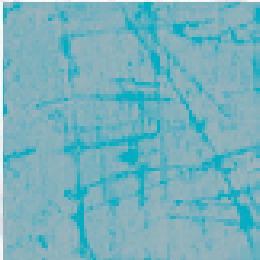
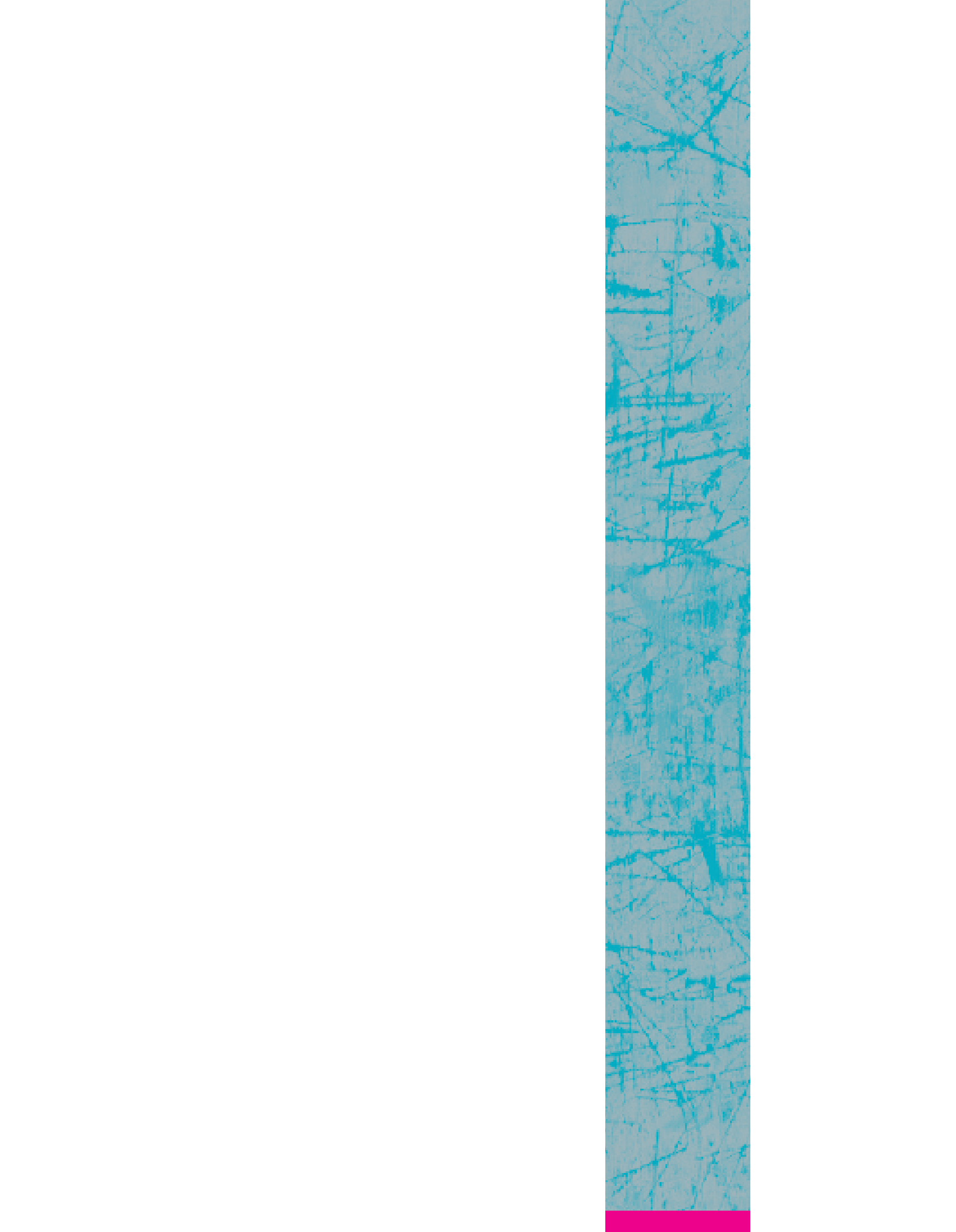


Derechos económicos, sociales y culturales

4

1. Derecho a educación y libertad de enseñanza en la reforma educacional
 2. Derecho a la salud y maternidad
 3. Derecho al trabajo y tribunales laborales
- 



1

DERECHO A EDUCACIÓN Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN LA REFORMA EDUCACIONAL



Fotografía: Enrique Cerdá



DERECHO A EDUCACIÓN Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN LA REFORMA EDUCACIONAL

ANTECEDENTES: EL CUESTIONAMIENTO AL SISTEMA EDUCACIONAL CHILENO

El derecho a la educación ha sido reconocido como un derecho económico, social y cultural y, al mismo tiempo, un derecho civil y político¹. El INDH, en sus Informes Anuales 2011 a 2013, se ha pronunciado sobre el sistema educacional desde la perspectiva de los derechos humanos, al analizar la vigencia del derecho a la educación en Chile. En este análisis, el Instituto reconoció los avances que ha tenido el Estado chileno en materia de ampliación de la cobertura educacional en los últimos 30 años así como en el incremento de los años de escolaridad promedio de la población y, en especial, de las nuevas generaciones². También ha valorado el aumento del gasto público en educación –incluyendo el incremento salarial docente, al menos durante la primera década de los 90³–, la extensión de la educación preescolar y la matrícula en educación superior; y ha señalado los aspectos positivos –y también los aspectos deficitarios– del nuevo diseño institucional (Agencia de Calidad de la Edu-

cación, Consejo Nacional de Educación, y Superintendencia de Educación). Sin embargo, estos avances se ven afectados “por normativas, mecanismos y prácticas discriminatorias en el sistema educativo que generan desigualdades en la calidad de los procesos de enseñanza/aprendizaje a los que se accede y en las posibilidades de continuar estudios hacia niveles superiores”⁴. Otro gran problema dice relación con la calidad de la educación, en la medida en que los cuerpos normativos no contemplan en su definición a la educación en derechos humanos y al logro de los propósitos del derecho a educación, a nivel de conocimientos, habilidades, actitudes y valores, por medio del currículo, las prácticas educativas, de evaluación y de gestión, como elementos clave de dicha calidad. Adicionalmente, distintos estudios muestran que un significativo porcentaje de los estudiantes de la educación básica tienen rendimientos insuficientes en el desarrollo de habilidades y competencias relevantes para aprender⁵. Ello incluso ocurre en los colegios particulares pagados. De igual modo, un gran número de egresados de enseñanza media no comprenden lo que leen⁶. En cuanto a los egresados de la carrera de pedagogía que han rendido la prueba Inicia, un alto porcentaje tiene un nivel insuficiente en las diferentes áreas medidas y, la evaluación de desempeño profesional

1 “(...) se ha clasificado de distinta manera como derecho económico, derecho social y derecho cultural. Es todos esos derechos al mismo tiempo. También es un derecho civil y un derecho político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto, el derecho a la educación es el epitome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos.” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14). Presentado el 10 de mayo de 1999. E/C.12/1999/4, párrafo 2).

2 La tasa de cobertura bruta de la educación parvularia es del 50,8%, en educación escolar alcanza el 91,1% y en educación superior es de un 45,8%. El promedio de escolaridad de la población de 25 a 35 años es de 12,6 años, en tanto que la de la población mayor de 65 años es de 7,2 años. (Encuesta CASEN 2011).

3 Cenda, 2002.

4 INDH, Informe Anual 2011, p. 53.

5 30% en Lectura y 40% de los estudiantes de 4° básico logran resultados insuficientes, en tanto que casi el 40% en ambas áreas tienen estos bajos niveles de logro entre los estudiantes de 8° básico, según Simce 2013 (Agencia de Calidad, 2013). En las mediciones de la prueba internacional PISA 2012, el 50% de los estudiantes no logra las competencias básicas de matemáticas, un tercio no las logra en Lenguaje y en Ciencias (Agencia de la Calidad, 2014).

6 Informe Final del Estudio de Comportamiento Lector a Nivel Nacional elaborado por el Centro de Microdatos de la Universidad de Chile, solicitado por el Consejo de la Cultura y las Artes en el marco de la licitación N° 1725-318-LP10, 2011.

docente muestra que pese a un significativo mejoramiento entre el 2010 y el 2013, aún persiste un 17,7% de profesores que tiene un desempeño básico o insuficiente⁷.

Por ello, el INDH considera necesaria una reforma del sistema educacional que aborde, desde una perspectiva de derechos humanos, los diferentes problemas existentes. Entre otros, la necesidad de fortalecer la educación pública, por medio de financiamiento suficiente; mejorar su institucionalidad; reformar y fortalecer la carrera docente asegurando su calidad, capacitar a directivos de colegios públicos; eliminar los mecanismos de discriminación en el sistema así como las barreras geográficas o étnicas de acceso a la educación que afectan a los grupos vulnerados en sus derechos; el fortalecimiento de las atribuciones de fiscalización del Estado; e integrar la educación en derechos humanos, especialmente en la formación inicial docente, como condición necesaria para su efectiva implementación en la educación escolar, entre otras materias. Mención aparte supone la educación superior; cuyo marco regulatorio, financiamiento, sistema de ingreso, oferta de educación técnica, sistema de educación pública superior entrarán en proceso de modificación.

No obstante, el presente apartado focaliza su contenido en revisar, específicamente, uno de los proyectos presentados por el actual gobierno y que solo considera un aspecto parcial de la reforma educacional, con el fin de analizar si las medidas propuestas se ajustan a las exigencias de los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

El sistema educativo vigente en Chile, pese a las modificaciones que se le han efectuado, incluyendo el reemplazo de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza por la nueva Ley General de Educación de 2009, ha sido objeto de cuestionamientos en la última década, tanto por organismos internacionales como por grupos académicos y por diversos sectores de la ciudadanía en general (Carrasco, Contreras, Flores, Mizala, Elacqua, Valenzuela, 2013; Treviño, E. Valenzuela, J. P. y Villalobos, C, 2014; FSP, 2013). Las principales críticas se dirigen a la calidad de la educación, en relación con los bajos resultados de los y las estudiantes chilenas en comparación con los resultados de países equivalentes en nivel

de desarrollo, y a la segmentación que caracteriza al sistema educacional en sus diferentes niveles, que hace de la educación chilena una de las más desiguales del mundo (OCDE 2014; 2014a)⁸. Además, el movimiento estudiantil ha cuestionado los altos costos que implica acceder a “educación de calidad” y proyectar estudios universitarios, planteando que el lucro en la educación es una de las principales barreras para ejercer el derecho (CONES 2014; CONFECH, 2014).

El INDH se ha referido a algunos de los aspectos presentes en la discusión pública, desde una perspectiva de derechos humanos. Para ello ha identificado, en primer lugar, los estándares internacionales que en la materia debe cumplir el Estado, de manera de poder contrastarlos con la actual situación nacional.

