

Santiago, diez de junio de dos mil veintiuno.

Vistos y considerando:

PRIMERO: Que, comparece [REDACTED] trabajadora, con domicilio [REDACTED] interpone recurso de protección en contra de la **SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL** por la dictación de Resolución Exenta R-01-UJU-127260-2020, de 07 de diciembre de 2020, la cual rechazó la reclamación interpuesta el 17 de noviembre de 2020 en contra de la Subcomisión Poniente-COMPIN Región Metropolitana, que confirmó lo dictaminado por ISAPRE Banmédica S.A., que rechazó su licencia médica de descanso postnatal [REDACTED], por 126 días de reposo a contar del 31 de enero de 2020.

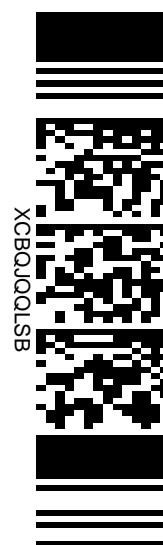
Expone que el 11 de octubre de 2019 recibió la noticia que se encontraba embarazada, sin embargo el 31 de enero de 2020 perdió a su hijo, producto de una insuficiencia placentaria, de 21 semanas de gestación y de 235 gramos de peso; ello fue constatado por la doctora [REDACTED] en dependencias de la Clínica Dávila.

Señala que la licencia médica [REDACTED], por 126 días de reposo, a contar del 31 de enero de 2020, fue rechazada por la Isapre, lo que fue confirmado por la Subcomisión Poniente-COMPIN Región Metropolitana, lo anterior fundado en que su hijo no puede ser considerado para licencia postnatal ya que no pesaba 500 gramos ni tenía 22 semanas de embarazo, sin embargo lo anterior fue enmendado por la profesional mediante certificado de 5 de marzo de 2020 el cual reconoce una edad gestacional de 21+5 semanas.

Indica que ante el rechazo por parte de Isapre Banmédica S.A. es que apeló ante COMPIN, quien confirma el rechazo de la Isapre y, por ello es que recurre ante SUSESO la cual confirma lo dictaminado por la Isapre.

A continuación se refiere al deber de fundamentación o motivación de los actos administrativos y concluye que los actos recurridos son ilegales, arbitrarios y atentatorios con las garantías constitucionales consagradas en los numerales 1, 3 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

En cuanto a la ilegalidad de los actos recurridos señala que no están debidamente fundamentados lo que refleja el actuar caprichoso y que no obedece a principios de la razón, la lógica y las leyes, por cuanto contrarían flagrante el citado artículo 16 del decreto Supremo 3 del año 1984, y que obliga a las ISAPRES que para rechazar una licencia médica debe indicar los fundamentos tenidos a la vista para adoptar la medida. Agrega que el acto recurrido es arbitrario, toda vez que al no encontrarse debidamente fundado refleja que no ha



XCBQJQQLSB

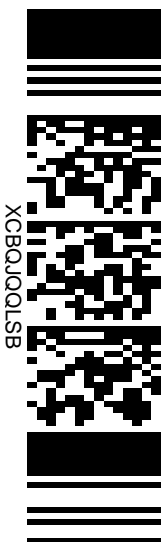
sido adoptado con criterios que puedan considerarse racionales conforme a los hechos, sobre todo por las respuestas que los actos recurridos le dan al peticionario.

