personal de tropa de las Fuerzas Armadas que consagra el artículo 57 ter de Ley N° 18.948 ya mencionada implica una situación especialísima respecto aquellos que en la referida calidad jurídica conforman el personal de las Fuerzas Armadas, lo que trae como principal consecuencia la imposibilidad de prolongar el servicio más allá del tiempo que el legislador señaló; 2° Que, en efecto, al encontrarse establecida por ley la duración máxima del servicio efectivo de la tropa profesional, pesa sobre la autoridad administrativa la prohibición de extender dicho plazo por circunstancia alguna, ya que se trata de un imperativo que descarta el uso de facultades que puedan alterar su duración.; y 3° Que, de este modo, el tenor de la norma contenida en el artículo 57 ter de la Ley N° 18.948 ya citado obliga a concluir que respecto de los cargos que conforme la ley tienen plazo de duración –que como sucede en la especie, no podrá exceder de cinco*

años- no se puede prorrogar por circunstancia alguna más allá de dicho término, ni siquiera por aplicación de las normas de protección de la maternidad, por lo que desde el momento en que se verifica el transcurso del tiempo de extinción del mismo procede el inmediato cese del servicio, no pudiendo extenderse el mismo más allá del plazo fijado por ley, de modo que el acto que se impugna como vulneratorio de garantías constitucionales no es ilegal ni arbitrario.”²⁹

- b) Una Soldado de Tropa Profesional interpone un recurso de protección en contra del Comandante en Jefe del Ejército por haber cometido, según entiende la recurrente, actos arbitrarios en vulneración de los derechos consagrados en los artículos 19 número 1, 2, 3 y 4, y 16, de la Constitución Política de la República, además de tratados internacionales suscritos por nuestro país, el que fue rechazado, siendo apelado por las afectada. De este recurso, mientras se encontraba pendiente la apelación, derivó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional del artículo 57 ter letra b) de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.

Los argumentos del rechazo son similares a los esgrimidos en la acción de protección antes señalada, indicando la corte –considerando quinto- que en el caso en análisis que: *“...lejos está de darse el requisito esencial del recurso, esto es, la comisión de un acto arbitrario e ilegal por la voluntad de una persona, en este caso la autoridad recurrida, si se considera que ella, consciente de la situación producida, obró con el mayor cuidado que le era exigible al decidir poner término a los contratos una vez obtenido el pronunciamiento de parte de la autoridad competente para ello, la Contraloría General de la República, que determinó la forma como debía actuarse al respecto. No hay por tanto un acto de mera voluntad o capricho, carente de fundamento y razonabilidad, sino por el contrario, una decisión que ha sido tomada al amparo de la ley vigente según el parecer de la autoridad llamada a controlar la legalidad de sus actos.” Como también que “...no pudiendo dejar de reconocerse la trascendencia de la materia planteada por las recurrentes, el presente recurso no es el medio idóneo para dar una adecuada solución al conflicto, puesto que considerando que esta acción constitucional fue concebida como un pronto remedio ante la afectación de derechos constitucionales indubitados, es precisamente esta última condición la que no concurre, toda vez que el derecho que invocan no encuentra correspondencia en la normativa que rige la relación laboral acordada entre recurrentes y recurrida, según lo resolvió una autoridad actuando en el ámbito de sus facultades.”³⁰*

²⁹ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Rol 507-2014, de fecha 20 de enero de 2015. Voto de prevención..

³⁰ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Recurso de protección Rol 65648-2014, sentencia de fecha 19 de enero de 2015.

- c) Tal como se señalara previamente, mientras se encontraba sustanciando la acción de protección, se presentó un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad al amparo del artículo 93 N° 6 de la Carta Fundamental, bajo el Rol N° 2796-2015 en el que el Tribunal Constitucional declaró inaplicable por inconstitucional el precepto para el caso en análisis, el que puede preliminarmente sintetizarse, de la siguiente forma: “En la práctica se ha entendido que el artículo 57 ter, letra b), de la Ley N° 18.948 no permite aplicar el fuero laboral a una soldado profesional más allá de los cinco años que puede durar en el cargo. Vale decir, al vencimiento de este plazo, aún encontrándose pendiente el período de protección maternal, la funcionaria embarazada tendría que ser desvinculada de la institución. Bajo este criterio, la indicada norma legal se prestaría para restar a estas servidoras de aquella legislación protectora de la maternidad que impera, en plenitud para todas las demás mujeres -trabajadoras y funcionarias- que se encuentran en su misma situación. Habida cuenta de que la inaplicabilidad por inconstitucionalidad puede derivarse del texto legal examinado o de las particularidades de su ejecución en la práctica, en este concreto caso aparece que la norma cuestionada se encuentra en la segunda situación planteada, al prestarse para dejar a las requirentes en una posición desmedrada, por la vía de sustraerlas injustificadamente de una preceptiva común y general -sobre el fuero laboral que protege la maternidad-. Por lo anterior, la aplicación de la letra b) del artículo 57 ter de la Ley N° 18.948 resulta inconstitucional, puesto que menoscaba el derecho de igualdad ante la ley que reconoce el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental”.

Sin perjuicio de que el intérprete último de la Carta Fundamental accediera a la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la Excma. Corte Suprema, resolvió, con conocimiento del estándar establecido por el Tribunal Constitucional, rechazar la acción de protección, resolviendo – considerando tercero- en la sentencia Rol N° 1.615-2015. que “...como se observa, se discute entre las partes de este recurso sobre la procedencia de aplicación de las normas referidas al fuero maternal respecto del personal de tropa profesional más allá del máximo de duración de su servicio establecido en la ley, controversia que, según se ha fallado por esta Corte, atendida su naturaleza no corresponde a una materia que pueda ser dilucidada por medio de la presente acción cautelar, ya que ésta no constituye una instancia de declaración de derechos sino que de protección de aquellos que, siendo preexistentes e indubitados, se encuentren afectados por alguna acción u omisión ilegal o arbitraria y por ende en situación de ser amparados, presupuesto que en la especie no concurre; y, en el considerando cuarto que “...en virtud de lo razonado el presente recurso de protección no está en condiciones de prosperar, sin perjuicio de otras acciones y derechos que pudieren corresponder a las recurrentes”.³¹

³¹ Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad al amparo del artículo 93 N° 6 de la Carta Fundamental, bajo el Rol N° 2796-2015.

4. El ordenamiento jurídico interno se enmarca dentro de los estándares internacionales de protección de derechos fundamentales.

Debido a la constante influencia del diálogo existente a nivel jurisdiccional y atendido el constante avance de las interrelaciones jurídicas derivadas de la globalización e internacionalización del derecho dentro del ámbito jurisdiccional interno como también respecto de órganos no jurisdiccionales, es preciso insertar en el presente análisis la forma en que el derecho constitucional moderno ha ampliado el objeto de su estudio, debiendo extender sus recursos, concibiendo a la Constitución no sólo como una norma política, sino también como norma jurídica, dirigida a los órganos del Estado y a la sociedad en su conjunto.

Para poder arribar a la conclusión anterior es necesario citar al respecto a Guastiani³² quien nos señala que *“el primer aspecto de constitucionalización es la idea de que la Constitución es un conjunto de normas vinculantes... uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión, en sentido de la cultura jurídica, de la idea (...) de que cada norma constitucional –independiente de su estructura o contenido normativo- es una genuina norma jurídica, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos”*.