En primer término, el Instituto ha señalado que la provisión mixta de educación no representa un incumplimiento de los deberes del Estado en materia de derechos humanos, pero los resultados que produce el copago, por el modo en que opera, vulneran el derecho a la no discriminación, consagrado en el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el cual obliga a los Estados Parte a prohibir “toda discriminación y garanti[zar] a todas las personas una 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”. Este artículo, según la Observación General N°18⁹ del Comité de Derechos Humanos, “prohíbe la discriminación de hecho o de derecho”, frente a lo cual los Estados deben “adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación”. Protección similar establece el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 2.2.

7 Mineduc (2014). Evaluación de Desempeño Profesional Docente. Resultados 2013.

8 “Más del 23% de la diferencia en el desempeño de los estudiantes puede ser atribuida a su estatus socioeconómico, mientras que en promedio, en países de la OCDE, se cifra en un 15% las diferencias por estatus socioeconómico” OCDE, Education policy outlook Chile, nov. 2013.

9 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18, No Discriminación, adoptada en 1989, HRI/GEN/1/Rev.7.

En el caso de los colegios que reciben una subvención estatal, existen dificultades para el acceso a la educación y la libertad de elección de la educación que se desea obtener, ya que la posibilidad de elegir un establecimiento educacional se supedita a la capacidad de pago de las familias, en tanto requisito para el ingreso y permanencia en el establecimiento. Ello configuraría una situación de desigualdad en el ejercicio de la libertad de elección de la educación entre aquellas personas que pueden elegir libremente el establecimiento educacional de su preferencia y quienes solo pueden elegir entre aquellos que pueden pagar, provocando la segmentación de la población escolar, donde los estudiantes se educan con aquellos de su mismo nivel socioeconómico.

En este mismo sentido, el INDH ha cuestionado los procesos de selección, entendiendo por ello un proceso donde los establecimientos educacionales fijan criterios que los y las estudiantes y sus familias deben cumplir para poder ser aceptados/as, lo que podría atentar contra las posibilidades de elegir la educación que se desea, generando barreras que dependen de factores sociales, económicos y culturales¹⁰.

Ni los efectos del copago ni los de la selección que han resultado en conjunción en altos grados de segregación han logrado ser totalmente mitigados por la Ley de Subvención Escolar preferencial (SEP), debido a que el 46% de los establecimientos particulares subvencionados con copago no han suscrito el convenio SEP —que permite acceder sin copago y sin procesos de selección a dichos establecimientos— y casi un millón de estudiantes que podrían acogerse a esta subvención no pueden impetrar este beneficio¹¹, como lo muestran los estudios sobre los efectos de esta ley en la segmentación educativa (Elacqua 2011; Valenzuela, Villalobos y Gomez, 2013; Mizala y Torche 2013).

En la educación básica es necesario considerar, además, que los estándares internacionales establecen la gratuidad y la universalidad de la oferta estatal como criterios básicos de funcionamiento y como medidas de aplicación inmediata (INDH, 2011: 55-61). En consideración a ello, los Estados están obligados a asegurar la elección de la educación para todos y todas, por lo que deben “derogar todas las disposiciones legislativas y administrativas y abandonar todas las prácticas administrativas que entrañen discriminaciones en la esfera de la enseñanza” y “adoptar las medidas necesarias, inclusive disposiciones legislativas, para que no se haga discriminación alguna en la admisión de los alumnos en los establecimientos de enseñanza”¹².

Otra conclusión a la que ha llegado el INDH es que el modelo de financiamiento de la educación en Chile no favorece un adecuado despliegue de la disponibilidad¹³ de la educación, generándose barreras de acceso que afectan a grupos de especial protección, como son los niños y niñas de comunidades rurales, la población con diversos tipos de discapacidad¹⁴, o que proviene de pueblos indígenas, o para quienes quieren ejercer su derecho a educación estando privados de libertad. Todos estos grupos cuentan con una menor oferta, alejada de sus lugares de residencia o que no se adecua a sus necesidades y particularidades, dado que no logran constituir una demanda que incentive la instalación de escuelas para brindar estos servicios.

A estos problemas se suma una débil tutela judicial del derecho a educación¹⁵, con menores garantías constitucionales en términos generales, pero además, con diferentes niveles de reconocimiento, regulación y protección entre los distintos niveles educacionales, siendo mayores para la educación

10 “Se entiende por “discriminación” toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza”. Convención UNESCO 1960, relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, Artículo 1°.

11 Cifra estimada a partir de los establecimientos particulares subvencionados que no han suscrito convenios SEP, según bases del Ministerio de educación sobre establecimientos y alumnos prioritarios.

12 Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, UNESCO, 1960, Art. 3 a) y b).

13 Se entiende por “disponibilidad” la existencia de “instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte”. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 13. El derecho a educación (artículo 13). Presentado el 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10.

14 Según las propias estimaciones del Ministerio de Educación, unos 850 mil estudiantes presentan necesidades educativas especiales, de estos solo el 18% estaría recibiendo una educación diferenciada, por lo que el déficit de cobertura resulta preocupante (INDH, Informe Anual 2011, p. 61 y 186; INDH, Informe Anual 2012, p. 41.; INDH, Informe Anual 2013, p. 229).

15 Informe Anual 2011, p. 55 y 270-271. INDH, Informe Anual 2013, p. 225.

escolar, y escasos para la educación parvularia y la educación superior:

Asimismo el INDH ha hecho referencia a la falta de una noción clara de calidad de la educación, señalando que las normativas y políticas públicas destinadas a cautelarla resultan inconsistentes y no logran dar debida protección a elementos centrales del propósito de la educación como derecho humano¹⁶.

En ese marco, el INDH también ha manifestado preocupación por el rol subsidiario del Estado en esta materia, particularmente en el hecho de que posee escasas atribuciones para garantizar el derecho a la educación, pues ellas se concentran en la fiscalización del uso de los recursos, así como una baja utilización efectiva de las que tiene, tanto en materia de realización del derecho (provisión directa de servicios educativos), en la regulación del funcionamiento de los establecimientos educacionales privados¹⁷, como en la fiscalización¹⁸ para resguardar el acceso a educación y el respeto de derechos en todos los espacios educativos.

Este apartado analiza el contenido del derecho a la educación y libertad de enseñanza a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos y la normativa nacional, para luego analizar el proyecto de reforma y sus implicancias en relación con la garantía de este derecho.

DEBATE EN TORNO AL PROYECTO DE LEY

El actual Gobierno ha impulsado una reforma educacional que, según el mensaje del primer proyecto presentado, “se funda en la convicción de que la educación es un derecho

social (...) y busca avanzar en terminar con las desigualdades estructurales del sistema educativo”¹⁹. Acorde al mensaje del proyecto (p. 2), este será complementado por una serie de iniciativas legislativas sobre educación parvularia, carrera profesional docente, nueva institucionalidad para organizar y desarrollar la educación pública y la educación superior. Sin embargo, hasta el 31 de octubre de 2014 no habían ingresado al Parlamento.

El proyecto ha suscitado un debate sobre el alcance de las transformaciones al sistema, siendo los principales puntos de la discusión la potencial afectación de la libertad de enseñanza y el rol que debe desempeñar el Estado. Mientras que algunos actores han puesto en discusión la legitimidad y admisibilidad del lucro en la esfera educacional, así como si es necesario regularlo más o si debiera ser eliminado; otros, por el contrario, sostienen que la libertad de enseñanza, entendida como facultad para abrir y administrar establecimientos educacionales, no puede ser limitada, como el proyecto presentado haría, por ejemplo, al eliminar la selección, el copago y el lucro.

Respecto de la libertad de enseñanza, el debate gira en torno a dos cuestionamientos: por una parte, el temor a que la regulación y participación del Estado en la apertura, mantención y propiedad de los establecimientos educacionales privados derive en una educación homogénea o intervenida mediante proselitismo político, por medio del condicionamiento de las subvenciones y la eliminación del financiamiento compartido. Quienes plantean estas aprehensiones señalan también que esta medida podría llevar a los sostenedores al cierre de los establecimientos o al menos, a reducir los recursos con los que actualmente cuentan para operar, disminuyendo, por lo mismo, la calidad del servicio y afectando, principalmente a quienes han logrado una inserción en un espacio que hoy día operaría bien, por medio de la Subvención Escolar Preferencial (L&D, 30 de mayo de 2014; L&D, 6 de junio de 2014; Beyer y Eyzaguirre, 2014; CONFEP, 31 julio 2014).

16 Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 26.2; Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, Art. 5.1.a); PIDESC Art. 13.1.

17 Sobre las garantías de igualdad y no discriminación y la regulación de la libertad de enseñanza, véase INDH, Informe Anual 2012, p. 43. Sobre calidad de la educación y regulación del sector privado véase, INDH, Informe Anual 2013, p. 223.

18 “(...) las escasas atribuciones para actuar por iniciativa propia en pro de la prevención de vulneraciones a este derecho que reconoce el MINEDUC y la predefinición de las situaciones atendibles para iniciar una fiscalización con que se ha iniciado el trabajo de la Superintendencia de Educación Escolar (Mineduc, 2012), debilita las posibilidades de garantizar el derecho a educación y la protección de derechos en los espacios educacionales y universitarios” (INDH, Informe Anual 2012, p. 47).

19 Mensaje presidencial N° 131-362, 19 de mayo de 2013, Proyecto de Ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado; p. 3, 4 y 5.

Para contextualizar, cabe señalar que de los 12.144 establecimientos educacionales en funcionamiento en 2013, solo 602 no reciben ningún tipo de financiamiento estatal (5%). Por lo tanto, el 95% que recibe financiamiento del Estado es parte de lo que se entiende como educación pública²⁰. En un 76,9% de ellos, el financiamiento estatal es completo, mientras que en un 20,4% es parcial, complementándose con los aportes de las familias. En relación con la matrícula, el Estado financia completamente la mensualidad del 60,4% de los estudiantes²¹.

Un segundo cuestionamiento en relación con la libertad de enseñanza versa sobre los riesgos para la sostenibilidad y autonomía de proyectos educativos, si no se permite seleccionar a familias acordes a ellos²², y si el proceso de admisión queda en manos del Estado (CONFEP, 2014). A estas voces disidentes al proyecto, han surgido otras que abogan por la necesidad de una educación inclusiva²³, no selectiva, y que opere con los resguardos de un derecho social (Godoy, Salazar y Treviño, 2014; Educacion2020, 2013). Bajo esta línea argumental también hay actores sociales que plantean que la reforma es insuficiente para lograr este objetivo, si no se elimina completamente el sistema de subvención y no se extienden las condiciones de gratuidad, fin al lucro y prohibición de selección a los establecimientos particula-

res que no reciben subvención del Estado (CONES 2014; CONFEC, 2014).