Alega que el acto recurrido conculca las garantías consagradas en los numerales 1, 3 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Posteriormente se refiere a las normas relativas a la protección a la maternidad y en este sentido el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer establece parámetros más amplios para la definición de aborto que propone la Organización Mundial de la Salud. Agrega que la Inspección del Trabajo sostiene que para la procedencia de la licencia de post natal solo es necesario que se produzca un parto, sin embargo este criterio responde a una interpretación administrativa de la ley puesto que el Código de Trabajo nada indica al respecto debiendo, en consecuencia, entender el aborto en los términos que la Organización Mundial de la Salud. Si la madre sufre el fallecimiento de su hijo recién nacido o si su bebé nace muerto, la trabajadora, aun así, puede hacer valer su beneficio del descanso maternal. Por lo tanto, en cumplimiento del artículo 195 del Código del Trabajo, que contempla que sólo por el hecho de que tuviera lugar el nacimiento, omitiendo, asimismo, la circunstancia en la que la madre trabajadora experimenta la muerte del hijo recién nacido, o el nacimiento sin vida del mismo, ella puede favorecerse de la ley postnatal. Ahora bien, el criterio médico actual para determinar si se trata de un aborto o de un parto prematuro se basa primeramente en el peso del producto (feto). Si el peso es de 500 grs. o más se considera que existió parto prematuro. Si no se dispone del antecedente del peso del feto, se estima que las 22 semanas de embarazo marca el límite entre el aborto y el parto prematuro. Alega que la norma es arbitraria ya que supedita el cumplimiento de los presupuestos a un peso determinado, justamente de un feto prematuro, o bien a las semanas de gestación, criterios que no son razonables y justificados.

Finalmente alega un problema de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el cual debe ser fallado incorporando una perspectiva de género, ello en relación a diversos tratados internacionales de derechos humanos.

En razón de lo expuesto solicita se acoja el recurso, ordenando que la licencia médica número 37240773, por 126 días de reposo a contar del 31 de enero de 2020, sea autorizada y pagada, o bien las medidas que se estimen necesarias para restablecer el imperio del derecho, todo con costas.

A fin de dar fe de sus dichos acompaña (1) Resolución Exenta R-01-UJU-127260-2020, de 7 de diciembre de 2020 y (2) Certificado médico rectificatorio de fecha 05 de marzo de 2019.



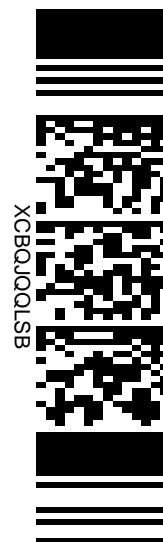
SEGUNDO: Que evacuando informe la recurrida Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO), en primer término alega la extemporaneidad del recurso. Señala que la recurrida apeló ante la SUSESO el 17 de noviembre de 2020, la Resolución de COMPIN Sub Comisión Poniente Región Metropolitana, y la Superintendencia resolvió mediante Resolución Exenta [REDACTED] [REDACTED] de 7 de diciembre de 2020, sin embargo la actora ya tenía conocimiento desde el 17 de noviembre de 2020 sobre el rechazo de su licencia médica, por lo que se excede del plazo fatal de 30 días corridos del recurso de protección.

En subsidio alega la improcedencia de la acción de protección en materia de seguridad social, por cuanto la materia sobre la que realmente versa dice relación con un derecho perteneciente al sistema de seguridad social, establecido en el numeral 18 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, que no está amparado por la acción cautelar que motiva estos autos. Además indica que la Acción de Protección es un procedimiento de urgencia de carácter excepcional y, por lo mismo, debe dársele una aplicación restringida únicamente para aquellos casos de violación flagrante de los derechos constitucionales, que por su naturaleza y características requieren un pronunciamiento judicial especialmente rápido, que ponga pronto remedio a “actos u omisiones arbitrarios o ilegales”.

A continuación se refiere al fondo de asunto. Comienza efectuando un análisis del marco legal regulador aplicable a las licencias médicas y las facultades de SUSESO.

Alega una ausencia de ilegalidad y arbitrariedad en su actuar, señala que en el caso del recurrente, este no reúne la condición de un derecho preexistente, indubitado, por el contrario, tras las sucesivas instancias de revisión y estudio se llegó a la conclusión que no era procedente la autorización de su licencia médica reclamada. Agrega que, el dictamen impugnado de arbitrariedad contiene los argumentos en base a los que emite su conclusión, los cuales están en armonía con los antecedentes que constan en el respectivo expediente administrativo, en cuyo mérito resolvió esta Superintendencia previo estudio de los antecedentes médicos del caso.