Es por ello que esta nueva concepción de Constitución nació por la necesidad de proteger los derechos fundamentales, protección que sólo resulta efectiva mediante la exigencia que deben tener los jueces y operadores de la Carta Fundamental para aplicar de manera correcta y efectiva las normas y principios que ella contiene a través del ejercicio del control convencionalidad y, del mismo modo, comprender que los preceptos que ella contiene no sólo resultan obligatorios para los órganos del Estado, sino que también a las relaciones de los ciudadanos en su conjunto, permitiéndoles reclamar por violaciones o amenazas a sus derechos no sólo ante los órganos que ejerzan jurisdicción sino que también a todos los integrantes de la Administración estatal.

Resulta pertinente indicar que los preceptos constitucionales se encuentran regidos por valores, principios y reglas por lo que su interpretación tiene sus particularidades, en consideración al predominio de los principios por sobre las reglas.

Ahora bien, tal como se indicare preliminarmente en el desarrollo del presente análisis, en el año 1948 las Naciones Unidas aprueban la Declaración Universal de los Derechos Humanos, primera que contiene una declaración explícita del principio de igualdad entre los sexos. Así, su considerando quinto se refiere a la “reafirmación de la fe de los pueblos de las Naciones Unidas en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres” y su artículo 2° N°1 dispone que “toda persona tiene los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición”.

³² Guastiani, 2010, pp 160-161.

Tal como señala Consuelo Gazmuri³³ este reconocimiento sólo se logró gracias a una ardua lucha de cuatro mujeres que, como delegadas plenipotenciarias de sus respectivos países, firmaron la Carta de las Naciones Unidas. Fueron también ellas quienes lograron modificar el título original de la Declaración, “Declaración Universal de los Derechos del Hombre” por el definitivo: “Declaración Universal de los Derechos Humanos”. Posteriormente, en el año 1979 se aprobó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Ella significó el reconocimiento internacional de que *“las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones”* y que *estas discriminaciones “violán el principio de igualdad de derechos y el respeto de la dignidad humana (...) dificultan la participación de la mujer en las mismas condiciones que el hombre en la vida política, social, económica y cultural”*³⁴.

Sobre dicho aspecto, deben destacarse las siguientes disposiciones de la citada Convención, y que dicen relación con el tema en análisis y que, de su lectura, resulta dable inferir que sus disposiciones no fueron respetadas en el caso de la especie, toda vez que, producto de una interpretación estrictamente legal formulada por la Contraloría General de la República, el Ejército, en cumplimiento del mandato constitucional de que los dictámenes resultan obligatorios y vinculantes, debió, contrario a las normas de derechos fundamentales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico en virtud del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, desvincular a Personal Femenino de Soldados de Tropa Profesional, amparadas por normas de protección a la maternidad, a saber:

1.- Artículo 2° Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir por todos los medios apropiados, y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.

2.- Artículo 11.- 1.- Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

a) El derecho al trabajo, como derecho inalienable de todo ser humano.

b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo

c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio y el derecho a la formación profesional y al

³³ Gazmuri (2004), p. 24.

³⁴ Preámbulo de la Convención, considerando 3°.

readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional y el adiestramiento periódico.

d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo.

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

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

3.- 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.

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

c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

En ese orden de ideas, y para el objeto del presente estudio, preciso resulta enunciar el método en virtud del cual descansa el presente análisis, cual es, el método comparado, que consiste en dar significado a las normas constitucionales sobre la base de la comprensión dada a normas jurídicas similares en otras constituciones, tratados internacionales o jurisprudencia de los tribunales internacionales de justicia.

A ese respecto la interpretación es la producción del sentido del texto constitucional³⁵: la producción del sentido es la norma y el texto sobre el que se produce es el enunciado normativo, la disposición. En toda interpretación hay una actividad creadora de derecho, ya que el exégeta jurídico imputa un significado a la disposición que es objeto de la actividad hermenéutica, entre diversos significados posibles³⁶.

³⁵ Pica, 2006, p.151.

³⁶ Nogueira, 2006^a, p.151.

Ahora bien, en nuestra realidad práctica, es necesario indicar que el Tribunal Constitucional si bien no es el único autorizado a interpretar la Carta Fundamental, si es su intérprete final³⁷, por lo que el contenido de sus sentencias debe considerarse como la guía suprema en las materias abordadas respecto de todos los demás tribunales³⁸.

Por ello, acorde con lo señalado por el Tribunal Constitucional Chileno³⁹ la interpretación debe tener presente aquellos elementos axiológicos que se desprenden de la Carta Fundamental para una adecuada inteligencia de lo que se expresa en ella, razón por la que, según Cea Egaña “en la ley suprema, los valores son innumerables y correcto sería aseverar que no hay precepto alguno de ella que no exprese un valor, no lo asuma, esté implícito en ella, o por último, no sea posible derivarlo de su contexto, del alma de la Constitución (...) si todas y cada una de sus normas cristalizan o albergan valores, también ha de ser desentrañado su sentido y alcance para aplicarlas, ciñéndose a los imperativos que ellas contienen”⁴⁰.

En lo que dice relación con el presente análisis, es necesario indicar que el papel que juegan los elementos axiológicos en la interpretación constitucional aportan vitalidad al texto constitucional en cuanto colaboran a desentrañar y explicitar su verdadero sentido y espíritu, elementos que han sido recogidos de manera amplia por el derecho comparado, tanto por la doctrina como también por la jurisprudencia, por lo que “el rol del interprete consiste en extraer del enunciado constitucional aquello ya presente en el mismo, aún bajo las nociones de valores o principios, que pueden ser todo lo imprecisos que se quiera, pero no por ello menos palpables, para ampliar o restringir sus alcances a aspectos no contemplados con anterioridad, e incluso para extenderse a horizontes no previstos por el constituyente original”⁴¹

Dable resulta precisar que la influencia y la presencia cada vez más intensa de todas las áreas del Derecho Internacional en el derecho interno y, particularmente, del Derecho Internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, ha generado un cambio de paradigma en la estructura de fuentes del derecho interno y, especialmente, en el Derecho Constitucional⁴². Este cambio no es reciente, sino que ha venido produciéndose lentamente gracias a la irradiación normativa del Derecho Internacional de los derechos humanos sobre el Derecho Constitucional⁴³.

Tal como lo indica Angelo Antonio Cervati⁴⁴ “la idea de Constitución como una realidad compleja, como proceso abierto que se desarrolla a múltiples niveles

³⁷ Carreño y Jaraquemada, 2010, p.407.

³⁸ Carreño y Jaraquemada, 2010, p.407.

³⁹ Véase Considerando Sexto de la sentencia rol N° 325 de 2001 del Tribunal Constitucional Chileno.

⁴⁰ Cea, 1992, pp 91-94.

⁴¹ Carreño y Jaraquemada, 2010, p.408.

⁴² DÍAZ ALARCÓN (2015), pp. 39.

⁴³ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo: “El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público”, en: Revista *Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 1 (2006), pp. 117-154.

⁴⁴ Cervati, 2006, p. 310.

y garantiza la participación de un número cada vez mayor de personas, unida a la convicción de que ningún orden constitucional (...) como sistema de dogmas jurídicos y de orientaciones valorativas, puede ser considerado hoy como una estructura enteramente cerrada respecto al exterior (...)"