Para enfrentar ese debate, las autoridades del Ministerio de Educación iniciaron un proceso de participación ciudadana destinado a recoger preocupaciones, visiones y explicar el sentido de la reforma, por medio de diálogos ciudadanos a lo largo del país, además de la realización de diálogos temáticos y técnicos en los que participaron especialistas, organizaciones gremiales, estudiantiles, de padres y apoderados, centros de pensamiento e iglesias. Estos espacios han contado con el apoyo de Unesco en un rol de moderador. Durante el proceso que se extendió entre el 22 de julio y el 13 de septiembre, participaron más de 200 organizaciones, pero se mantuvo en tensión permanente la participación de los estudiantes secundarios y universitarios, quienes finalmente desistieron de continuar en el proceso en la última semana de agosto, acusando escaso poder resolutivo en esta instancia y las conversaciones paralelas que desarrollaba el gobierno para establecer acuerdos con otros actores políticos.

DERECHO A EDUCACIÓN Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA: ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y NORMATIVA NACIONAL

En la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el derecho a la educación contiene dos dimensiones: una prestación y dos libertades complementarias entre sí.

La prestación tiene relación con el contenido mismo del derecho, es decir, con el servicio educativo propiamente tal. En cuanto a las libertades, por un lado, la libertad de elección es la facultad que tienen los y las titulares del derecho a elegir la educación que se desea. Ello significa que, en el caso de personas menores de edad, los padres, madres y tutores/as tienen legitimación activa para elegir la educación de sus hijos/as. Por otro lado, el PIDESC y, su respectivo Comité, reconocen la libertad de establecer y dirigir instituciones de enseñanza “siempre que aquéllas satisfagan las

20 Cálculos de establecimientos y matrículas establecidos sobre las bases de datos 2013 de establecimientos y matrícula del Centro de Estudios Mineduc, <http://centroestudios.mineduc.cl/index.php?t=96&i=2&cc=2036&tm=2>, consultados el 1 de septiembre de 2014.

21 Cálculo considera la matrícula de estudiantes que asiste a un establecimiento gratuito, sumando los y las estudiantes sujetos a Subvención Escolar Preferencial (SEP).

22 Al respecto, cabe señalar que, con fecha 24 de octubre de 2014, la Corte de Apelaciones de Concepción ha ratificado un fallo del 1º Juzgado Civil de Concepción en el que se condena al Colegio Santísima Trinidad a reintegrar a una estudiante que no fue admitida en atención a la situación de convivencia de su madre con su pareja. Ello, fundado en que el colegio habría justificado su actuar en “razones que configuran categorías sospechosas de discriminación, como son el estado civil y la filiación, perturbando con ello el derecho constitucional de la niña a educarse en el establecimiento de su elección” y que, en este caso, la libertad de enseñanza “queda supeditado” al de la libertad de educación. (C.A Concepción Rol N° 1009-2014; 1º Juzgado Civil de Concepción Rol N° 8828-2013)

23 Al respecto pueden revisarse los documentos de Educacion2020; Vicaría de la Educación del Arzobispado de Santiago, Fundación para la Superación de la Pobreza presentados en las mesas técnicas; <http://reformaeducacional.gob.cl/participacion/documentos/> o revisar numerosas columnas de opinión de destacados académicos, juristas y políticos en medios como *El Mostrador*, *La Tercera*, *Emol*, entre mayo y agosto de 2014.

PIDESC, Artículo 13:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:
 - a. La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
 - b. La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
 - c. La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
 - d. Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
 - e. Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. Nada de lo dispuesto en este Artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe”²⁴. No se puede hablar de libertad de elección si no existen proyectos educativos diferentes a los del Estado. Como lo establece el Comité DESC, la libertad de elegir la educación

24 “El segundo elemento del párrafo 3 del artículo 13 es la libertad de los padres y tutores legales de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe. Esa disposición se complementa con el párrafo 4 del artículo 13, que afirma la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza”. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su Observación General N° 13, op. cit. párr. 29.

de los hijo/as “se complementa con la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza”²⁵, resguardando que la orientación de la educación impartida, cualquiera sea la entidad que la provea, se oriente hacia “(...) el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favore[zc]a la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y prom[ueva] el

25 Ibidem.

desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”²⁶.

Se trata del punto de partida para poder establecer mínimos de calidad de la educación, toda vez que los objetivos constituyen un parámetro de lo que se debe lograr con el proceso educativo²⁷. Así, los padres, madres y tutores/as deben poder elegir libremente la educación que consideren mejor para sus hijos e hijas, dentro de una diversidad de proyectos, y se debe asegurar que estos se orienten a los propósitos de la educación, cumpliendo con ciertos mínimos de contenido y calidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Convención de los Derechos del Niño y en el artículo 13 del PIDESC (y precisados en la Observación General 1º y 16 del Comité de los Derechos del Niño²⁸, así como en la Observación General Nº 13 del Comité DESC²⁹). En definitiva, como plantea el Comité de Derechos del Niño, los tratados internacionales “no establece[n] la forma de provisión de estos servicios, pero es importante destacar que los Estados no están eximidos del cumplimiento de las obligaciones que han asumido en virtud de la Convención cuando externalicen o privaticen servicios que afecten a la efectividad de los derechos del niño”³⁰.

26 DUDH, art. 26; PIDESC art. 13; CDN art. 29. Estos propósitos u orientaciones se ven complementados en otros instrumentos internacionales, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW, el Convenio 169 de la OIT y la Convención sobre Personas con Discapacidad, con la introducción de específicos elementos en atención con los grupos de especial protección a los que refieren y a la necesidad de eliminar los prejuicios y estereotipos que les afectan. Adicionalmente, ver estudio “El papel de la Educación en la formación del bienestar subjetivo para el desarrollo humano. Una revisión al caso chileno”, realizado por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), octubre 2014, y “La educación encierra un tesoro. Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la Educación para el Siglo XXI, presidida por Jacques Delors”, Ed. Santillana, 1996.

27 Al respecto se ha pronunciado el ex-Relator sobre Derecho a la Educación, Vernor Muñoz Villalobos, refiriendo a que “la calidad no se reduce a un criterio de eficiencia cuantificable, sino que abarca la profundidad del compromiso humano hacia el presente y el futuro de todas las personas”.

28 Comité DN, Observación General Nº 1, Sobre los propósitos de la educación. Presentado el 17 de abril de 2001. CRC/GC/2001/16; Observación General Nº 16 Presentado el día 17 de abril de 2013. CRC/C/GC/16, párrafo 33.

29 Comité DESC, Observación General Nº 13. Op. cit.

30 Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, adoptada el año 2013, CRC/C/GC/16; párrafo 33.

Las obligaciones del Estado, a partir de los elementos referidos son: proteger la libertad de elegir la educación que se desea, asegurar y promover la existencia de diferentes ofertas de educación, resguardando que esta se oriente a los objetivos establecidos en el Art. 13.1 del PIDESC y garantizar las condiciones para establecer y dirigir establecimientos, así como prohibir acciones de terceros que atenten contra ellos.

El Estado debe garantizar que la educación, en todos sus niveles, cuente con los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad adoptados por el Comité DESC en su Observación General Nº 13³¹, solo reconociendo diferencias en las obligaciones inmediatas de gratuidad en la provisión de educación en los diferentes niveles. Esto quiere decir que debe existir oferta educativa en cantidad suficiente para la población que lo requiere, que no se debe discriminar en su acceso, que esta debe ser accesible desde un punto de vista material (geográfica y tecnológicamente) y económico, que la oferta sea de calidad acorde a los objetivos de la educación, pertinente y adecuada al contexto sociocultural y a diferentes necesidades educativas.

En este sentido, el Comité DESC afirma que “en aplicación de los principios de no discriminación, igualdad de oportunidades y participación real de todos en la sociedad, el Estado tiene la obligación de velar por que la libertad consagrada en el párrafo 4 del artículo 13 [establecer y dirigir] no provoque disparidades extremas de posibilidades en materia de instrucción para algunos grupos de la sociedad”³². Así, entre las obligaciones jurídicas concretas se reconoce que “los Estados Partes tienen la obligación de establecer “las normas mínimas (...) en materia de enseñanza” que deben cumplir todas las instituciones de enseñanza privadas establecidas con arreglo a los párrafos 3 y 4 del artículo 13. Deben mantener, asimismo, un sistema transparente y eficaz de supervisión del cumplimiento de esas normas”³³, lo que se ve reforzado con el señalamiento de que constituye una violación “el no velar por que las instituciones de enseñanza privada cumplan con las ‘normas mínimas’ de la educación que disponen los párrafos 3 y 4 del artículo 13”, “el no mantener un sistema

31 *Ibíd.*, párr. 6.

32 Comité DESC, Observación General Nº 13. Párr. 30.

33 *Ibíd.*, párr. 54.

transparente y eficaz de supervisión del cumplimiento del párrafo 1 del art. 13” o “el no adoptar medidas que hagan frente a una discriminación de hecho en la educación”.

Además, “la prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación”, como lo ha señalado el Comité DESC en su observación General N° 13³⁴, además de ser un principio presente en otros tratados como el PIDCP o la CEDAW. Finalmente, también es una obligación del Estado adoptar medidas para avanzar progresivamente en la gratuidad según nivel educativo, destinando el máximo de recursos disponibles a lograr gratuidad en todos los niveles en atención al principio propersona, y además, considerando que la gratuidad es una obligación inmediata para la educación primaria³⁵, y en el caso de Chile, para la educación parvularia desde el nivel medio menor y toda la educación escolar, de acuerdo con lo que dispone la Constitución (art. 19.10)³⁶.

En relación con la dimensión de libertad del derecho a la educación, la Constitución Política reconoce la libertad de elección acorde al tratamiento que le da el derecho internacional e incluye también la libertad de abrir y mantener establecimientos educativos, cautelando el cumplimiento de algunos requisitos mínimos de infraestructura, reglamentación interna y objetivos de la educación en general y por nivel, en referencia a lo que establece la Ley General de Educación. Así también lo ha reafirmado el Tribunal Consti-

tucional al señalar que los padres/madres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos y que la libertad de enseñanza “resulta ser completa o plena, ya que abarca tanto a los fundadores o sostenedores de los establecimientos de enseñanza en la prosecución de sus proyectos educativos, como a los padres en la elección de aquellos que juzguen coherentes con el ideario formativo de sus hijos”³⁷.

Por su parte, los objetivos reconocidos para la educación en Chile³⁸ son coincidentes con los estándares internacionales de derechos humanos, y se aplican a los diferentes niveles de la educación formal, de acuerdo con la Ley General de Educación. El Estado debe, por lo tanto, garantizar que todo el sistema educativo chileno cuente con mínimos de calidad atendidos dichos propósitos, independientemente de la propiedad de los establecimientos, el financiamiento de los proyectos o su administración.

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE REFORMA EDUCACIONAL BAJO ESTÁNDARES DEL DERECHO A EDUCACIÓN

Según el mensaje presidencial, el primero de los Proyectos de Ley de la reforma educacional³⁹ se orienta a tres objetivos: regular los procesos de admisión de los y las estudiantes, eliminar el financiamiento compartido y prohibir el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, atendiendo, de acuerdo al mensaje del proyecto, a una concepción de la educación como derecho social, entendida “no solo como un mecanismo de transmisión de conocimientos o como un mero entrenamiento para el trabajo, sino como un proceso de socialización y formación de personas integrales, de ciudadanos conscientes, críticos y comprometidos con su entorno y sociedad”⁴⁰.

