

Base de Dictámenes

Ejército, provisión de cargos, nombramiento funcionaria embarazada, garantías constitucionales, igualdad admisión empleos públicos, regularización designación

E65724N21

NUEVO:

SI

RECONSIDERADO:

NO

ACLARADO:

NO

APLICADO:

NO

COMPLEMENTADO:

NO

FECHA DOCUMENTO

05-01-2021

REACTIVADO:

NO

RECONSIDERADO

PARCIAL:

NO

ALTERADO:

NO

CONFIRMADO:

NO

CARÁCTER:

NNN

DICTAMENES RELACIONADOS

Aplica dictámenes 58401/2014, 8629/85, 16461/2018,

Acción	Dictamen	Año
Aplica	058401	2014
Aplica	008629	1985
Aplica	016461	2018

FUENTES LEGALES

POL art/19 num/17 POL art/38 POL art/19 num/2 ley 18575 art/16 inc/2 DTO 789/89
relac ley 18948 art/14 DFL 1/97 defen art/26 lt/d DTO 553/82 defen art/34 inc/1 ley
18575 art/3 ley 18575 art/5 ley 19880 art/7

MATERIA

No resulta procedente que el Ejército de Chile establezca el embarazo como causal de rechazo transitorio para el ingreso a la institución. Deben adoptarse las medidas para regularizar la designación de la ocurrente como oficial del Servicio de Justicia Militar.

Nº E65724 Fecha: 05-I-2021

Doña Nicole Bordón Alvear, auxiliar jurídico a contrata del Ejército, reclama en contra de la negativa de esa entidad castrense a dar curso a su nombramiento como Oficial del Servicio de Justicia Militar, debido a que durante el proceso concursal convocado por esa institución se encontraba embarazada. En subsidio, manifiesta que luego de que se le notificara su aceptación en la planta institucional, se suspendió su nombramiento en virtud de lo dispuesto en el instructivo sobre austeridad y eficiencia en el uso de los recursos públicos durante la emergencia sanitaria producto del COVID-19, contenido en el oficio circular Nº 15, de 2020, del Ministerio de Hacienda.

Requerido su informe, el Ejército de Chile expresó que la exigencia del test de embarazo dice relación con la necesidad de contar con un antecedente objetivo que permita un eficaz resguardo de la vida de la madre y del hijo que está por nacer, buscando evitar exponerlos innecesariamente a exámenes médicos que pueden eventualmente traer consecuencias en el desarrollo embrionario del feto.

Enseguida, señala que el rechazo transitorio en razón de embarazo busca conciliar el cumplimiento de las exigencias legales por todos los participantes con igualdad de oportunidades, atendiendo a las circunstancias en que cada uno de ellos se encuentra, lo que amerita un tratamiento diferenciado en el caso de una mujer embarazada, que posee una transitoriedad basada en el tiempo que demora la posibilidad de tomar exámenes que no se encuentren alterados, esto es, 40 días siguientes al parto. Agrega que se dispuso la instrucción de una investigación sumaria administrativa con ocasión de la discriminación denunciada por la interesada, la que actualmente se encuentra en desarrollo.

Relacionado con esto último, la abogada Rebeca Zamora Picciani, en representación de la señora Bordón Alvear, solicita se oficie a esa institución castrense para que dé pronto término a la investigación y se emita un pronunciamiento sobre la denuncia de la recurrente.

Cabe manifestar que también se solicitó informe al Ministerio de Defensa Nacional, entidad que no dio respuesta a dicho requerimiento dentro del plazo otorgado para ello.

A continuación, el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género señaló que todo acto que constituya una discriminación arbitraria que atente contra el ordenamiento jurídico vigente, sea en el marco de la realización de un concurso para la provisión de cargos públicos o en cualquier otra instancia, resulta improcedente, por lo que han de ser adoptadas todas las medidas pertinentes para corregir la irregular actuación, conforme a derecho.

Sobre la materia, y de acuerdo con los antecedentes adjuntos, es preciso consignar que mediante la resolución Nº 6745/220/10400 de 2019, del Comando de Personal del Ejército de Chile, se aprueban las bases de postulación del concurso público para proveer cargos de Oficiales del Servicio de Justicia Militar (OSJM) año 2020, proceso en el cual la ocurrente participó, siendo preliminarmente aceptado su ingreso a la institución.