En ese sentido continúa indicando Cervati, basándose en los planteamientos de Häberle que existen ordenamientos jurídicos no homogéneos entre sí, coloca en el centro de su reflexión un conjunto de valores, sobre cuya importancia no puede coincidirse enteramente, pero sobre los cuales es fundamental que la discusión se mantenga abierta, ya que sólo así puede surgir la alternativa, sólo así puede desarrollarse otra orientación del derecho constitucional y se evita la imposición definitiva de un solo modelo, por lo que se deriva en la construcción de un derecho constitucional supranacional, que estime la perspectiva sistemática que deriva de la consideración de las experiencias jurídicas de las democracias liberales occidentales y de las reflexiones sobre los valores que han caracterizado hasta el presente su modelo de pluralismo.

En ese entendido, es necesario considerar que las normas constitucionales tienen todas –sin distinción- plena eficacia vinculante, incluidas especialmente, las que estipulan derechos fundamentales de las personas (eficacia directa de la Constitución), y que son susceptibles de producir efectos jurídicos inmediatos, sin necesidad de mediación legal de ningún tipo⁴⁵.

Es por ello que la dinámica de los derechos humanos crea diversas interacciones entre el orden jurídico internacional y el orden jurídico interno y, al mismo tiempo, provoca diversas relaciones entre el Estado y el individuo, lo que sumado a la naturaleza expansiva y evolutiva de los derechos fundamentales que con el devenir del tiempo, se han generado marcos regulatorios de protección hacia ellos como el principio pro homine, máxima que informa en definitiva que la Constitución debe ser comprendida en un marco integral, esto es, que sus disposiciones deben ser armonizadas con el resto del ordenamiento jurídico, efectuando una interpretación correlacionada de las normas que lo componen, haciendo prevalecer las atribuciones y competencias que a cada órgano se le confieren, realzando no sólo la supremacía normativa sino que también ideológica, pudiendo de esa manera dar eficacia a las disposiciones constitucionales que permitan en definitiva dotarla de una fuerza vinculante tanto para gobernantes y gobernados y de esa forma, dar realce a la persona humana y su dignidad, estableciéndola como ente rector de toda la actividad política, económica y social.

Es por lo anterior que, mediante la labor interpretativa se intenta conciliar la norma más favorable al ejercicio de las libertades y al límite el ejercicio del poder, pudiendo incluso derogarse una norma al no conformarse con el espíritu de la Constitución.

Ahora bien, atendido a que los derechos humanos surgen como una garantía de protección frente al ejercicio del poder por parte del Estado, resulta preciso que para el ejercicio de dicha protección, mediante la labor interpretativa se tenga en conocimiento y pueda utilizarse de manera efectiva jurisprudencia extranjera e internacional no vinculante, además de la propia, situación que posibilita la expansión y riqueza de la argumentación constitucional, fortaleciendo

⁴⁵ UGARTE CATALDO (2007), pp. 54.

la calidad argumentativa de las sentencias. En ese sentido, y tal como lo señala Nogueira⁴⁶, la mayor parte de la doctrina justifica la investigación y la consideración de precedentes extranjeros, de otros países internacionales no vinculantes, por parte de las jurisdicciones constitucionales en virtud del uso de argumentos similares ante hipótesis jurídicas análogas en contextos homologables, lo que permite adoptar un razonamiento jurisprudencial como argumento de refuerzo de una decisión o como criterio básico para adoptar una resolución, en virtud de la similitud de los cuerpos normativos y de la cultura jurídica, o por el hecho de haber resuelto la misma materia otro tribunal al que se le reconoce prestigio o autoridad con anterioridad al tribunal que la considera en su sentencia⁴⁷.

Si bien es cierto que el argumento comparado y la solución jurisprudencial según refiere Nogueira⁴⁸, no es fuente del derecho ni tiene una eficacia vinculante, sólo constituye un enriquecimiento de la perspectiva hermenéutica del juez constitucional nacional, una apertura con discernimiento crítico al derecho extranjero posibilita una mejor comprensión de la propia constitución y de la propia tradición constitucional, posibilitando una mejor comprensión de instituciones comunes y valores compartidos, posibilitando abrirse a nuevas perspectivas, siendo entonces el precedente extranjero útil y retenido tanto para determinar una compatibilidad como para determinar un desacuerdo de alcance y sentido suficientemente argumentado, como asimismo, para estructurar soluciones jurídicas con método y estructura similar al del derecho comparado.

La recepción de las jurisprudencias puede no reposar en ningún principio jurídico, siendo una práctica corriente, cuando se invocan, según indica Nogueira⁴⁹ en el caso de nuestro Tribunal Constitucional, referencias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o cuando considera otras resoluciones de otras cortes o jurisdicciones constitucionales, no encontrándose obligados a realizar dicha comunicación interjurisdiccional, ya sea a través de referencias directas en el cuerpo de la sentencia propiamente tal o en votos concurrentes o disidentes.

Similar criterio ha sostenido Rodrigo Brito Melgarejo⁵⁰ al señalar que la aplicación práctica del derecho comparado es, sin duda, uno de los factores que han hecho que la comparación jurídica sea revalorada debido a que el uso de los estudios comparativos con fines que traspasan el ámbito teórico y que pueden ser positivizados ha ocasionado que, cada vez con mayor frecuencia, los operadores jurídicos recurran a ellos para encontrar soluciones a los problemas que enfrenta, pues a través de la interpretación que realizan dotan de significado a las disposiciones legislativas con el fin de obtener las normas que deben aplicar en el momento en que llevan a cabo sus funciones.

Por ello, si bien el intérprete por excelencia es el juez⁵¹, se ha considerado al derecho comparado como una herramienta útil en procesos interpretativos y han

⁴⁶ Nogueira, 2013, p. 224.

⁴⁷ Maus, 2009, p. 684

⁴⁸ Nogueira, 2013, p.225.

⁴⁹ Nogueira, 2013, p.228.

⁵⁰ Brito Melgarejo, 2010, p. 5.

⁵¹ Pizzorusso, 1998, p.156.

comenzado a interactuar con otros órganos de control, tomando en referencia los casos resueltos en otros países y ofreciendo sus propios razonamientos para participar en un diálogo entre jueces, lo que en definitiva permite afirmar que los procesos de integración global e internacional están afectando no sólo las relaciones sociales y económicas, sino también los procesos de decisión judicial alrededor del mundo, particularmente en los tribunales de última instancia (L'Heureux-Dubé, 1998, p. 17).

Siguiendo esa línea, para el profesor Humberto Nogueira “en el ámbito regional americano la interacción entre derecho constitucional y derecho internacional de los derechos fundamentales o humanos adquiere una dimensión especial y más estrecha, constituyendo una verdadera fusión y un único sistema de derechos, los cuales se alimentan de la fuente interna constitucional y de las fuentes internacionales, incorporándose estas últimas generalmente como parte del bloque constitucional de derechos”⁵².

Ahora bien, los Estados, como sujetos de derecho internacional, tienen el deber de aplicar internamente las obligaciones contraídas en los tratados internacionales de derechos humanos. Si bien todo tratado genera obligaciones y derechos a favor de los Estados que los ratifican, dichas circunstancias varían y adquieren un rol central dentro de los ordenamientos jurídicos en la medida que versen sobre derechos de la persona humana, y particularmente en nuestro ordenamiento jurídico, donde aquellos constituyen un límite a la soberanía estatal. Sin embargo, en la actualidad ya no basta con la mera incorporación formal de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que para dar cumplimiento a sus imperativos se requiere de un esfuerzo mayor por parte de las jurisdicciones nacionales⁵³.