Indica que la resolución recurrida se fundamenta en el artículo 195 del Código del Trabajo, el cual dispone que las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él; sin embargo el criterio médico actual para determinar si se trata de un aborto o de un parto prematuro se basa primeramente en el peso del producto (feto). Si el peso es de 500 gramos o más, se considera que existió parto



XCBAJQQLSB

prematureo y de no disponerse de antecedentes del peso del feto, se estima que las 22 semanas de embarazo marcan el límite entre el aborto y el parto prematuro.

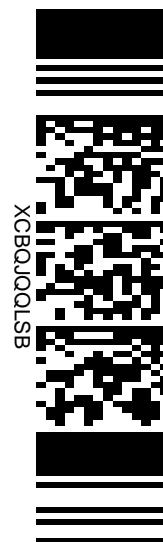
En el caso de la recurrente de acuerdo a certificado médico de defunción y estadísticas de mortalidad fetal N° 2948034, tenido a la vista, aparece que su hija nació pesando 235 gramos, por lo que se trata de un aborto y no de un parto prematuro.

Finalmente expresa la ausencia de derechos vulnerados o siquiera amenazas del derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la protección de la salud, ni se ha vulnerado el derecho de propiedad de la recurrente, reconocido a todas las personas en el numeral 24 del artículo 19 de nuestra Constitución Política; como tampoco ningún otro derecho garantizado por la Carta Fundamental.

Acompaña a su informe copias de los antecedentes que obran en el expediente administrativo, relativos al caso de la Sra. Carrasco.

TERCERO: Que se solicitó informe Isapre Banmédica S.A. quien evacuándolo en primer término señala que los hechos descritos en el recurso dicen relación con el numeral 18 del artículo 19 de la Carta Fundamental, por lo que el presente recurso excedería las materias que deben ser conocidas por el presente recurso, atendida su naturaleza cautelar, considerando además que según se desprende de la propia narrativa del recurso y de los antecedentes acompañados, no se justifica una situación de emergencia, ni un derecho indubitado que permitan omitir el procedimiento establecido en la ley. Agrega que el DFL N°1 de 2005 del Ministerio de Salud, en su artículo 194, contempla un procedimiento administrativo especial frente a casos de rechazo de licencias médicas.

Como segundo punto señala que el recurso de protección debe ser rechazado toda vez que no existe acto arbitrario o ilegal de parte de Banmédica S.A. Indica que la recurrente presentó licencia médica maternal entre el 31 de enero y el 4 de junio del 2020, por diagnóstico de Reposo post natal por 126 días solicitados. Cabe señalar, que es la propia afiliada señora Carrasco, quien aportó certificado de defunción del menor, el cual indica como fecha de nacimiento el 31 de octubre de 2020 y fecha de defunción el mismo día, con un peso de 235 grs. y 21 semanas de gestación. Además, se informa como causa de muerte "Insuficiencia Placentaria". En razón de los antecedentes aportados es que se rechaza la licencia médica [REDACTED] por la causal "Licencia médica mal extendida por error en tipo de licencia, debe enviar licencia de reemplazo emitida correctamente". Esto dado que debe ser emitida como tipo 7, es decir, "Patologías



XCBAJQQLSB

del embarazo”, y no tipo 3 sobre “Licencia maternal pre y post natal”. Por su parte, la COMPIN, y posteriormente la SUSESO, ratifican el rechazo señalado de la licencia médica [REDACTED]

Agrega que registra licencia médica [REDACTED], con reposo a contar del 6 de febrero de 2020, con diagnóstico de Muerte fetal in Útero, por 20 días, autorizados por la Isapre.

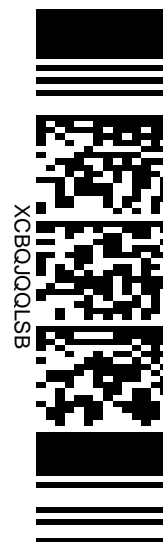
Acompaña a su informe (1) Histórico de licencias médicas; (2) licencias médicas; (3) Resolución COMPIN; (4) Resolución SUSESO; (5) certificado de defunción.