34 Comité DESC, Observación general N° 13, párrafo 31.

35 Comité DESC, op. cit. Observación General N° 20 sobre No Discriminación y DESC, Presentado el 2 de julio de 2009. E/C.12/GC/202. Convención para la eliminación de toda forma de discriminación en la esfera de la enseñanza.

36 “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia, para lo que financiará un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, destinado a asegurar el acceso a éste y sus niveles superiores. El segundo nivel de transición es obligatorio, siendo requisito para el ingreso a la educación básica. La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad. Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación. Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”.

37 TC, rol N° 410, considerando décimo quinto.

38 En la Constitución Política de la República, art. 10 inc. 1; LGE, art. 2 y Ley 20.529 art. 111.

39 Boletín N° 9366-04 presentado con fecha 19 de mayo de 2014.

40 Mensaje presidencial N° 131-362, por el que se introduce el proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado.

La propuesta introduce modificaciones en cuatro cuerpos legales: Ley General de Educación (LGE)⁴¹; la Ley 20.529 que establece un Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización; Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1998 sobre Subvención a los Establecimientos Educativos, y Ley 20.248, que establece la Subvención Escolar Preferencial.

Las modificaciones legales que promueve este proyecto buscan, de acuerdo con el mensaje, impedir procesos discriminatorios en todo el sistema educativo, tanto público como privado, para lo cual revisa y amplía las regulaciones en torno a los procesos de admisión; la reglamentación interna de los establecimientos, y las condiciones que se deben cumplir para que los establecimientos accedan y mantengan la subvención estatal. Así también, se establecen modificaciones en el sistema de financiamiento, para reforzar la universalidad y el principio de gratuidad en la educación, y establece prohibiciones al lucro, para focalizar los recursos en la educación y sus propósitos.

a. Ajustes a los procesos de admisión

Una de las medidas que introduce el proyecto es la profundización de las regulaciones que prohíben procesos de selección discriminatorios sobre la base de características socioeconómicas, étnicas o culturales, a todos los establecimientos educacionales, reciban o no financiamiento estatal. El proyecto distingue entre selección y admisión, puesto que en el primer caso, el establecimiento plantea requisitos que deben ser cumplidos por sus postulantes y/o familias, mientras que en el caso de la admisión, el proyecto se refiere a procesos aleatorios para definir a quién se otorgan los cupos disponibles. Adicionalmente, para los establecimientos que reciben aporte estatal, se profundiza en la prohibición de selección y en garantizar el principio de no discriminación, fundamentalmente, mediante dos medidas: la extensión de la prohibición de seleccionar por rendimiento potencial o por antecedentes socioeconómicos familiares a quienes postulan a la educación media y la creación de un sistema de admisión único y centralizado.

41 Decreto con Fuerza de Ley N° 2 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 20.370 con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005. Publicado el 2 de julio de 2010.

El sistema de admisión propuesto antes de las indicaciones y de la discusión en la Cámara operaba centralizadamente⁴², teniendo como excepciones a los establecimientos de educación artística y a los llamados “establecimientos emblemáticos”, que atendidas sus características históricas, de rendimiento académico destacado en la región, podrían generar procesos de selección por pruebas, o restringidos al 20% de mayor rendimiento. Un reglamento que deberá generar el MINEDUC determinará el procedimiento para calificar dichos establecimientos.

La regulación que hace el proyecto para esta excepción queda entregada a un reglamento, definiendo vagamente qué establecimientos quedarán bajo esta denominación. En relación con el sistema de admisión, la comisión de educación de la Cámara de Diputados ha decidido reemplazar el sistema centralizado de selección, por otro de administración directa por los establecimientos⁴³.

El INDH comparte la necesidad de regular los procesos de admisión para eliminar prácticas o resultados discriminatorios, incluso en los establecimientos sin financiamiento estatal, respondiendo así a un principio jurídico clave en materia de derechos humanos, cual es el de no discriminación⁴⁴. En este sentido, el rol del Estado es de garante del mismo, en tanto obligación inmediata, tanto en los establecimientos públicos como en los privados. No obstante, debe observarse que la modificación legal al artículo 13 de la Ley General de Educación, contiene una interpretación de la libertad de enseñanza, que si bien recoge algunos principios señalados en la Convención Unesco de 1960 sobre lo que se considera aplicaciones no discriminatorias en el marco de la enseñanza, requiere quórum de ley interpretativa de la Constitución para su aprobación.

42 Los apoderados postulan a sus hijos/as, ordenando los establecimientos según su preferencia. Si el establecimiento tuviera menos cupos que postulantes, se implementará un sistema de admisión aleatorio, que considera, en orden sucesivo, otras variables: calidad de estudiante prioritario, tener hermanos/as en el establecimiento o que los padres y madres trabajen en él. Solo para los establecimientos con modalidad artística se permiten pruebas especiales de admisión.

43 Indicaciones diputados UDI y diputados Amplitud; así como indicaciones sustitutivas del Ejecutivo. Boletín N° 9366-04.

44 PIDESC, art. 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 26, Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2 y 7, Convención UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza 1960, art. 1 al 4.

Adicionalmente preocupan algunas contradicciones en el proyecto, y eventuales espacios de discrecionalidad que estas pueden generar: i) la mantención, en el proyecto original, del inciso segundo del artículo 13 de la Ley General de Educación, donde se permite establecer criterios, requisitos, hacer pruebas y solicitar antecedentes y pagos por participar de los procesos de admisión, lo que podría dar pie a procesos de selección discriminatorios, cuestión recogida por la Comisión de Educación de la Cámara, ii) la definición de los establecimientos que pueden operar en régimen de excepción, por sus características históricas, definido esto mediante reglamento, y quedando abierto a posibles presiones coyunturales que deriven en procesos de selección que se quieren evitar. Esto se mantuvo después de la discusión de la comisión de educación de la Cámara, como fue presentado en el proyecto original.

En opinión del INDH, la prohibición de selección debiera incluir a los establecimientos de educación artística y a los llamados “establecimientos emblemáticos”; es decir, debiera aplicarse del mismo modo a todos los establecimientos educacionales.

Asimismo, preocupa la mantención de sistemas de selección en la enseñanza media basándose en calificaciones, pues en un contexto educacional como el de Chile en el que el logro escolar está vinculado al nivel socioeconómico (Cerón y Lara, 2010; ACE 2012; LLECE 2010) podría afectar el principio de acceso universal a la enseñanza media establecido en la Constitución chilena.

Por otra parte, preocupa al INDH que la mayoría de estas medidas recaigan en la Ley de Subvenciones y no hayan sido introducidas en la Ley General de Educación, no considerando que el principio de no discriminación arbitraria es aplicable a todo tipo de establecimiento. Se trata de una obligación inmediata de acuerdo con lo establecido en el Art. 2 del PIDESC y a la Observación General N° 2 del Comité DESC⁴⁵ y que fija el sentido y alcance de dicho principio. En este sentido, si bien no existe una prohibición para que los establecimientos que no reciben financiamiento estatal puedan cobrar por el

servicio que proveen, “los Estados deben adoptar medidas concretas que tengan en cuenta la participación del sector privado en la prestación de servicios a fin de velar por que los derechos enumerados en la Convención no se vean comprometidos. Tienen la obligación de establecer normas, con arreglo a la Convención, y de vigilar de cerca su cumplimiento, (...) deben velar por que la prestación de estos servicios no ponga en peligro el acceso de los niños a los servicios por motivos discriminatorios, especialmente en el marco del principio de protección contra la discriminación, y porque, en todas las ramas del sector de los servicios, los niños tengan acceso a un órgano de supervisión independiente, a mecanismos de denuncia y, cuando proceda, a un recurso judicial adecuado que les permita acceder a recursos efectivos en caso de vulneración de sus derechos”⁴⁶. Estas mismas obligaciones ya habían sido establecidas por el Comité DESC⁴⁷ y, recientemente, por el Relator Especial del Derecho a la Educación⁴⁸. El Estado ya reconoce estas obligaciones generales “de asegurar resguardar los derechos de los padres y alumnos, cualquiera sea la dependencia del establecimiento que elijan”, en la LGE (Art. 4°, inciso 7).

b. Regulación de la reglamentación interna

El Proyecto de Ley contempla dos aspectos relevantes en relación con el principio de no discriminación en el ámbito educacional. En primer lugar, se extiende la prohibición de impedir la continuidad de los estudios por cambio del estado civil de los padres a los establecimientos particulares sin aporte estatal, y, por otro lado, se refuerza, en los establecimientos con aporte estatal, la exigencia de que los proyectos educativos institucionales y sus reglamentaciones internas resguarden dicho principio y, por tanto, no puedan contener normas contrarias a los derechos fundamentales.

En cuanto a la regulación de los reglamentos internos y las normas de convivencia, se prohíbe en los establecimientos con aporte estatal la discriminación ideológica,

45 Comité DESC, Observación General N° 2, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (2009), E/C.12/GC/20; párrafo 7.

46 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, adoptada el año 2013, CRC/C/GC/16; párrafo 34.

47 Comité DESC, Observación General N° 13, párrafo 54.

48 Kishore Singh, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación. Publicado el 24 de septiembre de 2014, A/69/402, párrafos 107, 108, 122 y 123.

socioeconómica, racial y cultural. Asimismo, se prohíbe la expulsión de los o las estudiantes por motivos socioeconómicos o rendimiento vinculado a necesidades educativas especiales transitorias. La expulsión⁴⁹ solo se permite si la conducta está prevista en el reglamento y afecta gravemente la convivencia escolar, debiendo implementar medidas de apoyo pedagógico o psicosocial previamente y siempre que el estudiante pueda matricularse en otro establecimiento. La redacción no es del todo consistente, en tanto, por un lado, indica que “Solo podrán aplicarse las sanciones o medidas disciplinarias contenidas en el reglamento interno, las que, en todo caso, estarán sujetas al principio de proporcionalidad, de no discriminación y a lo dispuesto en el artículo 11 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación”, y por el otro, señala que “No podrá decretarse la medida de expulsión o la medida de cancelación de matrícula de un o una estudiante por motivos disciplinarios, académicos, de carácter político, ideológicos o de cualquier otra índole, sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos siguientes. Solo podrán aplicarse las medidas señaladas en el párrafo anterior cuando sus causales estén claramente descritas en el reglamento interno del establecimiento y que, además, afecten gravemente la convivencia escolar”, ampliando las categorías prohibidas de sanción, pero sin mención a la no discriminación. Así, el tratamiento que el proyecto hace de las expulsiones, da pie para que los reglamentos internos puedan contener normas vulneratorias del principio de no discriminación o de la regulación legal. La redacción debiera ser mejorada en el debate que se dará en el Senado.