Consecuente con lo expresado, y debido a que en el caso de la especie no se respetaron máximas de protección de derechos fundamentales consagrados en diversos tratados internacionales suscritos por Chile, en las que sus disposiciones no fueron respetadas, toda vez que, producto de una interpretación estrictamente legal formulada por la Contraloría General de la República, el Ejército, en cumplimiento del mandato constitucional de que los dictámenes resultan obligatorios y vinculantes, debió, contrario a las normas de derechos fundamentales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico en virtud del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, desvincular a Personal Femenino de Soldados de Tropa Profesional, amparadas por normas de protección a la maternidad.

En ese entendido, es menester señalar que la necesidad de cumplir lo dispuesto en un tratado es concordante con las normas imperativas de derecho internacional general que emanan de la convención de Viena sobre derecho de los tratados, situación que implica, además, que este debe dar aplicación efectiva al derecho internacional en el derecho interno mediante la creación de normas o

52 Nogueira Alcalá, Humberto, “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos por el tribunal constitucional chileno en el período 2006-2010”. En: El Diálogo Transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Interamericanas de Derechos Humanos. Santiago: Librotecnia (2012) p. 192.

53 Díaz Alarcón (2015), pp. 41.

tomando medidas que se ajusten al compromiso asumido y derogando aquellas incompatibles con los mismos⁵⁴.

En efecto, conforme a las normas del *ius cogens*, a una interpretación armónica de las disposiciones contenidas en los artículos 1.1, 2 y 29 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que aparece el control de convencionalidad, como una obligación que asiste a los Estados parte de la misma.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere a este mandato bajo la denominación de “control de convencionalidad” en la sentencia del caso *“Almonacid Arellano vs. Chile”*, señalando textualmente: *“La Corte es consciente que los jueces y tribunales están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*⁵⁵. La Corte extiende la señalada interpretación indicando que *“Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”*⁵⁶.

Resulta pertinente al efecto citar una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, enmarcada en una acción de protección, ROL 461-2012, la cual dispone: *“Que previo a entrar al fondo del presente recurso, se hace necesario dejar establecido que los Estados tienen las obligaciones de respetar los derechos y garantizarlos. En ese sentido[...] No basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (Corte D.H. Caso Ximenes Lopes, 4 /7/2006. Digesto de Jurisprudencia, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Enero de 1984 —febrero de 2012, Nicolás Espejo Yaksic— Carla Leiva García, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Santiago 2012, pág. 17).*

En la misma línea de respetar -y según obra citada- precisa en otro fallo, que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello están

54 Díaz Alarcón (2015), pp. 41.

55 Corte IDH. 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 164 *“Almonacid Arellano y otros vs. Chile”*.

56 Corte IDH. 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 164 *“Almonacid Arellano y otros vs. Chile”*.

obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico [...] Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias. Los jueces y los órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (*CIDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 26/11/2010*). *Respecto de la obligación de garantizar los derechos, dicha Corte, en la misma obra ya citada ha señalado que esta obligación no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (CIDH. Caso Masacre de Pueblo Bello, 31/ 1/2006)*⁵⁷.

En la línea argumentativa expresada es que los operadores jurídicos tienen la obligación de interpretar y aplicar el derecho internacional válidamente incorporado al derecho interno, de acuerdo a los principios de buena fe y cumplimiento de las obligaciones válidamente contraídas por el Estado. Así, la jurisdicción constitucional debe hacer el esfuerzo máximo de armonizar las normas de fuente interna con las normas incorporadas al derecho interno y de fuente internacional⁵⁸. El constitucionalismo contemporáneo, tal como señala Nogueira, tiene como fundamento la dignidad de la persona humana y el respeto y promoción de los derechos fundamentales, constituyendo el Estado, en cuanto potestad pública, un instrumento al servicio de las personas y del bien común⁵⁹. Así, los derechos humanos constituyen el faro orientador de la acción del Estado y un límite infranqueable a su actuar. En el caso chileno, ello es aún más evidente, ya que dentro del Capítulo I de bases esenciales de la institucionalidad, el artículo 5° inciso 2° determina que la soberanía, es decir, la potestad estatal en sus diversas manifestaciones, tiene como límite los derechos esenciales de la persona humana⁶⁰.

En consecuencia, es en cumplimiento de las obligaciones internacionales que asisten al Estado, y por disposición de la propia Constitución, que los tratados internacionales y convenciones que versen sobre derechos esenciales de las personas, vigentes y ratificadas por Chile debieran formar parte del test de convencionalidad. Esto significa, en términos prácticos, que los tratados internacionales de derechos humanos están al mismo nivel que la Constitución,

⁵⁷ Corte de Apelaciones de Temuco. 10 de julio de 2012, protección 461-2012. “Ignacio Cañumir Dumihuala con Ilustre Municipalidad de Lonquimay”.

⁵⁸ Becerra Ramírez, Manuel. La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. La perspectiva del derecho internacional. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam. México, p. 298.

⁵⁹ Nogueira Alcalá, Humberto. “El Constitucionalismo Contemporáneo y los Derechos económicos, sociales y culturales”, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Año 1 N° 1. Santiago de Chile: Universidad de Talca, 2003, pp. 137-141.

⁶⁰ Nogueira Alcalá, Humberto. “Enfoques sobre interpretación constitucional y jurisdicción constitucional”, en: Temas actuales de Derecho Constitucional. Asociación Chilena de Derecho Constitucional, 2009, pp. 174-175.

conformando el “bloque de constitucionalidad”, lo que debe entenderse de la manera siguiente: La Constitución Nacional más todos los instrumentos de derechos humanos vigentes y ratificados por Chile, se integran y articulan en un sistema normativo conjunto y común, que tiene supremacía sobre todo el ordenamiento infraconstitucional, razón por la cual el juez del Tribunal Constitucional a la hora de resolver sobre la inaplicabilidad o la inconstitucionalidad de un precepto debe armonizar e integrar y complementar la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicando la norma que otorgue más derechos y libertades al justiciable en virtud del principio *pro homine*, pero nunca podrá invocar una norma constitucional para dejar de aplicar una norma convencional internacional, ello en razón de que está vedado por el artículo 27 de la Convención de Viena⁶¹.

Por tanto, el control de convencionalidad implica, en primer término, tratar de armonizar la norma nacional con la convencional; lo cual significa realizar una interpretación conforme de la norma nacional con la Convención, sus protocolos y la jurisprudencia convencional (como estándar mínimo), para desechar aquellas interpretaciones contrarias o incompatibles al parámetro convencional; por lo que, en realidad, se realiza un control de la interpretación que no cubra dicho parámetro. Este ejercicio de compatibilidad lo puede realizar cualquier juez dentro de sus respectivas competencias, quedando reservada la inaplicación o invalidación de la norma por inconvencional, exclusivamente a los jueces que dentro del sistema nacional tengan competencia para ello⁶².

El Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia rol N° 1340-2009 que las normas contenidas en instrumentos internacionales sobre derechos humanos son aplicables tanto por los tribunales ordinarios, como por el Tribunal Constitucional, y que este último no tiene el monopolio de la promoción y protección de los derechos humanos, así como debe ser posible la armonización entre la ley y el tratado, sin que medie la Constitución⁶³, y que el juez requirente, y todos los jueces ordinarios están habilitados para realizar esta tarea.