CUARTO: Que se solicitó además informe Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez Región Metropolitana, quien indica que COMPIN R.M. resolvió rechazar la licencia médica [REDACTED], extendida por un plazo total de 126 días de reposo a contar del día 31 de enero de 2020 y el 4 de junio de 2020. Dicha decisión se fundamenta en que no se cumple con los criterios para categorizar la licencia por la patología señalada. Lo anterior se basa en que de los elementos tenidos a la vista se evidencia que no se cumple con los criterios exigidos para extender la licencia médica como una de carácter post natal, sino que más bien corresponde verla como una derivada de patologías del embarazo ya que no existió un parto sino que un aborto. Esta conclusión está amparada en elementos de hecho claves como el certificado médico de defunción del feto, el cual evidencia que nació pesando 235 gramos, y no 500 gramos como es la exigencia estandarizada.

Señala que COMPIN R.M., ha actuado dentro del marco de sus facultades legales, con estricto apego a los criterios médicos dispuestos para llevar a cabo la labor de Contraloría Médica, establecidas tanto en el D.S. N° 3, en el Dto. N° 7/2013 y en el artículo 3° inciso tercero de la Ley 20.585, lo que excluye de plano el que se esté en presencia de un acto arbitrario e ilegal que reprochar a la recurrida.

Acompaña a su informe copia de expediente administrativo.

QUINTO: Que el recurso de protección de garantías constitucionales, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción cautelar o de emergencia, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa misma disposición se enuncian, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio.



XCBAJQQLSB

Luego, es requisito indispensable de la acción de protección la existencia, por un lado, de un acto u omisión ilegal -esto es, contrario a la ley- o arbitrario -producto del mero capricho o voluntad de quien incurre en él- y que provoque algunas de las situaciones que se han indicado.

SEXTO: Que desde luego no son las recurridas quienes deben guiar el marco jurídico de las supuestas garantías afectadas, reconduciéndola como se quiere a una que no está indicada en el artículo 20 de la Constitución como aquellas que hacen procedente el recurso de protección. En ese ámbito esta Corte sin perjuicio de sus facultades, parte de que la recurrente ha invocado las garantías de numerales 1, 3 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República

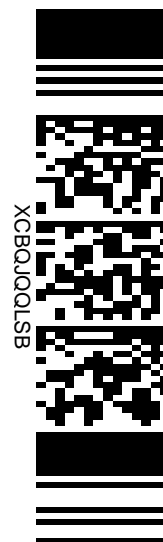
Por otra parte cabe desestimar la alegación de extemporaneidad del recurso, considerando para ello que la afectación alegada es de efectos permanentes en cuanto al derecho al descanso y los efectos patrimoniales invocados.

SEPTIMO: Que el artículo 16 del Decreto Supremo N° 3/84, que aprueba el Reglamento de Autorización de Licencias Médicas, prescribe que tanto la COMPIN, la Unidad de Licencias Médicas o la Isapre, en su caso, podrán rechazar o aprobar las licencias médicas; reducir o ampliar el período de reposo solicitado o cambiarlo de total a parcial y viceversa. En todos estos casos, agrega la norma, se dejará constancia de la resolución o pronunciamiento respectivo, con los fundamentos tenidos a la vista para adoptar la medida, en el formulario digital o de papel de la respectiva licencia. A su turno, el inciso tercero del artículo 3° de la Ley N° 20.585, sobre Otorgamiento y Uso de Licencias Médicas, establece que en caso que una Institución de Salud Previsional determine la reducción o rechazo de una licencia médica, deberá remitir los antecedentes que fundamentan la decisión a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, quien podrá ratificar o denegar la modificación de la licencia médica.