A su vez, se le requirió “realizar y aprobar determinada condición de salud”, requisito para su incorporación definitiva a la planta institucional. Dentro de los exámenes médicos solicitados, se le requirió tomar un test de embarazo como parte de aquellos que se deben

solicitados, se le requirió contar un test de embarazo como parte de aquellos que se deben efectuar a las postulantes a Oficial de los Servicios Profesionales del Ejército.

Luego, y según consta en correo de la Auditoría General del Ejército, de fecha 14 de enero de 2020, se le comunicó a doña Nicole Bordón Alvear que conforme a la resolución DSE CCMP (R) N° 11300/94 de 2020, el Jefe del Servicio de Medicina Preventiva declaró su rechazo transitorio para ingresar a la institución, conforme a las instrucciones sobre salud de ingreso a la misma, del año 2014. Posteriormente, se le indicó que debía remitir los exámenes médicos del caso luego de transcurridos 40 días después del parto.

Finalmente, con fecha 30 de abril de 2020, mediante carta del Comandante del Comando de Personal Suplente, se informó a la señora Bordón Alvear que se ha estimado pertinente mantener la vacante aprobada como OSJM durante el último proceso efectuado toda vez que sus antecedentes (CAP) se encuentran revisados y aprobados, quedando en condiciones para ser tramitados una vez que se levante la restricción impuesta por el Ministerio de Hacienda y se otorguen los recursos necesarios para solventar las remuneraciones correspondientes para las nuevas contrataciones y nombramientos que se realicen a futuro.

Puntualizado lo anterior, se debe tener presente que la Constitución Política de la República en su artículo 19, N° 17, asegura a todas las personas "La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes", garantía que es complementada por su artículo 38, que encarga al legislador orgánico asegurar la igualdad de oportunidades de ingreso a la Administración del Estado, constituyendo una concreción de la igualdad ante la ley que reconoce y ampara el N° 2 del citado artículo 19.

En el mismo sentido, el inciso segundo del artículo 16 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, previene que todas las personas que cumplan con los requisitos correspondientes tendrán el derecho de postular en igualdad de condiciones a los empleos de la Administración del Estado.

Conviene añadir que la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -ratificada por Chile y promulgada por el decreto N° 789, de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores- previene, en su artículo 11, N° 1, letra b), que "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 (...) el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;".

Ahora bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la ley N° 18.948, ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, y en el artículo 26 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, que Establece Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, los Oficiales de los Servicios Profesionales del Ejército serán seleccionados por la Dirección de Personal o Comando de Personal, debiendo considerar la exigencia particular de contar con el título profesional respectivo, conjuntamente con el cumplimiento de lo previsto en la letra d) de este último precepto, el cual exige tener salud compatible con el desempeño del cargo.

Además, acorde con lo preceptuado en el artículo 34, inciso primero, del decreto N° 553,

de 1982, del Ministerio de Defensa Nacional, Reglamento de Medicina Preventiva de las Fuerzas Armadas, para el ingreso a la institución es obligatorio someterse al examen médico determinado por los respectivos Servicios Médicos de Medicina Preventiva, añadiendo su inciso cuarto, en lo que importa, que la correspondiente Dirección del Personal no podrá cursar el nombramiento de un postulante sin el certificado de salud que garantice que se encuentra en buenas condiciones médicas.

Así las cosas, la Dirección de Sanidad del Ejército, mediante su oficio DSE JESEMPRE INGRESOS (R) N° 11215/2233, de 2014, impartió instrucciones sobre el examen de salud de ingreso a la institución, estableciendo acerca del embarazo que “aunque constituye un estado fisiológico, existe la posibilidad de que secundario al embarazo, parto o puerperio la postulante presente una enfermedad grave que a corto plazo de haber ingresado a la Institución pueda derivar en inutilidad de 2da clase con las consiguientes consecuencias negativas para la Institución”.

Agrega la disposición, que no deben solicitarse exámenes radiográficos durante el primer trimestre de gestación por las alteraciones que pueden producir en el feto en desarrollo, y que se tendrá esta condición como causal de “Rechazo Transitorio” hasta 40 días después del parto o concluido el puerperio.