En el debate parlamentario y social se han puesto en cuestión la constitucionalidad de estas regulaciones y las de la eliminación de la selección arbitraria, por cuanto limitaría la libertad de enseñanza y pondría en riesgo el desarrollo de los proyectos educativos institucionales. Al respecto, se presentaron indicaciones al proyecto de ley que apuntan a reforzar la autonomía de los establecimientos y limitar la potestad regulatoria del Estado en dichas ofertas, las que fueron rechazadas por la Comisión de Educación de la

Cámara, en armonía con los estándares internacionales sobre el rol del Estado en la garantía de los derechos y los límites a la libertad de enseñanza, también establecidos en la Constitución Política chilena⁵⁰. Al respecto, sería deseable que el proyecto hiciera extensible el resguardo de los derechos de los y las estudiantes, atendiendo al principio de no discriminación y a la universalidad de la educación, a todo el sistema educacional, incluyendo a aquellos establecimientos que no reciben financiamiento estatal, pues los derechos de niños, niñas y adolescentes deben ser resguardados también cuando el proveedor del servicio es privado⁵¹. No obstante, la legislación debe respetar el desarrollo de proyectos educativos diferentes que realicen tratos diferenciados que no impliquen discriminación.

La práctica de la expulsión y la no renovación de matrícula⁵², sin medidas previas que comprometan a las comunidades educativas con los procesos de aprendizaje cognitivo y social de sus estudiantes, resultan contrarias a los propósitos de la educación y a la continuidad educativa que debe asegurarse a todo niño, niña y adolescente. Por lo mismo, el INDH valora la inclusión de estos criterios, y observará con atención cómo avanza este debate y las garantías efectivas que se tomen para resguardar el derecho de todos los y las estudiantes. Sin perjuicio de lo anterior, en lo procedimental y en el control de la proporcionalidad, la regulación codifica buena parte de los principios desarrollados por la jurisprudencia judicial⁵³. El INDH observa con atención esta regla del actual proyecto de ley (artículo 2° numeral 5 letra j), que no debiera ser interpretada por los establecimientos edu-

50 Indicaciones parlamentarios UDI. Boletín N° 9366-04.

51 “Los Estados Partes han de adoptar las medidas necesarias para que en ninguna institución de enseñanza, pública o privada, en el ámbito de su jurisdicción, se apliquen formas de disciplina incompatibles con el Pacto”. Comité DESC, Observación General N° 13, op. cit, párr. 41. Comité de los Derechos del Niño, Op cit.

52 En el Informe Anual 2012 (p. 53), el INDH denunció el aumento y mantenimiento de las prácticas de expulsión y no renovación de matrícula con independencia de la coyuntura de las movilizaciones estudiantiles y las sanciones vinculadas a los efectos negativos de las tomas de establecimientos. La Superintendencia de Educación ha recibido 208 denuncias de expulsiones entre septiembre de 2013 y marzo de 2014, y 3338 denuncias de no renovación de matrícula en igual período.

53 Ver Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 59088-2014; Corte Suprema, Rol 3589-2012, 13 de junio de 2012; Corte Suprema, Rol 3184-2012, 15 de mayo de 2012; y Corte Suprema, Rol 870-2012, 8 de febrero de 2012.

49 Entre septiembre de 2013 y marzo de 2014 se han reportado 208 denuncias por expulsiones. http://www.supereduc.cl/images/Estad%C3%ADsticas/Medidas_Disc_2012_2013_2014Mar.pdf

cacionales como inhibitoria de otros procedimientos que pudieran diseñar en el marco de la expulsión de estudiantes, que dieran mayores garantías de protección a los mismos.

c. Fin del Copago. Principio de gratuidad universal

Como se ha indicado, los estándares de derechos humanos no plantean una prohibición explícita o taxativa a este modelo en particular; no obstante, en la medida en que es deber del Estado garantizar los derechos contenidos en los instrumentos internacionales ratificados, es necesario revisar las consecuencias que ha tenido la exigencia de financiamiento compartido para el ingreso y permanencia de los y las estudiantes en un determinado establecimiento de educación subvencionada. Entre ellas, la afectación del principio de gratuidad universal de la educación⁵⁴, y el de accesibilidad económica y no discriminatoria de la educación⁵⁵. En este sentido, el nuevo sistema –tanto en su dimensión normativa como en sus resultados prácticos– debiera impedir que dichas afectaciones tengan lugar.

El proyecto de ley permite las donaciones o aportes voluntarios en la medida en que no constituyan requisitos para el ingreso o permanencia de los/as alumnos/as, y prohíbe como requisito para recibir la subvención, la exigencia de aportes o pagos de los/as apoderados/as para el ingreso o permanencia de los y las estudiantes. Estas medidas serían reforzadas por la inclusión de un reconocimiento del principio de gratuidad en la Ley General de Educación⁵⁶.

Para asegurar la continuidad del funcionamiento de los establecimientos, se establece un proceso gradual de eliminación de estos copagos, reemplazando este aporte por un

aumento en la subvención, la que deberá ir sustituyendo el aporte de los padres, madres y apoderado/as, hasta que sea equiparado completamente.

Considerando los estándares internacionales en la materia así como las recomendaciones de la Relatoría Especial del Derecho a Educación, la eliminación de las barreras económicas por pagos directos e indirectos, es una medida necesaria para cumplir con el principio de gratuidad, que partiendo en la educación básica, debe extenderse progresivamente a todos los otros niveles⁵⁷.

El artículo 50 de la Ley de Subvenciones mantiene el reconocimiento del derecho del establecimiento a reclamar lo adeudado por los padres, madres y tutores/as, cuestión que debiera estar contemplada en los artículos transitorios del proyecto, para garantizar la posibilidad de reclamar de las deudas anteriores al fin del copago en el establecimiento.

d. Financiamiento del sistema. Disponibilidad y accesibilidad de la educación.

El proyecto amplía la cobertura de subvención escolar, por medio de la creación de una subvención que atiende a otros grupos de población, no cubiertos hasta ahora por estos instrumentos de financiamiento. Los llamados “alumnos preferentes”, que acorde al proyecto, serán aquellos estudiantes que no han sido clasificados como prioritarios por el sistema educacional y que pertenecen al 80% más vulnerable del total nacional según el instrumento de caracterización social vigente⁵⁸. Esta nueva subvención se otorgará por matrícula de estudiantes preferentes y estará destinada a mejorar la calidad de la educación de los establecimientos diurnos.

Por otro lado, se incluye una limitación para el financiamiento estatal de nuevos proyectos educativos en sectores donde la demanda se considera cubierta, con el fin de regular la oferta. Se establece, como condición para exigir la sub-

54 En establecimientos con financiamiento público hay 1.096.454 estudiantes sujetos a copago, mientras que 2.148.884 no deben pagar mensualidad. Estimación sobre la base de datos de establecimientos y matrícula única 2013, Centro de Estudios MINEDUC.

55 “Gratuidad. El carácter de este requisito es inequívoco. El derecho se formula de manera expresa para asegurar la disponibilidad de enseñanza primaria gratuita para el niño, los padres o los tutores. Los derechos de matrícula impuestos por el Gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, son desincentivos del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su realización. Con frecuencia pueden tener también efectos altamente regresivos”. Comité DESC, Observación General N° 11, párrafo 7. “En cuanto a la educación básica, la cuestión no es que se encuentre disponible sino que se encuentre disponible gratuitamente” Kishore Singh, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación. Publicado el 24 de septiembre de 2014, A/69/402; Párrafo 66.

56 Indicaciones diputados Jackson y Nueva Mayoría. Boletín N° 9366-04.

57 “Los gastos indirectos, tales como los derechos obligatorios cargados a los padres (que en ocasiones se presentan como voluntarios cuando de hecho no lo son) o la obligación de llevar un uniforme relativamente caro, también pueden entrar en la misma categoría” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 11. Op. cit, párr. 7).

58 Sinae o IVE, o el instrumento para medir la vulnerabilidad de la población escolar que se encuentre vigente.

vención por primera vez, que exista una demanda insatisfecha por matrícula que no pueda ser cubierta por medio de otros establecimientos que ya se encuentran recibiendo subvención en el territorio.

Desde una perspectiva de derechos humanos, preocupa que esta prohibición pueda agravar el problema de la homogenización de la oferta educativa hoy existente (Villalobos, C. y Salazar, F. 2014), debido a la baja capacidad de adaptabilidad por parte de los establecimientos existentes para responder a las necesidades educativas de la población. Esto podría significar el mantenimiento de las barreras del acceso a la educación para los y las estudiantes de sectores rurales, pertenecientes a comunidades étnicas o que presentan alguna discapacidad, así como una vulneración a la libertad de elegir de los padres, madres y tutores que no cuentan con la diversidad suficiente disponible para hacer efectiva esa libre elección. Esto por cuanto la medida obstaculiza la disponibilidad de oferta educativa que recoja diversidades de necesidades e intereses de las familias, como la educación intercultural, los proyectos de integración y de educación especial⁵⁹. Ello es contrario a las características de adaptabilidad y disponibilidad de la oferta educativa explicitada en los estándares internacionales del derecho a educación.

La medida también entra en contradicción en la educación media, puesto que en ella existe una formación diferenciada⁶⁰ (técnico-profesional, humanista-científica y artística), la que podría no ser cubierta de forma suficiente en todas las modalidades. Lamentablemente la Comisión de Educación de la Cámara rechazó las indicaciones del Ejecutivo que pretendían subsanar este efecto, proponiendo que la subvención se pudiera impetrar si no existe un proyecto educativo “similar” en el territorio.

En opinión del INDH, el sistema de financiamiento debe hacer sostenible una disponibilidad suficiente y diversa de establecimientos, que respondan a las adaptaciones que los diversos grupos de estudiantes requieren. El proyecto de reforma no logra establecer aún medidas suficientes para

garantizar acceso a educación en ciertos sectores donde no hay demanda suficiente para captar subvención, por la baja concentración demográfica, o que presentan mayores dificultades para aprender en el ritmo promedio que el resto de la población. Ello resulta problemático en relación con la obligación del Estado de garantizar disponibilidad de oferta educativa en todos los sectores del país.

En este mismo sentido, el INDH estará atento al desarrollo del debate sobre los mecanismos de arriendo de los establecimientos, pues la manera en que ello se defina podría afectar la disponibilidad de la oferta educativa en el país.

- e. Cumplimiento de los propósitos de la educación, fin al lucro y fortalecimiento del rol del Estado.

El proyecto introduce modificaciones, disponiendo el fin al lucro como requisito para exigir la subvención estatal. En coherencia con ello, se introducen modificaciones para asegurar que las subvenciones estén afectas al cumplimiento de los fines educativos definiendo tal categoría y prohibiendo el establecimiento de contratos con personas relacionadas (naturales y jurídicas), asemejándose a la regulación de las sociedades anónimas. Además, se fortalecen las facultades del Estado para fiscalizar el uso de estos recursos según las modificaciones introducidas en el artículo 5° de la Ley de Subvenciones. En relación con la prohibición de lucro, el INDH estima necesario que el cambio, de aprobarse, se prevea con la gradualidad necesaria como para permitir que el sistema se adapte a la nueva normativa y sus efectos prácticos, y que sea además acompañado del fortalecimiento de la educación pública. Complementariamente, el Estado deberá monitorear el proceso de cambio, para poder identificar a tiempo eventuales efectos negativos, y ofrecer los correspondientes correctivos al sistema.