Pues bien, en este marco normativo es que COMPIN R.M., decidió el rechazo de la licencia médica N°37240773, motivo por el cual la actora recurre ante la Superintendencia de Seguridad Social quien confirma el actuar de COMPIN R.M. mediante Resolución Exenta N° [REDACTED] 0 de 7 de diciembre de 2020.

OCTAVO: Que la resolución recurrida indica:

“CONSIDERANDO: Que, con fecha 17-11-2020, ha recurrido a esta Superintendencia doña [REDACTED], reclamando en contra de la Subcomisión Poniente-COMPIN Región



XCBAJQQLSB

Metropolitana, que confirmó lo dictaminado por ISAPRE Banmédica S.A., que rechazó su licencia médica de descanso postnatal [REDACTED] por 126 días de reposo a contar del 31-01-2020.

Que, la reclamante acompañó a su presentación, entre otros antecedentes, certificado médico de defunción y estadísticas de mortalidad fetal [REDACTED]; certificado emitido por médico obstetra de 15-07-2020; copia de informe de ecotomografía obstétrica; resolución de la Subcomisión Poniente que mantiene lo resuelto por la ISAPRE e, Histórico de licencias médicas.

Que, esta Superintendencia cumple en manifestar que el inciso primero del artículo 195 del Código del Trabajo, dispone que las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él.

Que, conforme a dicha norma el descanso postnatal está solamente supeditado al hecho biológico del parto, sin ninguna otra exigencia.

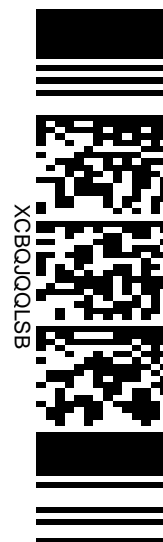
Que, asimismo, se debe señalar que el inciso tercero del mismo artículo 195, dispone que "Los derechos referidos en el inciso primero no podrán renunciarse y durante los períodos de descanso queda prohibido el trabajo de las mujeres embarazadas y puérperas".

Que, armonizando los dos incisos citados, aunque el hijo nazca muerto, sobreviva sólo un tiempo o deje de estar al cuidado de la madre, por cualquier causa, por ejemplo, porque lo entrega en adopción, la mujer conserva el derecho al descanso postnatal por su período completo, no pudiendo renunciar a dicho derecho en virtud del inciso tercero del artículo 195 ya citado.

Que, a mayor abundamiento se debe señalar que el proceso de embarazo más el parto supone un cambio fisiológico importante, el cual, para volver a los parámetros de normalidad previos, requiere de un tiempo de recuperación, el cual se estima coincidente con el puerperio inmediato que corresponde a los tres primeros meses después del parto.

Que, el criterio médico actual para determinar si se trata de un aborto o de un parto prematuro se basa primeramente en el peso del producto (feto). Si el peso es de 500 gramos o más, se considera que existió parto prematuro y de no disponerse de antecedentes del peso del feto, se estima que las 22 semanas de embarazo marcan el límite entre el aborto y el parto prematuro.

Que, de acuerdo a certificado médico de defunción y estadísticas de mortalidad fetal [REDACTED], aportado por la recurrente y tenido a la vista, aparece su hija nació pesando 235 gramos, por lo que se trata de un aborto y no de un parto prematuro.



XCBAJQQLSB

Que, se deja constancia que, en contra de la presente resolución, los interesados podrán interponer con nuevos antecedentes Recurso de Reposición ante esta Superintendencia, dentro del plazo de 5 días hábiles administrativos, contados desde la fecha de notificación de la presente Resolución, según lo indica en el artículo 59 y 25 de la Ley N° 19.880.

RESUELVO:

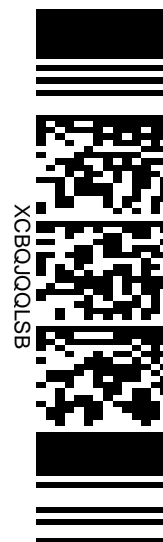
Confirmase lo resuelto por la Subcomisión Poniente-COMPIN Región Metropolitana, en consecuencia, se mantiene el rechazo de la licencia médica N° 37240773, en conformidad a lo expuesto.”