61 González Villa, Diego. ¿El control de convencionalidad altera el marco de la supremacía constitucional? Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados “Democracia y Derechos”, Argentina. [citado el 27 de octubre de 2012]. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deintereses/derecho-constitucional-diego-gonzalez-vila.pdf>

62 Díaz Alarcón (2015), pp. 61.

63 TC. Rol N° 1340-2009. Señalan los jueces disidentes: “Que, por otra parte cabe considerar que el deber de respeto y promoción a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que estén establecidos en tratados internacionales ratificados por nuestro país y vigentes es un mandato para los “órganos del Estado”. Pero dicho mandato lo deben cumplir desde sus propias atribuciones. El Artículo 5, inciso segundo, de la Constitución Política, no es una habilitación de potestades para que cualquier órgano del Estado, bajo el pretexto de invocar su obligación de respeto y promoción, exceda o invada la competencia de otros órganos del Estado. Por lo demás, este mandato no es solo para el tribunal constitucional. Este no tiene el monopolio de la promoción y respeto de los derechos esenciales consagrados en los tratados internacionales. En tal sentido, los jueces encargados de resolver la gestión pendiente tienen más que una orientación para buscar una salida al conflicto interpretativo que nos ocupa y que concilie los textos legales con los preceptos internacionales. En el presente caso, a juicio de estos disidentes, puede perfectamente armonizarse la ley y los tratados, sin poner entre medio la Constitución”.

Ahora bien, es deber del Tribunal Constitucional, como intérprete último de la Constitución y órgano autónomo del Estado, el incorporar por vía convencional a los tratados internacionales pues la Constitución no establece sino que reconoce derechos preexistentes, preconstitucionales⁶⁴, y la enumeración contemplada en el Artículo 19 no reviste carácter taxativo⁶⁵, por tanto es menester la incorporación por vía convencional de aquellos derechos que no estén comprendidos en ella. Por ello, lo lógico es que el individuo goce de una protección integral y en ese sentido el Estado, como entidad creada para representar y salvaguardar la integridad de sus integrantes, sus derechos y libertades, debe, en este sentido, establecer el estándar más alto de protección, ya sea, fijándolo él mismo si no lo tiene, igualando aquel más elevado⁶⁶, en este caso, a la luz del derecho internacional de derechos humanos.

En otro orden de ideas, pero directamente relacionado con los efectos de la presente investigación, es menester tener en consideración lo planteado por el profesor Claudio Nash, que señala que “se incorpora como órgano competente para realizar el control de convencionalidad a toda autoridad pública, ampliando el ejercicio desde el Poder Judicial a todos los órganos públicos”. Para arribar a dicha consideración el autor analiza el párrafo 239 de la sentencia que pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Gelman vs. Uruguay”, entre lo que puede destacarse que para un adecuado control de convencionalidad “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley⁶⁷”.

A su turno, señala Camila Díaz Alarcón en su artículo “El control de convencionalidad y los órganos involucrados en su aplicación en el ámbito interno”, citando al ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Antonio Cancado Trindade que, dada la actual multiplicidad de los tratados e instrumentos de protección, no llega a sorprender que la interpretación y aplicación de ciertos dispositivos de un determinado tratado de derechos humanos sean a veces utilizadas como orientación para la interpretación y aplicación de dispositivos correspondientes de otro tratado de derechos humanos⁶⁸, y que ante esta multiplicidad de fuentes protectoras existentes en materia de derechos humanos, es la misma Convención la que entrega una respuesta respecto de la forma de aplicación de las mismas en su artículo 29, al establecer que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de que limite el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los

⁶⁴ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. La internalización del Derecho Constitucional. Estudios Constitucionales, Año 5 N° 1, Universidad de Talca, Año 2007. P. 230.

⁶⁵ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, de los derechos y deberes Constitucionales, tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 27.

⁶⁶ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2012). p. 232.

⁶⁷ Corte IDH. *Gelman vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011, párr.239

⁶⁸ CANCADO TRINCADE. (2006)

Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados .

Continúa señalando Camila Díaz Alarcón que el artículo de la convención es un mandato de armonización de la Convención junto con las demás Convenciones que haya ratificado el Estado en cuestión. Por tanto, la Convención se trataría de un estándar mínimo para que, en todo caso, sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la Convención Interamericana, y, con mayor intensidad, a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana; estándar que las propias constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también formen parte del “bloque de convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales u otros que hayan sido ratificados.

En otras palabras, señala la precitada autora que el parámetro del control de convencionalidad (que como mínimo comprende la Convención, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte), puede ser válidamente ampliado en sede nacional cuando se otorgue mayor efectividad al derecho humano en cuestión. Por lo tanto, no se trata estrictamente de un control de compatibilidad únicamente con la Convención, sino que es o debería ser un control de la compatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos incorporado y vigente. El control de convencionalidad, por tanto, simplemente traduce la obligación convencional de los Estados de respetar y cumplir con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos que el Estado haya suscrito y ratificado⁶⁹.

Consecuente con ello, y siguiendo la línea argumental planteada por Camila Díaz Alarcón, resulta preciso dar un concepto de control de convencionalidad, definiendo a este como: *“Un control normativo que debe ser ejercido en el ámbito interno por todo órgano estatal, ejerza o no jurisdicción, en virtud del cual se contrastan las normas que constituyen el llamado “corpus iuris convencional de derechos humanos” con las disposiciones de derecho interno, procurando -en su ejercicio- aplicar aquella norma que mejor proteja los derechos fundamentales de las personas”*⁷⁰.

Tal como se ha señalado precedentemente, la noción y aplicabilidad del control de convencionalidad ha ido variando a través del tiempo mediante la evolución jurisprudencial de la CIDH la que ha determinado que no sólo el Poder Judicial se encuentra llamado a ejercerlo, sino que también órganos no jurisdiccionales.

Tal como señala Díaz Alarcón, la referencia a los órganos no jurisdiccionales se explica por la amplitud del mandato de la Convención en sus arts. 1.2, 2, 27 y 29 y la interpretación que de ella ha efectuado la CIDH en el ejercicio de sus atribuciones al dictar sentencias⁷¹, dado que la obligatoriedad del ejercicio del control de convencionalidad se extiende a todo órgano del Estado y

⁶⁹ AGUILAR CAVALLO (2012), p.506.

⁷⁰ DÍAZ ALARCÓN (2015), p. 47.

⁷¹ DÍAZ ALARCÓN (2015), p. 48.

no solo a aquellos que ejercen jurisdicción. Dicho razonamiento es defendido por algunos autores, por ejemplo Henríquez Viña que señala “tal control normativo debería ser efectuado por todos los órganos del Estado, pero especialmente por todos los jueces nacionales...⁷²”; Nash, estima que “el control de convencionalidad es realizado por los agentes del Estado y principalmente por los operadores de justicia (jueces, fiscales, defensores) al analizar la compatibilidad de las normas internas con la CIDH” agrega -además- que “las consecuencias de este análisis dependen de las funciones de cada agente estatal y, por tanto, esto no implica necesariamente la facultad de expulsar normas del sistema interno⁷³”.

Los Estados Parte están obligados a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y a todas las personas sometidas a su jurisdicción los derechos asegurados por un instrumento internacional ratificado por este, por tanto, las obligaciones de la Convención son vinculantes para todos los Estados Parte en su conjunto, e involucra a los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y otras autoridades públicas o estatales, a cualquier nivel que sea, nacional, regional o local están en condiciones de asumir la responsabilidad del Estado Parte.