Otras medidas que introduce el proyecto tienden a fortalecer las atribuciones para fiscalizar y sancionar infracciones al principio de igualdad y no discriminación, incluyendo lo que corresponde a la calidad de la educación. Se reconoce a la Superintendencia de Educación la atribución de fiscalizar a los establecimientos particulares pagados en el cumplimiento de lo que dispone la Ley General de Educación en su título preliminar sobre los objetivos, propósitos y principios

59 Ley 20.370 Ley General de Educación, Art. 23. (2009)

60 Reconocida en la propia LGE, Art. 20 y la Comité DESC, Observación General N° 13, op. cit. párr. 12 y 15.

de la educación. Esta facultad se puede ejercer sin necesidad de denuncia o reclamo, como se exige para el resto de las fiscalizaciones a establecimientos particulares pagados, y le permite a la Superintendencia ingresar al recinto o citar a declarar a representantes administradores o dependientes. Además, se han presentado indicaciones que refuerzan la aplicabilidad de la Ley Antidiscriminación a los espacios educacionales, que fueron aprobadas por la Comisión de Educación de la Cámara⁶¹.

El INDH considera que la definición que el proyecto hace sobre la naturaleza de los sostenedores, definiéndolos como cooperadores del Estado y gestores en la prestación del servicio educacional⁶², no reconoce adecuadamente el rol y aporte social de los sostenedores. Por lo mismo, cualquiera sea la definición que se ocupe, no debe menoscabar la libertad de enseñanza. El INDH considera importante que exista un proceso de reforma que revise y fortalezca las capacidades de actuación del Estado para garantizar el pleno ejercicio del derecho a educación, y en ese entendido, valora que se propongan facultades para fiscalizar el cumplimiento de los propósitos de la educación y de uso de los recursos públicos en la provisión de los servicios educacionales que permitan asegurar igualdad y calidad para todos y todas las estudiantes, independientemente de la dependencia del establecimiento en que se estudie.

En atención a que este proyecto es solo uno de los que conformará la reforma educacional, el INDH espera que el enfoque de derechos humanos sea considerado en los otros proyectos e iniciativas, de manera de dar consistencia a todo el sistema educacional, en sus distintos niveles, incorporando las observaciones que ya se han hecho al sistema respecto de la necesidad del fortalecimiento de la educación pública, los aseguramientos de la calidad educativa, sin discriminación, en el nivel parvulario y de educación superior, y a las atribuciones del Estado para operar como el garante que todo derecho necesita.

61 Reconocida en la propia LGE, Art. 20 y la Comité DESC, Observación General N° 13, op. cit, párr. 12 y 15.

62 En la Constitución de 1925 (art. 10.7°), de manera similar a esta definición del sostenedor, se consideraba a los sostenedores privados “colaboradores” y teniendo todos —establecimientos públicos y privados— que sujetarse a la ley, y reconociéndose que “[s]ólo la educación privada gratuita y que no persiga fines de lucro recibirá del Estado una contribución económica que garantice su financiamiento”.

BIBLIOGRAFÍA

- Agencia de Calidad de la Educación (2014). Informe Nacional Resultados Chile PISA 2012. Santiago.
- Agencia de Calidad de la Educación (2013). Los aprendizajes en la escuela: ampliando la mirada sobre calidad. Resultados 2013.
- Beyer, H. y S. Eyzaguirre, Puntos de Referencia 374 de junio de 2014, CEP: Santiago, Disponible en http://www.cepchile.cl/dms/archivo_5566_3561/pder374_HBeyer-SEyzaguirre.pdf
- Carrasco, A. F. Bogolasky, C. Flores, G. Gutiérrez y E. San Martín (2014) Selección de estudiantes y desigualdad educacional en Chile: ¿qué tan coactiva es la regulación que la prohíbe? PROYECTO FONIDE N°: 711286.
- Carrasco, Contreras, Flores, Mizala, Elacqua, Valenzuela (2013) “Hacia un sistema escolar más inclusivo: Cómo reducir la segregación escolar en Chile”. Informe de Políticas Públicas N° 3. Espacio Público. Disponible en: <http://www.espaciopublico.cl/publicaciones/detalle.tpl?id=25>. Consultado el 3 de septiembre de 2014.
- Centro de Estudios Nacionales de Desarrollo Alternativo (2002) Estudio de Remuneraciones del Magisterio, CENDA: Santiago.
- F. Cerón, M. Lara (2010). Factores asociados con el rendimiento escolar; Documento de trabajo N° 2. SIMCE, Ministerio de Educación.
- CONFEPa (31 de julio 2014) en: file:///G:/Discusi%C3%B3n%20reforma/mesa14doc01_confepa.pdf
- CONFEPa (2014). Petitorio frente a la reforma educacional; Fundación Chile Avanza (2014).
- Elacqua G. (2011). El Impacto de la elección de escuelas y la política pública sobre la segregación: Evidencia para Chile. Centro de Políticas Comparadas de Educación-UDP.
- Informe de Políticas Públicas N° 15. Disponible en http://www.fundacionavanzachile.cl/sites/default/files/informe_n15_v7.pdf
- Fundación Avanza Chile (2014). “Reforma Educacional: El gran ausente: La calidad; El gran perdedor: La libertad; El gran peligro: El monopolio del Estado”. Informe de Políticas Públicas N° 15.
- Fundación para la Superación de la Pobreza (2013). Umbrales Sociales 2013. Santiago: FSP.

Godoy, F., Salazar, F., & Treviño, E. (2014). Prácticas de selección en el sistema escolar chileno: tipos de requisitos de postulación, legitimación en el sistema y las debilidades de la ley. Informes para la Política Educativa N° 1. Centro de Políticas Comparadas de Educación, Universidad Diego Portales. Disponible en www.cpce.cl/ipe

Mineduc, Resultados evaluación de desempeño profesional docente, resultados 2013. Disponible en: www.docentemas.cl/docs/Resultados_Evaluacion_Docente_2013.pdf

Mizala, A. & F. Torche (noviembre 2013) ¿Logra la Subvención Escolar Preferencial igualar los resultados educativos? DOCUMENTO DE REFERENCIA N° 9, Santiago: Espacio Público. Disponible en <http://www.espaciopublico.cl/publicaciones/detalle.tpl?id=19>

OCDE (2014), "Income Inequality Update - June 2014". OECD Publishing.

OCDE (2014a), PISA 2012 Results: Creative Problem Solving: Students' Skills in Tackling Real-Life Problems (Volume V), PISA, OECD Publishing.

OCDE, Education policy outlook Chile, November 2013, OECD Publishing. Laboratorio Latinoamericano de Evaluación de la Calidad de la Educación, LLECE (2010), Segundo Estudio Regional Comparativo y Explicativo. Factores asociados al logro cognitivo de los estudiantes de América Latina y el Caribe. Santiago: OREALC/UNESCO.

Libertad y Desarrollo, Temas Públicos N° 1160, del 30 de mayo de 2014, disponible en: http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1.160fineducaci%C3%93nparticularsubvencionadaml.pdf [consultados el 5 de septiembre de 2014]

Libertad y Desarrollo, Temas Públicos N° 1161, del 6 de junio de 2014, disponible en: http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1.161nuevofinanciamientoporalumnoml.pdf [consultados el 5 de septiembre de 2014]

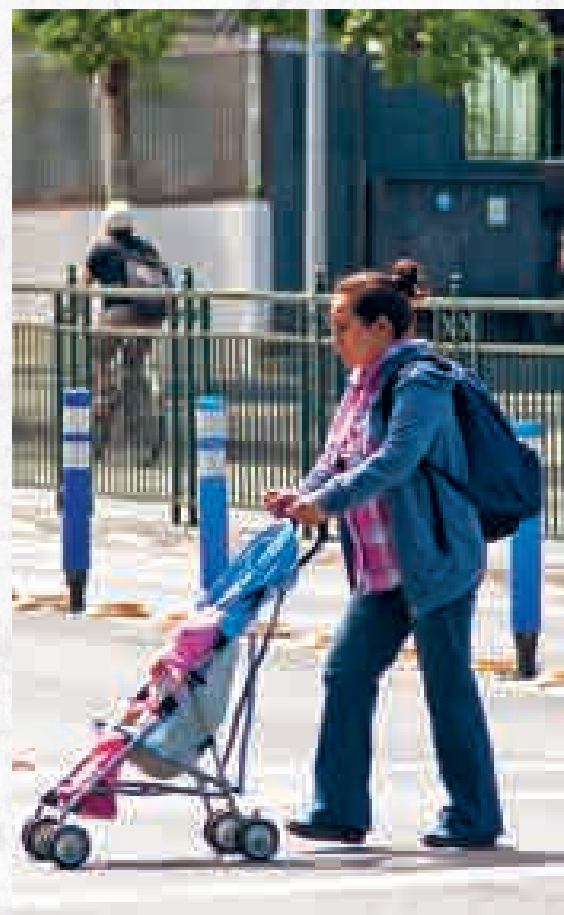
Singh, Kishore (2014). Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación. Publicado el 24 de septiembre de 2014, A/69/402.

Treviño, E. Valenzuela, J. P. y Villalobos, C., (2014). "¿Se agrupa o segrega al interior de los establecimientos escolares chilenos?".

Valenzuela, J. P., Villalobos, C. y G. Gómez (agosto 2013). Segregación y polarización en el sistema escolar chileno y recientes tendencias: ¿Qué ha sucedido con los grupos medios? DOCUMENTO DE REFERENCIA N° 3, Santiago: Espacio Público. Disponible en <http://www.espaciopublico.cl/publicaciones/detalle.tpl?id=9> Villalobos, C. y Salazar, F. (2014). Proyectos educativos en el sistema escolar chileno: una aproximación a las libertades de enseñanza y elección. Informes para la Política Educativa N° 2. Centro de Políticas Comparadas de Educación, Universidad Diego Portales

2

DERECHO A LA SALUD Y MATERNIDAD



Fotografías: Enrique Cerda



DERECHO A LA SALUD Y MATERNIDAD



ANTECEDENTES

La decisión de ser o no ser madre no siempre se toma libremente y no siempre cuenta con el acuerdo y el apoyo de la pareja, la familia, de las instituciones y/o las leyes. A menudo, la voluntad de la mujer, la adolescente o la niña, no es respetada, es coaccionada, o no recibe el apoyo requerido por parte de quienes deberían entregarlo, atropellando así sus derechos a la salud sexual y reproductiva, a la integridad física y psicológica, y a la vida privada. La situación adquiere ribetes dramáticos cuando una mujer se embaraza siendo menor de edad y de quintiles pobres. En general, constituye un problema cuando cualquier mujer enfrenta la maternidad o la imposibilidad de esta en un sentido contrario a sus posibilidades y su proyecto de vida. Las dificultades se pueden complejizar debido a los distintos principios, en ocasiones contrapuestos, que se ponen en juego ante un embarazo no deseado.