NOVENO: Que el artículo 195 del Código del Trabajo en su inciso primero sostiene: “Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él”.

Lo que se plantea en la presente acción de protección de garantías constitucionales, es una cuestión compleja, en efecto, si bien las recurridas lo circunscriben a un punto cual es que el criterio médico actual para determinar si se trata de aborto o un parto prematuro es primero en el peso del feto, si el peso es de 500 gramos o más, se considera que existido parto prematuro y de no disponerse de antecedentes del peso del feto, se estima que las 22 semanas de embarazo marcan el límite entre el aborto y el parto prematuro, indicando que en este caso, el certificado médico de defunción del feto, evidencia que nació pesando 235 gramos y no 500 gramos como es la exigencia estandarizada para considerar la existencia de un parto, que es la exigencias que se desprende del artículo 195 del Código del Trabajo, esto es, el reposo postnatal está supeditado al hecho biológico del parto.

Sin embargo, la cuestión no es tan simple, de hecho las propias recurridas reconocen que el parto constituye un hecho trascendental desde el punto de vista biológico, pues genera grandes cambios corporales, que evidentemente requieren de un mayor tiempo de reposo y que es ahí entonces donde está el fundamento de que el artículo 195 del Código del Trabajo para consagrar un descanso postnatal de 12 semanas después del parto. Como se ve, el descanso post natal no es sólo para cuidado al hijo o hija recién nacido (a), sino que tiene también razones médicas respecto de la madre que ha parido.

DECIMO: Que como se ha señalado el punto está en si ha existido o no parto, pues nuestra legislación a diferencias de otras, no garantizan una licencia post aborto como lo hace por ejemplo Brasil, con un descanso de dos semanas, sosteniendo la recurrida que en nuestro caso, todo descanso de la recurrente debió estar fundada en otras patologías, mas no en un post natal.



XCBAJQQLSB

La Organización Mundial de la Salud define el aborto como: “la interrupción del embarazo sea espontaneo o inducido antes de las 22 semanas o 500 gramos de peso”

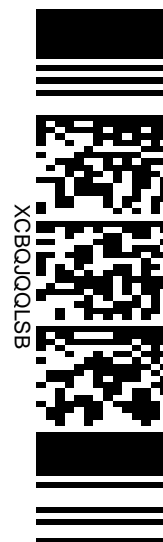
UNDECIMO: Que como se observa pudiere considerarse arbitrario que la recurrida considere que solo en el caso de no saberse el peso del feto, se deba considerar las semanas de gestación, pues del concepto de la OMS, a entender de estos sentenciadores es una u otra cosa, así entonces bien el feto podría pesar menos de 500 gramos, pero si tenía 22 o más semanas de gestación si podría considerarse desde el punto de vista de la legislación laboral que existió un parto cuando se produjo la interrupción del embarazo

DECIMO SEGUNDO: Que se une a lo anterior, esto es a considerar que la expulsión del feto en forma espontánea luego a las 22 semanas o más, constituye un parto prematuro, la forma en que nuestra legislación o reglamentos de salud, tratan la interrupción del embarazo en leyes posteriores al establecimiento del inciso primero del artículo 195 del Código del Trabajo.

Así por ejemplo la Ley 21.030, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, al modificar entre otros el artículo 191 del Código Sanitario, estableció que mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano cuando: *“N° 3 Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación”*. Es decir al menos para autorizar la interrupción voluntaria de un embarazo producto de una violación, se han establecido parámetros notoriamente inferiores a los que las autoridades de salud consideran para diferenciar entre aborto y parto prematuro, esto es 12 o 14 semanas según la situación,

Pero más relevante aún son las instrucciones y reglamentos en materia de salud, emanados del Ministerio de Salud, en particular el documento denominado **“Orientaciones técnicas para la atención integral de mujeres que presentan un aborto y otras pérdidas reproductivas 2011”**, que en el ámbito de dichas recomendaciones es más amplio que la particular interpretación que se ha dado la Superintendencia de Salud respecto de la definición de aborto de la OMS para efectos de determinar la existencia de un parto. Así se puede ver en primer término en el punto 1, al hacer mención al marco conceptual señala:

“El ámbito de estas recomendaciones es más amplio que la definición de aborto que propone la Organización Mundial de la Salud: “interrupción del



XCBAJQQLSB

embarazo sea espontánea o inducida antes de las 22 semanas o 500 gramos de peso fetal”.