Dado lo expresado, resulta necesario sintetizar que la obligación de ejercer un “control de convencionalidad” y, consecuentemente, de respetar las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados y demás fuentes del derecho internacional, se extiende a todos los órganos del Estado, no obstante que aquel tiene, por regla general, como destinatario natural, a los tribunales de justicia.

Lo esencial de aquel control es hacer aplicable aquella norma que de mejor manera tutele los derechos fundamentales⁷⁴, lo que se conoce como principio “*pro homine*”⁷⁵, principio que lleva a aplicar siempre la disposición más amplia o favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento, regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el o los derechos esenciales o fundamentales del ser humano, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de Derecho Internacional de los derechos humanos incorporada al Derecho interno, lo que lleva a la interpretación que mejor favorezca y garantice, optimizando los derechos humanos. En caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja, asegure y garantice los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente a la luz de los valores que los informan⁷⁶.

Por último, habiéndose efectuado una breve reseña de los criterios jurisprudenciales emanados de los Tribunales con competencia en lo laboral,

⁷² HENRÍQUEZ VIÑA, María Lorena (2012) “Análisis de la jurisprudencia recaída en recursos de protección y el control de convencionalidad (1989-2011)” en El Diálogo Transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Interamericanas de Derechos Humanos. Santiago, Librotecna, p. 252.

⁷³ NASH Rojas, Control de convencionalidad,, p. 362.

⁷⁴ SOTO, Víctor. La ratio decidendi y la opinión consultiva en los fallos de Corte IDH como factor vinculante a los Estados parte de la CADH. 11 de octubre de 2012. Disponible en [\[http://www.diarioconstitucional.cl/mostrarticulo.php?id=206\]](http://www.diarioconstitucional.cl/mostrarticulo.php?id=206) Consultado el 20 de octubre de 2012.

⁷⁵ Nogueira Alcalá, Humberto (2012), p. 20

⁷⁶ Nogueira Alcalá, Humberto (2012) p. 205.

como también de las Cortes de Apelaciones, Corte Suprema, Tribunal Constitucional, Contraloría General de la República y el actuar de un órgano integrante de la Administración Estatal –Ejército de Chile-, y en base al análisis doctrinario previamente efectuado, puede vislumbrarse primariamente una dicotomía en la aplicación de estándares de protección de derechos fundamentales de funcionarios estatales, lo que podría configurar, un incumplimiento a las normas internacionales sobre derechos fundamentales y particularmente a las obligaciones que emanan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En efecto, en la situación investigada por medio de este artículo, si bien es cierto que se materializó el ejercicio interpretativo por parte de los órganos que ejercen jurisdicción en materia laboral como también por parte del Tribunal Constitucional del principio pro homine respecto de las servidoras de Tropa Profesional, dable es indicar que el control de convencionalidad no ha sido aplicado en su totalidad por los órganos y estamentos intervinientes en el conflicto de constitucionalidad ya que, tal como hemos analizado en los apartados anteriores, la noción extensiva del concepto sólo fue materia para los Tribunales Laborales mediante los procedimientos de Tutela de Derechos Fundamentales, el fallo del Tribunal Constitucional que declara la inaplicabilidad del precepto de la ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas –artículo 57 TER letra b)- que dispone el retiro absoluto de dicho personal al enterar 5 años de servicios; y por parte del Ejército de Chile mediante la aplicación extensiva de las normas de protección a la maternidad mediante la dictación de un acto administrativo formal.

5. Conclusiones

- 1) De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia analizadas, es posible determinar que el ejercicio del control de convencionalidad corresponde a todos los órganos del Estado, incluyéndose dentro de este ejercicio tanto a los órganos jurisdiccionales como a los no jurisdiccionales, quedando ello de manifiesto en la aplicación extensiva que efectuó el Ejército de Chile de las normas de protección a la maternidad de las Soldados de Tropa Profesional Femeninas mediante la dictación de un acto administrativo formal que materializó el principio pro homine a favor de las servidoras, como también por parte del Tribunal Constitucional a través de la sentencia Rol N° 2796-2015 que mediante la inaplicabilidad del Artículo 57 ter letra b) de la ley N° 18.948, declaró que se vulneraba el principio de igualdad ante la ley consagrado en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental y, los Tribunales Laborales mediante los procedimientos de tutela de derechos fundamentales que accedieron a las pretensiones de las denunciadas, declarando por vía de la aplicación del control de convencionalidad, la protección de los derechos de no discriminación en materia laboral consagrado en el inciso 3° del numeral 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República al igual que el de igualdad ante la ley, toda vez que se les había limitado el reconocimiento de su fuero maternal.

En lo referido al control de convencionalidad, cabe señalar que es una manifestación de la obligación que asiste a los Estados partes de la Convención Interamericana de Derechos Humanos de respetar y promover los derechos fundamentales y el parámetro que deben tener en cuenta los órganos del Estado en el cumplimiento de este deber, por lo que en su ejercicio, no debe tenerse en consideración el tradicional criterio de jerarquía normativa.

En efecto, lo que debe aplicarse para resolver el caso concreto es aquella norma que mejor tutele los derechos fundamentales, sea que esta tenga su origen en el derecho interno o en el derecho internacional, situación que en la especie no se aplicó por la Contraloría General de la República, toda vez que, tal como se reconoció en los razonamientos judiciales de los Tribunales Laborales, las normas que componen el ordenamiento jurídico deben interpretarse de manera armónica y sistemática con la totalidad del ordenamiento jurídico, dentro de los que se encuentran los tratados internacionales que contemplan normas protectoras de derechos fundamentales.

En efecto, tal como indico el Juez del Trabajo de Punta Arenas en los autos RIT N° 11-2015, considerando Trigésimo el criterio sostenido por la Contraloría General de la República y que hizo suyo el Ejército de Chile atendido el efecto vinculante de los dictámenes que el ente de control emite, soslayó por completo el artículo 1° de la Constitución Política de la República, los derechos esenciales de la persona humana y el principio del interés superior del niño y la proscripción de toda forma de discriminación contra la mujer, situaciones que, al igual que lo ocurrido con la Excelentísima Corte Suprema que rechazó la acción de protección interpuesta ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Rol N° 65.648-2014, señalando que la naturaleza de la controversia no permitía que resultare dilucidada por esa vía proteccional dado que no se contemplaba en el ordenamiento jurídico como una instancia de declaración de derechos sino que de protección de aquellos que, siendo preexistentes e indubitados, se encontraren afectados por una acción u omisión arbitraria o ilegal, limitándose a declarar que la acción cautelar no podía prosperar, sin perjuicio de otras acciones que pudieren corresponderle a las afectadas. Lo anterior, sin lugar a dudas constituye un incumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados internacionales suscritos por Chile.

Más aún, tal como ha resuelto la CIDH en el caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, el control de convencionalidad no se trata únicamente de una obligación que asistiría a los jueces nacionales, sino que es una obligación global que involucra al aparato estatal en su conjunto y a todos los poderes que lo componen, tanto órganos jurisdiccionales como no jurisdiccionales, máxime si en el caso en análisis el Tribunal Constitucional, como interprete último de la Constitución, por vía de

inaplicabilidad declaró que el artículo 57 ter letra b) de la ley N° 18.948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas resultaba inconstitucional ya que menoscababa el derecho de igualdad ante la ley que reconoce el N° 2 del artículo 19 de la Carta Fundamental, situación que tanto para la Contraloría General de la República, como para la Corte Suprema -entes estatales- debió haber resultado lógica y aparejada de una protección integral, para salvaguardar la integridad de los derechos de las personas, y por consiguiente de cualquier funcionario, elevando el estándar acorde al derecho internacional de los Derechos Humanos.