Durante 2014 se han conocido algunas situaciones que ilustran lo afirmado: las adopciones irregulares que involucran a un sacerdote imputado por el Ministerio Público, donde a lo menos en una de ellas se sustrajo a un bebé, informando de su supuesta muerte a la madre que quería retenerlo¹; los casos conocidos por la prensa entre 2013 y 2014 sobre niñas embarazadas como producto de reiteradas violaciones en su hogar², las situaciones de discriminación en la atención de una madre migrante en situación irregular, o las

crecientes denuncias sobre violencia obstétrica³⁻⁴, muestran que el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva puede ser restringido para las mujeres en Chile, y en ocasiones, estar rodeado de violencia ante la cual ellas no siempre están protegidas.

El derecho a la salud de las mujeres en el ámbito sexual y reproductivo es vulnerado cuando se niega la orientación y los medios para el ejercicio informado y seguro de la sexualidad, para el ejercicio de la maternidad sin discriminación, y cuando se enfrentan malos tratos, abusos, o desinformación por parte de quienes están obligados a proteger y atender la salud de las mujeres y los procesos de gestación.

En el debate público nacional ha mantenido un lugar relevante la discusión sobre la regulación del aborto, habiéndose anunciado⁵ desde el Poder Ejecutivo que se presentaría durante 2014 un proyecto de ley para despenalizarlo en casos de peligro de la vida de la madre, de inviabilidad fetal y de violación, iniciativa que se suma a las mociones parlamentarias sobre una de las más controvertidas materias legislativas. En este ámbito se han organizado este año manifestaciones que cuestionaron el debate sobre una

1 Ciper Chile <http://ciperchile.cl/2014/08/12/congregacion-del-cura-joannon-confirma-su-participacion-en-las-adopciones-irregulares/>

2 <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/02/680-563638-9-sename-asistio-a-58-menores-embarazadas-producto-de-una-violacion-entre-2012-y.shtml>

3 Leiva, Gonzalo, “Violencia Obstétrica: una violencia de género invisibilizada”, en *El Mostrador*, diciembre 2013; y Viñals, Victoria, “Violencia Obstétrica: La herida invisible del parto”, en *DiarioUchile*, octubre 2014.

4 Estas prácticas han comenzado a penalizarse en algunos países. Un ejemplo es la ley argentina de Protección Integral para prevenir y sancionar la violencia contra las mujeres (Ley Nacional 26.485, 2009) que estableció la violencia obstétrica como una modalidad de violencia y la definió (Art.6,e) como “aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales”.

5 Ver Cuenta pública del 21 de mayo 2014, Presidenta Michelle Bachelet.

eventual despenalización en algunas circunstancias⁶, con el fin de proteger la vida del que está por nacer, así como otras en favor de la legalización del aborto.

Las diferentes posiciones de los Estados en este tema se reflejan en el mapa de las leyes sobre aborto en todo el mundo⁷: este es aceptado sin exigencia de causa en 61 países, es autorizado por razones de salud de la mujer en 59 países, y por consideraciones socioeconómicas en 13 países. Finalmente, en 66 países el aborto está permitido solamente para salvar la vida de la mujer, o totalmente prohibido. El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos ha ido precisando algunos ámbitos del derecho a la salud sexual y reproductiva, como el de la autonomía, abordando dos aspectos de esta que implican obligaciones para los Estados: por un lado, la protección de la mujer gestante a lo largo de todo el embarazo y después del parto; y por otro, el respeto a la autonomía de la decisión de las mujeres en cuanto a si procrear o no hacerlo, en el sentido de acceder a información y recursos suficientes para ejercer el derecho a la salud sexual y reproductiva. En cuanto al aborto, el derecho internacional no lo ha reconocido expresamente como derecho, si bien ha desarrollado orientaciones para los Estados, como se verá en este apartado.

A continuación se revisan los estándares internacionales de derechos humanos y la normativa nacional relacionada con el derecho a la salud sexual y reproductiva, atendiendo tanto a la protección que ofrecen a las mujeres en su opción por la maternidad como cuando eligen no convertirse en madres, examinando el cumplimiento por parte del Estado de Chile de sus obligaciones de respeto y protección de las mujeres en estas circunstancias. También se revisan algunas estadísticas oficiales para contribuir al diagnóstico de la situación nacional en este ámbito.

6 Por ejemplo, en el marco de la campaña nacional “Siempre por la vida 2014”, la Fundación ChileSiempre organizó una manifestación el 27 de octubre en todo el país, con el fin de defender “el derecho a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural”. Por otro lado, organizaciones de mujeres convocaron a marchar el 25 de julio de este año, por la legalización del aborto “libre, gratuito y seguro”.

7 Las cifras corresponden a The World’s Abortion Laws 2014, Mapa mundial de legislación sobre aborto, del Center for Reproductive Rights, en: <http://worldabortionlaws.com/map/>.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Este apartado aborda en primer lugar estándares de alcance general, siguiendo a continuación con aquellos existentes en ámbitos específicos de los derechos y el ejercicio de la decisión en torno a la maternidad. En cada caso se considera, en primer lugar, aquellos derechos establecidos en los tratados o convenciones ratificados por Chile y que por tanto son de cumplimiento obligatorio para el Estado de Chile, o en sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la que ha reconocido competencia. En segundo lugar se citan las recomendaciones u observaciones que los órganos de seguimiento de los tratados y que otras instancias internacionales entregan a los Estados, así como los documentos de Conferencias, cuyo nivel de obligatoriedad es discutido. En efecto, mientras que algunos conciben dichas recomendaciones como parte del sistema de protección de los derechos humanos y por tanto con algún nivel de obligatoriedad, otros consideran que las mismas tienen solamente un carácter de orientación o información para los Estados, y por lo tanto, estos podrían decidir soberanamente si las incorporan o no, y en qué medida.

La autonomía de las personas –si bien no constituye un derecho absoluto– es uno de los principios fundantes de los derechos humanos, tanto en el sentido de respeto a la dignidad de la persona, como de protección contra las coerciones que la amenacen, así como del ejercicio de las libertades que involucra y del uso de la capacidad de decisión sobre los asuntos que conciernen a la vida propia. En este marco, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce el derecho a decidir si procrear o no hacerlo: la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer (CEDAW)⁸ dispone que “[l]os Estados Parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (...): e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la infor-

8 Ratificada por Chile en 1989.

mación, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos” (art. 16.1).

Para respetar, proteger y garantizar la posibilidad de elegir sobre la maternidad, el número de hijos y su espaciamiento, los Estados deben dar resguardo efectivo a un conjunto de derechos. Entre otros, el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, de la que se desprende el derecho de acceso a la información (CADH, art. 13), a la integridad física y psíquica (PIDCP, arts. 6 y 7, CADH, art. 5), a la vida privada (PIDCP, art. 17; CADH, art. 11), a la familia (PIDCP, art. 23; CADH, art. 17), a la igualdad y la no discriminación (PIDCP, art. 26; CADH, art. 24), a la vida (CADH, art. 4), a la protección a las madres antes y después del parto (PIDESC, art. 10), al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (PIDESC, art. 12), entre otros, que son parte de tratados y convenciones ratificadas por Chile.

Tomando en cuenta este conjunto de derechos, los países participantes de la Conferencia de Población de El Cairo de 1994, consagraron el concepto de derechos reproductivos, que recoge lo señalado por CEDAW, afirmando que estos (párr. 7.3) “(...) se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos”. La conferencia llama a los Estados a garantizar la información y la provisión de servicios e información para la planificación familiar y de atención médica a la mujer gestante, y a esforzarse por reducir la cifra de abortos, que se desaconsejan expresamente como método de planificación familiar⁹, reconociendo que su estatuto legal es privativo de cada Estado (párr. 8.24).

⁹ Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo 5 a 13 de septiembre de 1994. El párrafo 7.24 señala textualmente: “Los gobiernos deberían tomar medidas oportunas para ayudar a las mujeres a evitar el aborto, que en ningún caso debería promoverse como método de planificación de la familia, y proporcionar en todos los casos un trato humanitario y orientación a las mujeres que han recurrido al aborto”.

Las decisiones reproductivas de las mujeres pueden involucrar una amplia gama de situaciones, entre otras, la decisión de embarazarse, la de postergar la maternidad, la esterilización, la fertilización asistida, el uso de métodos anticonceptivos, la adopción, o eventualmente la decisión de interrumpir un embarazo por distintas razones. No todas estas decisiones son reconocidas como derechos en el derecho de los derechos humanos. A continuación se revisan algunos tipos de decisiones relativas a la maternidad y los derechos asociados a esta, esbozando lo que establecen a su respecto los instrumentos internacionales.

INFORMACIÓN Y ACCESO A ANTICONCEPTIVOS

Todas las formulaciones sobre el derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos e hijas comienzan planteando como condición básica el acceso a servicios de planificación de la familia y “el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información” (PIDESC, art. 12.1). La CEDAW precisa que el acceso a servicios de atención médica en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres comprende “(...) [l]os que se refieren a la planificación de la familia” (Art. 12.1). Así, la Recomendación General N° 24 sobre mujer y salud, de CEDAW (1999), clarifica que el acceso y uso de anticonceptivos por parte de quienes desean limitar el número de hijos/as constituyen una indicación importante del cumplimiento por los Estados Partes “(...) [d]e sus obligaciones de garantizar el acceso a la atención médica de la mujer”, llamando a los firmantes a “(...) [d]ar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual” (párr. 31). En este sentido, la Recomendación N° 19 de CEDAW (1992) mandata a los Estados Partes a “(...) que se tomen medidas para impedir la coacción con respecto a la fecundidad y la reproducción, y para que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad (...)” (párr. 22).

El Comité de Derechos del Niño ha precisado en su Observación General N° 4 (2003), referida a la salud y el desarrollo de los adolescentes, que:

“...[l]os Estados Partes deberían facilitar a los adolescentes acceso a información sexual y reproductiva, con inclusión de la planificación familiar y de los contraceptivos, los peligros de un embarazo precoz, la prevención del VIH/SIDA y la prevención y tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual (ETS). Además, los Estados Partes deberían garantizar el acceso a información adecuada, independientemente de su estado civil y de que tengan o no el consentimiento de sus padres o tutores. Es fundamental encontrar los medios y métodos adecuados de facilitar información apropiada que tenga en cuenta las particularidades y los derechos específicos de las chicas y chicos adolescentes” (párr. 28).

PROTECCIÓN DE LA MUJER GESTANTE

La protección de la mujer gestante es un área de especial preocupación de los organismos internacionales. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que “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” (PIDESC, art. 10-2). La CEDAW, por su parte, establece que los Estados “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 la lactancia” (Art. 12.2). A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño considera como parte del derecho a disfrutar del nivel más alto posible de salud, el deber de los Estados de “Asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres” (Art. 24, d).

En el caso particular de las mujeres privadas de libertad, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 6) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 4) prohíben la aplicación de la pena de muerte a mujeres embarazadas. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “(...) [l]as mujeres embarazadas que estén privadas de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos” (2000, párr. 15).