El concepto de pérdida reproductiva comprende no sólo aquella que no culmina en el nacimiento de un nuevo ser humano por su interrupción prematura, sino que también, cuando el feto muere antes, durante el parto y post parto.

Por lo tanto, es aplicable a la atención de las mujeres que están viviendo una pérdida reproductiva en cualquier edad gestacional: las que presentan un aborto (antes de las 22 semanas de gestación), aquellas en las que se comprueba la muerte fetal antes del término y quienes son madres de un/a recién nacido que fallece poco después del parto.”

Como se observa para este caso solo se considera como aborto la perdida antes de 22 semanas sin supeditarlo al peso del feto

Este documento reafirma notoriamente aquello, cuando en parte del punto 5.1, haciéndose cargo de recomendaciones para la acogida, detección y derivación por problemas psicosociales, indica en parte:

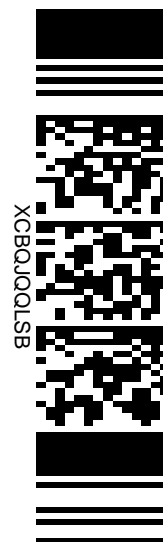
“Los sentimientos de tristeza y duelo son frecuentes en las mujeres atendidas por una pérdida reproductiva, particularmente cuando la gestación fue planificada, buscada, esperada y aceptada”, dando la siguiente orientación técnica para la atención integral de mujeres que presentan un aborto y otras pérdidas reproductivas;

“Es importante considerar que no todas las personas expresan abiertamente su tristeza. Por ello se le debe preguntar e incentivar a que relaten lo que sienten y, en lo posible, en compañía de su familia si ella lo desea. También es probable que tenga sentimientos de culpa por posibles “errores” o malas decisiones en el auto cuidado de la gestación. En estos casos, es fundamental entregarle información comprensible acerca de las posibles causas del aborto y su implicancia en futuras gestaciones.

*Estas reacciones emocionales se presentan con mayor frecuencia y son más intensas en mujeres **que pierden una gestación de más de 22 semanas**, sobre todo cuando se han creado expectativas importantes en el futuro con su hijo o hija. Estas reacciones se acentúan cuando además, se carece del apoyo de personas o familiares más cercanas.”*

DECIMO TERCERO: Que por mandato del inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política de la República, contribuyen también normas internacionales, a establecer el marco jurídico para resolver la cuestión.

Es así como debe tenerse en consideración la “La Convención sobre eliminación de la discriminación contra la Mujer” en dos aspectos:



XCBQJQQLSB

El artículo 11 N° 2 letra b) que señala: “A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio, maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para.

Letra b): Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan perjudiciales para ella” y

El artículo 12 N° 2, que indica: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo I supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y lactancia.”

DECIMO CUARTO: Que lo dicho en los considerandos anteriores ratifica que el elemento fundamental para distinguir sobre la existencia de un parto son las semanas de gestación a la fecha de la pérdida y no los gramos que pesó el feto, cuestión que puede llevarnos a ratificar que de la definición de aborto de la Organización Mundial de la Salud, lo relevante son las semanas sin que deba primar el peso del feto para el caso de gestaciones igual o superior a 22 semanas