De lo expresado, sólo cabe concluir que la jurisprudencia judicial emanada de los distintos órganos que ejercen jurisdicción, de manera expresa han consagrado técnicas interpretativas de derechos fundamentales y han consagrado a los derechos funcionarios de la administración militar y en particular de las mujeres trabajadoras, como derechos fundamentales. Del mismo modo, puede colegirse que el ente de control emite, soslayó por completo el artículo 1° de la Constitución Política de la República, los derechos esenciales de la persona humana y el principio del interés superior del niño y la proscripción de toda forma de discriminación contra la mujer, toda vez que se limitó a efectuar una interpretación estrictamente legal alejada de todo estándar de protección de derechos fundamentales consagrados tanto a nivel Constitucional como por tratados internacionales de derechos humanos.

- 2) Del mismo modo ha podido verificarse que a los funcionarios de las entidades castrenses, y, en nuestro caso, al Personal Femenino de Tropa profesional, se les reconocen derechos subjetivos al señalar el Tribunal Constitucional, en el considerando sexto de la sentencia Rol N° 2029-2011, que “los militares son personas que ejerciendo sus derechos adscriben libremente a una profesión y función pública” y, consecuentemente, en cuanto personas y servidores de la Administración del Estado, tienen todos y cada uno de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza, los que se encuentran reconocidos de manera expresa en el artículo 5° y en el encabezado del artículo 19 de la Carta fundamental. Del mismo modo, se hace un reconocimiento expreso a la existencia de los derechos fundamentales de los militares, señalando sin embargo, que debe modularse el alcance de algunos de ellos, debido a que el ejercicio de la profesión militar reviste de especiales características tales como la condición jerárquica, la disciplina, la obediencia, entre otras.
- 3) Por último, ha sido posible determinar que el ordenamiento jurídico chileno se enmarca dentro de los estándares internacionales de derechos fundamentales atendido a que, particularmente, con el objeto de promover, garantizar y respetar los derechos inherentes a la persona humana, la norma suprema impone, como límite al poder, que los

derechos esenciales o fundamentales detentan una prevalencia respecto de toda otra norma anterior o posterior, obligando a todos los poderes estatales –artículo 5° inciso 2° de la Constitución-, sean aplicados directamente, ya que constituyen parte de la Constitución, y son criterios hermenéuticos preferentes en toda operación de creación o aplicación del derecho.

Es por ello que, puede aseverarse que los derechos fundamentales, son exigibles respecto de todos los órganos y autoridades estatales y también exigibles respecto de todos los particulares, encontrándose incluso limitado el poder constituyente frente a ellos, por aplicación directa del artículo 5 inciso segundo señalado precedentemente, debido a que, una vez incorporados al ordenamiento jurídico, son irreversibles y sólo pueden mejorarse.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, & Contreras Rojas, Cristian. (2007). El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile. *Ius et Praxis*, 13(1), 205-243. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000100008>
2. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 12 N° 1 (2006).
3. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *La internalización del Derecho Constitucional*. Estudios Constitucionales, Año 5 N° 1, Universidad de Talca, 2007.
4. ALDUNATE, Eduardo. “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del Derecho positivo”, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 16 N° 2 (2010).
5. ALEXY R., Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid España, 2002.
6. BECERRA Ramírez, Manuel. *La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. La perspectiva del derecho internacional*. Biblioteca Jurídica Virtual del instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam, CANCADO TRINDADE, Antonio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
7. BERMÚDEZ SOTO, Jorge: Derecho administrativo general. Santiago: Thomson Reuters, 2014.
8. CAAMAÑO ROJO, Eduardo: La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la dirección del trabajo. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII*, 2006, pp. 19-44.

9. CELIS DANZINGER, Gabriel. 2005: "Los derechos constitucionales en la relación laboral", en *Derecho Público Contemporáneo*, año 5, núm. 9, octubre-noviembre, pp. 9-52. [[Links](#)]
10. CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2008.
11. DE VERGOTINNI, Giuseppe. *El diálogo entre tribunales. UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 28, 2011.
12. DÍAZ ALARCÓN, Camila. El control de convencionalidad y los órganos involucrados en su aplicación en el ámbito interno. *Revista de Derechos Fundamentales. Universidad de Viña del Mar*. N° 13 año 2015. pp 37-70.
13. DÍAZ GARCÍA, Luis Iván. 2004: "El efecto horizontal de los derechos humanos", en *Revista de Derecho, Universidad Católica de Temuco*, año 5, núm. 5/2004, pp. 211-222. [[Links](#)]
14. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. (2013). Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso gelman vs. Uruguay). *Estudios constitucionales*, 11(2), 641-694. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200017>
15. GAZMURI, Consuelo, "Los Derechos Fundamentales en la Empresa: Algunas Perspectivas de Género", Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, Santiago, Diciembre 2004.
16. GUASTINI, R. (2010). *Interpretación, Estado y Constitución*. Lima: Ara Editores E.I.R.L. Trad. del italiano por Santiago Ortega.
17. HITTERS, J. C., "¿son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la corte interamericana de derechos humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 10, 2008, pp. 109-128.
18. KELLER, L. 2005. The convention on the elimination of all forms of discrimination against women: evolution and (non)implementation worldwide. *Thomas Jefferson Law Review*, (27): 35-44.
19. MEDINA, Cecilia; NASH. Claudio, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2007.
20. NASH ROJAS, Claudio. 2004: Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago Chile.
21. NASH ROJAS Claudio. 2006: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales. <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/27.pdf>
22. NASH ROJAS, Claudio. 2013. Estudio introductorio: Derechos Humanos y Mujeres, Teoría y Práctica. En: LACRAMPETTE, N. (Ed.) *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 13-32.

23. NASH ROJAS, Claudio. *La concepción sobre derechos fundamentales en Latinoamérica: Tendencias Jurisprudenciales*, México, Editorial Fontamara, 2010.
24. NASH ROJAS, Claudio. *Control de convencionalidad: precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2011.
25. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2012). Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en período 2006-2011. *Estudios constitucionales*, 10(2), 57-140. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200003>
26. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2005: "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales", en *Revista Ius et Praxis*, año 11, núm. 2, pp. 15-64. [[Links](#)]
27. NOGUEIRA, Humberto. *El Diálogo Transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Interamericanas de Derechos Humanos (coordinador) "El control de convencionalidad y el rol de juez nacional como juez de derechos humanos"*, Editorial Librotecnia, 2012.
28. NOGUEIRA, Humberto. "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno" en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2 y 3 (1996).
29. NOGUEIRA, Humberto. "La concepción de Constitución. El bloque de Constitucionalidad de Derechos fundamentales y el control de convencionalidad en la práctica del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de Chile", en: *"Derechos fundamentales: Libro homenaje al profesor Francisco Cumplido Cereceda"*, Santiago, Jurídica de Chile, 2012.
30. NOGUEIRA, Humberto. "Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano", en: *Revista de Derecho, Universidad Católica*, Montevideo, N° 2 (2007).
31. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Enfoques sobre interpretación constitucional y jurisdicción constitucional", en: *Temas actuales de Derecho Constitucional*, Asociación Chilena de Derecho Constitucional, 2009.
32. LIZAMA PORTAL, LUIS Y UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. 1998: *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile. [[Links](#)]
33. REYES RIVEROS, JORGE: *Introducción al derecho administrativo general*. Santiago: Thomson Reuters, 2013.
34. ROTH, B. 2002. The CEDAW as a collective approach to women's right. *Michigan Journal of International Law*, (24): 187-225.
35. SILVA IRARRÁZABAL, Luis Alejandro: *Supremacía constitucional y tutela laboral*, en *Revista de Derecho*, Vol. XXIV, N° 1, julio 2011.
36. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XI, De los derechos y deberes constitucionales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

37. UGARTE CATALDO, José Luis. 2006: "La tutela de los derechos fundamentales del trabajador: notas a propósito del nuevo procedimiento", en *Derecho Laboral, Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, núm. 221, Enero-Marzo, p. 90. [[Links](#)]
38. VALENZUELA, MARÍA TERESA. 2002: "La exigibilidad del principio de no discriminación en el empleo", en *Revista Laboral Chilena*, agosto, pp. 76 y 77 [[Links](#)]
39. VIVANCO, Ángela. *Curso de Derecho Constitucional. Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional, Tomo I*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002.

