



Dictamen N° E65724, de 2021, Contraloría General de la República

Embarazo es improcedente como causal de rechazo transitorio para ingreso al Ejército de Chile, pues configura una discriminación arbitraria

Órgano	Contraloría General de la República
Clase de acto	Dictamen
Número de identificación	E65724N21
Fecha	5 de enero de 2021
Materia Específica	No es procedente considerar al embarazo como causal para rechazar transitoriamente el ingreso al Ejército de Chile como Oficial del Servicio de Justicia Militar, por cuanto configura una discriminación arbitraria.
Normativa aplicada	Dictámenes 58401/2014, 8629/85 y 16461/2018; art. 19 n° 2 y 17 y art. 38 de la Constitución Política; art. 11 n° 1 letra b) de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Ley 20.609; art. 16 inc. 2° de la Ley 18.575; art. 14 de la Ley 18.948; art. 26 del DFL 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional; y, art. 34 inc. 1° del Decreto 553, de 1982, del Ministerio de Defensa Nacional.
Contenido	<ol style="list-style-type: none">1. Reclamo de doña Nicole Bordón Alvear en contra de la decisión del Ejército de Chile de no dar curso a su nombramiento como Oficial del Servicio de Justicia Militar, por haberse hallado embarazada durante el proceso concursal convocado por la institución. Luego de que se le notificara su aceptación en la planta, su nombramiento se suspendió en virtud del Oficio Circular 15, de 2020, del Ministerio de Hacienda –Instructivo sobre austeridad y eficiencia en el uso de los recursos públicos durante la emergencia sanitaria producto del COVID-19-.2. Ministerio de la Mujer y de Equidad de Género señala que todo acto constitutivo de discriminación arbitraria que atente contra el ordenamiento jurídico vigente, sea en el marco de la sustanciación de un concurso para la provisión de cargos públicos o en cualquier otra instancia, es improcedente, por lo que han de ser adoptadas las medidas pertinentes para corregir la irregular actuación, conforme a derecho.3. Mediante Resolución 6745/220/10400, de 2019, el Comando de Personal del Ejército de Chile se aprobaron las bases de postulación para proveer los cargos de Oficiales del Servicio de Justicia Militar, año 2020, proceso en que la reclamante participó, resultando preliminarmente aceptado su ingreso.4. Se le requirió “realizar y aprobar determinada condición de salud” como requisito para su incorporación definitiva a la planta institucional. Dentro de los exámenes médicos solicitados, se le requirió tomar un Test de Embarazo. El Ejército de Chile señala que la exigencia de Test de Embarazo se justifica en la necesidad de contar con un antecedente objetivo que permita resguardar la vida de la madre y del hijo que está por nacer, procurando no exponerlos innecesariamente a exámenes médicos que puedan afectar el desarrollo embrionario del feto.5. Mediante la Resolución DSE CCMP (R) N° 11300/94, de 2020, del Jefe del Servicio de Medicina Preventiva, se le comunicó a la reclamante que se rechazaba transitoriamente su ingreso a la institución, conforme a las instrucciones sobre salud de ingreso a la misma, del año 2014 –Oficio DSE JESEMPRE INGRESOS (R) N° 11215/2233, de la Dirección de Sanidad del Ejército, que impartió Instrucciones sobre el examen de salud de ingreso a la institución-. Se le señaló que debía remitir los exámenes médicos del caso luego de transcurridos 40 días desde el parto.6. Mediante Carta del Comandante del Comando de Personal Suplente, de fecha 30 de abril de 2020, se informa a la reclamante que se estimó pertinente mantener la vacante aprobada como Oficial del Servicio de Justicia Militar durante el último proceso efectuado, toda vez que sus antecedentes se encuentran revisados y aprobados,



quedando en condiciones de ser tramitados una vez que se alce 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.

7. El art. 19 n° 17 de la Constitución 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”*, lo que es complementado con el artículo 38, que encomienda al legislador asegurar la igualdad de oportunidades de ingreso a la Administración del Estado, en consonancia con el n° 2 del art. 19 de la Carta Fundamental; el art. 16 de la Ley 18.575 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; y, el art. 11 n° 1 letra b) de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (“CEDAW”) –ratificada y vigente en Chile– señala 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”*.
8. Según el art. 14 de la Ley 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas (FF.AA.) y el art. 26 del Estatuto del Personal de las FF.AA. –DFL 1, de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional (MDN)–, los Oficiales de los Servicios Profesionales del Ejército serán seleccionados por la Dirección de Personal o Comando de Personal, debiendo considerar la exigencia de contar con el título profesional respectivo, conjuntamente con cumplir con tener una salud compatible con el desempeño del cargo. En este sentido, el art. 34 inc. 1° y 4° del Reglamento de Medicina Preventiva de las FF.AA. –Decreto 553, de 1982, del MDN–, dispone que para el ingreso a la institución es obligatorio someterse al examen médico determinado por los respectivos Servicios Médicos de Medicina Preventiva y que la 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.
9. En lo que interesa, el Oficio DSE JESEMPRE INGRESOS (R) N° 11215/2233, de la Dirección de Sanidad del Ejército, estableció, en relación al embarazo que *“aunque constituye un estado fisiológico, existe la posibilidad de que secundario al embarazo, parto o puerperio la postulante presente 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”*, agregando que no deben solicitar 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.
10. Ejército señala que la causal de rechazo transitorio permite a la candidata aportar los antecedentes necesarios para acreditar el estado de salud exigido por la ley, en igualdad respecto de todos los postulantes pues, en caso de embarazo, no se podría certificar la condición de *“apta”*, atendido el riesgo que conlleva para la mujer el ser sometida a los exámenes de ingreso, tanto para su salud como la del hijo que está por nacer. Empero, recordando el Dictamen 58.401, de 2014, la Contraloría General de la República señala que si bien no es posible practicar radiografías a mujeres embarazadas, ello no importa la imposibilidad de realizar exámenes médicos que estime pertinentes, a fin de comprobar el requisito de salud compatible con el desempeño del cargo, resguardando tanto la salud de la madre como la del hijo que está por nacer.



	<ol style="list-style-type: none">11. Las Instrucciones configuran pautas de administración por medio de las cuales se señala cómo aplicar las leyes y reglamentos, pero sin que puedan invocarse para fijar normas generales y obligatorias propias de las funciones legislativa y reglamentaria (Dictamen 16.461, de 2018) y como aquellas emitidas por la Dirección de Sanidad del Ejército pugnan con la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y con lo previsto en la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, procede que el Ejército las ajuste al ordenamiento jurídico vigente.12. En relación al particular caso de la reclamante, el Ejército deberá adoptar las medidas pertinentes a fin de regularizar su ingreso a la institución en la data que correspondía según las bases del concurso, en la misma oportunidad en que se dispuso el nombramiento para el resto de los postulantes aceptados en él, informando de ello al ente contralor dentro de 10 días hábiles.
Principales fundamentos	<ol style="list-style-type: none">1. Según el Dictamen N° 8.629, de 1985, el embarazo no configura una enfermedad, de modo que el rechazo transitorio fundado en tal estado, por razones preventivas, como evitar 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.2. Tal causal se opone a las garantías constitucionales de igualdad ante la ley (art. 19 n° 2) y de admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que impongan la Constitución y las leyes (art. 19 n° 17), pues atribuye al embarazo de la mujer una condición que le impide el ingreso a la institución, lo que configura una discriminación arbitraria en perjuicio de ella tanto respecto de las mujeres que no se hallan en estado de gestación como de los varones.

Por Andrés Vergara Soto
Ayudante Cátedra Derecho Público