Pues bien, el Ejército aduce en la materia que la indicada causal permite a la candidata de que se trate aportar los antecedentes necesarios para acreditar el estado de salud exigido por la ley, en un contexto de igualdad respecto de todos los postulantes, ya que en caso de embarazo no se podría certificar la condición de salud “apto”, atendido el riesgo que conlleva para una mujer en estado de gravidez ser sometida a los exámenes de ingreso, tanto para su salud como la del hijo que está por nacer.

En este aspecto, esta Contraloría General cumple con expresar que acorde con el criterio contenido en el dictamen N° 58.401, de 2014, de este origen, si bien, no resulta posible practicar radiografías a mujeres en estado de embarazo, ello no importa que la Comisión Central de Medicina Preventiva del Ejército no pueda realizar los exámenes médicos que estime pertinentes, con el propósito de comprobar el requisito de salud compatible con el desempeño del cargo, resguardando, por cierto, tanto la salud de la madre como la del hijo que está por nacer.

Corresponde aclarar también que el embarazo no constituye una enfermedad -tal como lo ha señalado el dictamen N° 8.629, de 1985, de este origen-, de modo que el rechazo transitorio por causa del estado de gravidez fundado en razones preventivas, como es, evitar la posibilidad de que eventualmente se pudiese presentar una enfermedad grave que llegase a ocasionar consecuencias negativas para la institución, configura una situación hipotética que se traduce en una suerte de inhabilidad temporal para el ingreso a la entidad castrense, no prevista en la ley.

Así, la disposición en comento se opone a las garantías constitucionales sobre igualdad ante la ley y de admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes, pues atribuye al estado de embarazo de la mujer una condición que le impide el ingreso a la institución mientras se mantenga, lo que constituye una discriminación arbitraria en perjuicio de la mujer embarazada postulante a Oficial del Servicio de Justicia Militar respecto de aquellas que no se encuentran en estado de gestación, como también frente a los varones que también postulan.

Como puede apreciarse, el rechazo transitorio establecido por causal de embarazo en las instrucciones de la Dirección de Sanidad del Ejército pugna con lo dispuesto en la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer como también con lo previsto en la ley N° 20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación.

Ahora bien, conforme con el criterio contenido en el dictamen N° 16.461, de 2018, de este origen, las instrucciones que emiten los organismos del Estado constituyen pautas de administración por medio de las cuales se señalan conductas para aplicar las leyes y reglamentos, sin que puedan los servicios invocarlas para fijar normas generales y obligatorias propias de la función legislativa y de la potestad reglamentaria, máxime cuando se trata de la restricción de una garantía constitucional.

Por consiguiente, en atención a lo expuesto y teniendo presente que la regulación del embarazo en las instrucciones sobre el examen de salud de ingreso a esa institución no se aviene con lo dispuesto en la Constitución Política de la República y en la citada Convención Internacional, procede que el Ejército las ajuste al ordenamiento jurídico vigente.

Luego, y en lo que dice relación con la situación particular que afecta a la recurrente, corresponde que el Ejército adopte las medidas pertinentes con la finalidad de regularizar su ingreso a la institución en la data que le correspondía conforme a las bases del concurso, en la misma oportunidad en que se dispuso el nombramiento para el resto de los postulantes aceptados en el indicado certamen, informando de ello a esta Entidad de Fiscalización en el plazo de 10 días hábiles contados desde la tramitación del presente oficio.

En mérito de lo expuesto, no resulta necesario pronunciarse acerca de la petición subsidiaria invocada por doña Nicole Bordón Alvear.

Finalmente, en cuanto a la investigación que se encuentra en curso en el Ejército, cabe señalar que en virtud de los principios de eficiencia, eficacia y celeridad previstos en los artículos 3° y 5° de la ley N° 18.575 y 7° de la ley N° 19.880, esa institución deberá adoptar las medidas pertinentes a fin de dar pronto término a ese proceso sumarial.

Saluda atentamente a Ud.,

JORGE BERMÚDEZ SOTO

Contralor General de la República