Publicaciones Electrónicas

40. BILICIC, Tomislav; VALENZUELA, Williams. "Control de Convencionalidad interno o difuso: Bases para una teoría adecuada desde la Constitución Chilena" [en línea], Santiago, *Diario Constitucional* (2012) [Consultado el 27 de agosto de 2012] <http://diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=190>.
41. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano" [en línea], en: *Estudios Constitucionales*, Año 9 N° 2 (2011), pp. 531-622. ISSN 07180195, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca [Consultado el 28 de octubre de 2012] <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf>
42. GONZÁLEZ VILA, Diego. "¿El control de convencionalidad altera el marco de la supremacía constitucional?" en: *Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados "DEMOCRACIA Y DERECHOS* [en línea] Argentina (2011) [Consultado el 27 de octubre de 2012] <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derecho-constitucional-diego-gonzalez-vila.pdf>
43. HENRÍQUEZ, Miriam. "Control de convencionalidad en el Sistema Interamericano: Más dudas que certezas" [en línea] (2012) [Consultado el 27 de agosto de 2012] <http://www.diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=166>
44. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: La sentencia Rol N° 786-2007 del Tribunal Constitucional" [en línea] [Citado el 28 de noviembre de 2012] http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/5n_2_5_2007/20_Los_derechos.pdf
45. SILVA, Luis A. "Objeciones al control de convencionalidad: Una reflexión sobre la sentencia Atala" [en línea] (2012) [Consultado el 20 de septiembre de 2012] <http://www.diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=149>
46. SOTO, Víctor. "La ratio decidendi y la opinión consultiva en los fallos de Corte IDH como factor vinculante a los Estados parte de la CADH", [en línea] (2012) [Consultado el 20 de octubre de 2012] <http://www.diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=206>,

47. *Entrevista Juez del Tribunal Constitucional Domingo Hernández Emparanza [en línea] [Consultado el 10 de noviembre de 2012], http://www.diarioconstitucional.cl/articulo-det.php?id_articulo=3662&id_cat=20*

JURISPRUDENCIA

1. Contraloría General de la República, Dictamen 31000 de 2008.
2. Contraloría General de la República, Dictamen 47790 de 2010.
3. Contraloría General de la República, Dictamen 65743 de 2010.
4. Contraloría General de la República, dictámenes 35.833; 23.518 y 61.363, todos de 2016.
5. Corte de Apelaciones de Iquique, Rol 40-2015.
6. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol 507-2015.
7. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 65648-2014.
8. Corte Suprema, Rol 1737-2015.
9. Corte Suprema, Rol 1615-2015.
10. Corte Suprema, Rol 9381-2012.
11. Corte Suprema, Rol 8680-2011.
12. Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, sentencia en causa RIT T-20-2011.
13. Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, sentencia en causa RIT T-98-2014.
14. Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-70-2010.
15. Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-118-2013.
16. Tribunal Constitucional, sentencia de inaplicabilidad de 8 de enero de 2013, rol N° 2029.11-INA.
17. Tribunal Constitucional, sentencia de inaplicabilidad de 24 de diciembre de 2015, rol N° 2796.15-INA. Corte IDH, 24 de febrero de 2011, Serie C N° 221 “*Gelman vs. Uruguay*”.
18. Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” [Olmedo Bustos y otros] vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73.
19. Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154.
20. Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101.
21. Corte IDH, Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C N° 133.
22. Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C N° 13.
23. Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158.
24. Corte IDH, Caso Boyce y otros vs. Barbados, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C N° 169.
25. Corte IDH, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C N° 126.
26. Corte IDH. Caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile” 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas.) Serie C N° 239.

27. Corte IDH, “Contreras y otros vs. El Salvador”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C N° 232.
28. Corte IDH, Opinión Consultiva 16/99, párrafo 115. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.
29. Corte IDH, Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago. Corte IDH, Caso Gómez-Palomino vs. Perú.
30. Corte IDH, Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago.
31. Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 7766-2009 Caso “Patricia Vásquez con Fonasa”, 24 de noviembre de 2009.
32. Corte de Apelaciones de Temuco Rol 1705-2009 Caso “Mariano Puelman Nanco y otros contra COREMA de la Araucanía”.
33. Corte de Apelaciones de Temuco Rol 545-2010. Caso “Alumnos de la Escuela Blanco Lepín con Policía de Investigaciones”.
34. Corte de Apelaciones de Temuco. 10 de julio de 2012, Protección 461-2012. Caso “Ignacio Cañumir Dumihuala con Ilustre Municipalidad de Lonquimay”.
35. Corte suprema. Rol N° 559-2004. 13 de septiembre de 2006.
36. Corte Suprema, Fallos del Mes N° 446, sección criminal, p. 2.066.
37. Corte Suprema. 29 de diciembre de 2011, Rol 6601-2011, Recurso Casación en el Fondo.
38. Tribunal Constitucional Rol N° 1340-2009.
39. Tribunal Constitucional Rol N° 1.145-2008.
40. Tribunal Constitucional Rol N° 1.361-2009.
41. Tribunal Constitucional Rol N° 740-2007

Instrumentos internacionales

1. Declaración de Beijing y Plataforma de Acción, realizada entre el 4 y el 15 de septiembre de 1995.
2. Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, año 1975.
3. O.E.A. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención Belem do Pará”. Adoptada en la Ciudad Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994.
4. O.N.U. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. “CEDAW”. Adoptada el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.
5. O.I.T. Convenio sobre la igualdad de remuneraciones, año 1951, N° 100.
6. O.I.T. Convenio sobre la protección de la maternidad, año 1952, N° 103.
7. O.I.T. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), año 1958 N° 111.
8. O.I.T. Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, año 1981, N° 156.
9. O.I.T. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, año 1989, N° 169.
10. O.I.T. Convenios sobre la protección de la maternidad, año 2000, N° 183.
11. O.I.T. Protocolo de 1990 relativo al Convenio (revisado) sobre trabajo nocturno (mujeres) 1948, N° P. 089.

12.O.I.T. Recomendación sobre la protección de la maternidad, año 1952.

Sitios Web

1. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La OIT y la igualdad de género [en línea]
<http://www.ilo.org/gender/Aboutus/ILOandgenderequality/lang-es/index.htm>, [consulta: 5 de febrero 2016].
2. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenios actualizados no ratificados por Chile [en línea]
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11210:0::NO::P11210_COUNTRY_ID:102588 [consulta: 5 de febrero 2016].