DECIMO QUINCE: Que en el caso de este recurso, si bien en principio para efectos de la inscripción se informó una gestación de solo 21 semanas, con posterioridad la misma doctora doña [REDACTED], certifico que [REDACTED] [REDACTED] tenía ecografía precoz de embarazo con fecha 27/08/2019, con lo que a la fecha de su ingreso a la clínica con el diagnóstico de muerte fetal in útero que corresponde a embarazo de 22+3 semanas, y que el certificado de defunción se hizo sin contar con esa ecografía por lo que se indicó 21+5 semanas lo que es incorrecto

Tal certificado cumple con lo estatuido en el artículo 4 N°1, de la “Convención sobre la Protección de la Maternidad N° 183, de 2000”, de la Organización Internacional del Trabajo, que establece: *“Toda mujer a la que se le aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante la presentación de un certificado médico o de cualquiera otro certificado apropiado, según lo determine la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas”*

Cabe concluir entonces que bajo el solo parámetro de las semanas de gestación, hecha la corrección sobre las semanas de gestación hubo parto, por tanto la decisión de rechazar la licencia post natal fundado en el peso del feto se ha devenido en una decisión arbitraria, que amenaza la igualdad ante la ley, el derecho a la estabilidad psicológica y el derecho de propiedad de la recurrente sobre el correspondiente beneficio patrimonial que a la recurrente le corresponde



XCBAJQQLSB

por el derecho de ausentarse de su trabajo por el lapso que indica el artículo 195 del Código del Trabajo.

DECIMO SEXTO: Que no está demás señalar que el descanso laboral post natal no tiene por finalidad exclusiva que la madre se dedique a la crianza en las primeras semana del recién nacido, sino que también tiene por finalidad que la madre pueda recuperarse desde el punto de vista biológico que en el cuerpo de una mujer genera un embarazo, por los cambios corporales, que evidentemente requieren un mayor tiempo de reposo

Es así como reiteradamente la interpretación administrativa emanada de la Dirección del Trabajo ha suelto que para la procedencia del descanso o licencia de post natal sólo es necesario que se produzca un parto, sin que se exija que la criatura nazca viva o se mantenga viva durante el transcurso de dicho descanso.

Con lo expuesto, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, se resuelve:

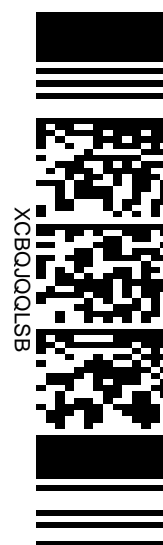
Que **se acoge** el Recurso de Protección deducido en favor de [REDACTED] [REDACTED], y en contra SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL por la dictación de Resolución Exenta [REDACTED] [REDACTED], de 07 de diciembre de 2020, que rechazó la reclamación interpuesta el 17 de noviembre de 2020 en contra de la Subcomisión Poniente-COMPIN Región Metropolitana, que confirmó lo dictaminado por ISAPRE Banmédica S.A., que rechazó su licencia médica de descanso postnatal [REDACTED], por 126 días de reposo a contar del 31 de enero de 2020 y en su lugar ordena que la recurrida procederá a ordenar la autorización y pago de la referida licencia.

Se previene que la abogado integrante señora Paola Herrera Fuenzalida, estuvo por acoger la acción de protección, teniendo, además, presente, lo dispuesto en el artículo 74 del Código Civil, que reconoce la existencia legal de toda persona desde que nace y se separa completamente de su madre, con el único requisito de que haya vivido un momento siquiera.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Ministro Sr. Hernán Crisosto Greisse.

Rol [REDACTED]-2021

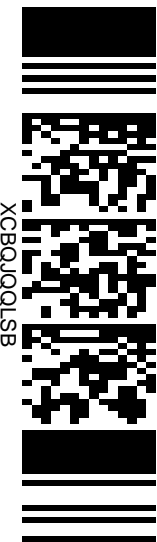




XCBAJQQLSB

Pronunciado por la Cuarta Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Hernan Alejandro Crisosto G., Antonio Ulloa M. y Abogada Integrante Paola Herrera F. Santiago, diez de junio de dos mil veintiuno.

En Santiago, a diez de junio de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 04 de abril de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>