La protección a la maternidad está plasmada en varias normas internacionales que prohíben la discriminación en el ámbito laboral por causas asociadas a la maternidad: la Convención contra toda forma de discriminación contra la mujer impone ciertos requisitos –como prohibición de despido, brindar licencia por maternidad con sueldo pagado, entre otros– con el fin de impedir la vulneración de los derechos laborales por razones de embarazo (Arts. 11 y 12). A su vez, diversas convenciones de la Organización Internacional del Trabajo tienen por objeto garantizar la igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores de uno y otro sexo, como: Convenio 111 sobre discriminación en el empleo y la ocupación¹⁰; Convenio 183 sobre la protección de la maternidad¹¹, y Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares¹².

FERTILIZACIÓN ASISTIDA

Una dimensión del ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva que suscita cada vez mayor interés dice relación con los problemas de infertilidad. Existe una creciente demanda de apoyo de técnicas de reproducción asistida (TRA) por parte de personas que queriendo tener hijos o hijas, no pueden hacerlo por causas biológicas. El acceso a estas técnicas se está convirtiendo en un nuevo campo de regulación dentro de la salud reproductiva. Algunos países lo han incluido en su legislación, y su consideración entre los derechos humanos se ve favorecida por el reconocimiento por parte de OMS, de la infertilidad como “una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas” (ICMART/OMS 2010:7). Con ello, se impulsa a los Estados a asegurar a toda la población la provisión de servicios accesibles y adecuados, tendientes a solucionar el problema. No obstante, algunas de estas técnicas suponen la manipulación de embriones, lo

10 Ratificado por Chile en 1971.

11 No ratificado por Chile.

12 Ratificado por Chile en 1994. Las normas internacionales sobre discriminación a las mujeres en el ámbito laboral se han revisado en los capítulos sobre derechos de las mujeres, derecho al trabajo y derechos laborales de los informes anuales de INDH 2011 y 2012. El Convenio 156 de OIT sobre trabajadores con responsabilidades familiares se analiza en la primera parte de este informe, en la sección sobre trabajo doméstico no remunerado.

que ha sido cuestionado y ha generado oposición por parte de diferentes sectores en las sociedades.

En noviembre de 2012, la Corte IDH dio cuenta de los aspectos controversiales de estas técnicas en su sentencia en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. La Corte estimó que la decisión de la Corte Suprema de Costa Rica de prohibir la fecundación *in vitro*, que obligó a interrumpir tratamientos ya iniciados, vulneraba los derechos reproductivos de las personas afectadas, así como su autonomía y libertad personal y su derecho a fundar familia. La Corte Suprema de Costa Rica había acogido un requerimiento de protección a los embriones surgidos de la fertilización *in vitro*.

COERCIÓN SOBRE LAS DECISIONES REPRODUCTIVAS

Las decisiones libres y el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva pueden ser vulnerados en casos de violencia contra las mujeres, la que es abordada especialmente en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer¹³. La Convención explicita que la violencia contra la mujer “comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual (...) trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar”.

Entre las prácticas coercitivas que vulneran la opción por la maternidad constituyen una forma de violencia contra las mujeres, el Comité CEDAW identifica “[l]a esterilización y el aborto obligatorios [los cuales] influyen adversamente en la salud física y mental de la mujer y violan su derecho a decidir el número y el espaciamiento de sus hijos”¹⁴. Estas prácticas también pueden vulnerar prohibiciones establecidas en la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. El Relator Especial del Comité sobre la tortura, Juan E. Méndez, en su informe sobre “[c]iertas formas de abusos presentes en entornos de atención de la salud que pueden trascender el mero maltrato y equivaler a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos

o degradantes”¹⁵, especifica que se vulnera esta convención “cuando se esteriliza sin su consentimiento a mujeres de comunidades marginadas y de mujeres y niñas con discapacidad, “a causa de la noción discriminatoria según la cual no son “aptas” para tener hijos” (párr. 80)¹⁶. Méndez reitera que “[g]arantizar el consentimiento informado es un aspecto fundamental del respeto a la autonomía, la libre determinación y la dignidad humana de la persona en un proceso continuo y apropiado de servicios de la atención de salud solicitados de forma voluntaria” (párr. 28)¹⁷. Coincide en esta apreciación con el Relator del derecho a la Salud (2009)¹⁸.

En términos de garantizar la autonomía sin discriminación en la toma de decisiones sobre la descendencia, el Comité de Derechos Humanos –entidad creada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y responsable de su seguimiento– sostiene que hay vulneración de la igualdad de derechos entre mujeres y hombres “cuando se exige que el marido dé su autorización para tomar una decisión respecto de la esterilización, cuando se imponen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando los Estados imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos” (Observación Gral. N° 28, párr. 20). Estas situaciones, de acuerdo con el comité, entraban “el ejercicio por la mujer, en pie de igualdad con el hombre, del derecho a la vida privada y otros derechos amparados por el artículo 17”, y pueden afectar “también otros derechos amparados en el Pacto, como los previstos en los artículos 6 y 7” (derecho a la vida, prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes).

13 Ratificada por Chile en 1989.

14 Recomendación General N° 19, 11° período de sesiones, 1992, La violencia contra la mujer, párr. 22.

15 Naciones Unidas A/HRC/22/53, Consejo de Derechos Humanos, 22° período de sesiones, 1 de febrero de 2013.

16 Entre las prácticas que vulneran la prohibición de la tortura y los malos tratos establecida en la Convención contra la Tortura, el Relator anota la exigencia de esterilización a integrantes de grupos gay y lésbicos y de personas que viven con VIH SIDA como condiciones para proveer medicamentos (párr. 71), o a personas transgénero, o para el “[...]reconocimiento legal de su identidad de género preferida” (párr. 78), lo que vulnera además, el derecho a acceder sin discriminaciones a la atención de la salud.

17 Los derechos de las personas en su relación con las instituciones y funcionarios de la salud fueron abordados con más detalle en el Informe INDH 2012, pp. 201-202.

18 Naciones Unidas (2009) A/64/272, párr. 18.

En esta línea, los órganos de seguimiento de tratados advierten que la violencia contra las mujeres también puede tener lugar en la atención gineco-obstétrica, afectando la dignidad y la integridad física y mental de las personas atendidas. El Informe del Relator Especial sobre la tortura sostiene que: “Los órganos internacionales y regionales de derechos humanos han empezado a reconocer que los malos tratos infligidos a mujeres que solicitan servicios de salud reproductiva pueden causar enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales, provocados por motivos de género” (2013: párr. 46). Ejemplos de esas violaciones son las distintas formas de maltrato, desinformación, aplicación de procedimientos innecesarios o no consentidos, denegación de tratamientos para el dolor, falta de confidencialidad, u otros que pueden ser catalogados como “violencia obstétrica”(ver nota 5; Belli, 2013).

INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO

En este ámbito, el derecho internacional ha tendido a desarrollarse en tres líneas diferentes.

Para apoyar la opción de no tener hijos, los organismos internacionales han privilegiado como método la prevención de embarazos no deseados. Si bien la decisión de interrumpir un embarazo no se prohíbe expresamente en los tratados, tampoco ha sido reconocida como derecho en sí mismo. En el marco de intensos debates entre los representantes de los países que permiten y los que penalizan el aborto¹⁹, y al no lograr consensos en esta materia, la Conferencia de El Cairo llegó a las siguientes formulaciones:

“Se debe asignar siempre máxima prioridad a la prevención de los embarazos no deseados y habría que hacer todo lo posible por eliminar la necesidad del aborto. Cualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud se pueden determinar únicamente a nivel nacional o local, de conformidad con el proceso legislativo nacional. En los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas.

En todos los casos, las mujeres deberían tener acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de abortos. Se deberían ofrecer con prontitud servicios de planificación de la familia, educación y asesoramiento postaborto, a fin de impedir la repetición de los abortos”. (Programa de Acción, párr. 8.25)

“Los gobiernos deberían tomar medidas oportunas para ayudar a las mujeres a evitar el aborto, que en ningún caso debería promoverse como método de planificación de la familia, y proporcionar en todos los casos un trathumanitario y orientación a las mujeres que han recurrido al aborto”. (Programa de Acción, párr. 7.24)

En años posteriores, los órganos de tratados han formulado recomendaciones que, manteniendo la línea trazada en El Cairo, buscan respetar las divergencias y a la vez proteger a las mujeres de los efectos de la penalización absoluta.

- a. Una primera línea de recomendaciones se orienta a *enmendar las normas punitivas*. El Comité CEDAW ha señalado que “(...) En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos” (Observación General N° 24, párr. 31). Por su parte, el Comité de Derechos Humanos opinó que “(...) la criminalización absoluta del aborto (...) obliga a las mujeres embarazadas a buscar servicios de abortos clandestinos que ponen en peligro sus vidas y su salud” (2014, párr. 15).

De manera más directa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fallo del caso *Artavia Murillo* (2012. párr. 228), señala: “El Comité ha establecido que la prohibición absoluta así como la penalización bajo determinadas circunstancias, vulnera lo dispuesto por CEDAW”.

- b. Una segunda línea de recomendaciones apunta al *establecimiento de excepciones* a la prohibición general del aborto. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomienda “revisar la legislación vigente sobre el aborto con miras a la despenalización en casos de violación, incesto o amenaza a la

19 En América Latina, la mayoría de los países permiten el aborto en ciertas circunstancias y condiciones. Solo Chile, El Salvador, Honduras, Nicaragua y República Dominicana lo penalizan en todas las circunstancias.

salud o la vida de la madre" (2012, párr. 35d). El Grupo de Trabajo sobre la Discriminación contra la Mujer, en su reciente visita oficial a Chile, propuso despenalizar el aborto también "cuando la salud mental y física de la mujer está comprometida y para niñas menores de 18 años, como un tema de salud fisiológica y mental" (2014, párr. 4). En esta línea, el Comité de Derechos Humanos considera que el cumplimiento del Art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —que prohíbe torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes— incluye que el Estado Parte entregue "(...)[a] la mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación, acceso al aborto en condiciones de seguridad" (2000, párr. 11).

- c. Otra línea de recomendaciones apunta a *garantizar sin restricciones la atención sanitaria a las mujeres abortantes* que llegan a los servicios de salud. En esta línea, el Relator Especial sobre el derecho a la salud afirmó que:

"(...) [I]ndependientemente de la condición jurídica del aborto, las mujeres tienen derecho a acceder a bienes, servicios e información relacionados con la salud sexual y reproductiva. En particular, tienen derecho a acceder a servicios de salud de calidad para tratar las complicaciones derivadas del aborto, incluidos los practicados en condiciones peligrosas y los abortos espontáneos. Esa atención debe ser incondicional, aun cuando el aborto conlleve sanciones penales, no deberá depender de la posterior cooperación de la mujer en el enjuiciamiento penal, y en ningún caso podrá utilizarse como prueba contra ella ni contra quienes hayan practicado el aborto. La legislación no debe obligar al personal sanitario a denunciar a las autoridades policiales o judiciales a las mujeres que hayan recibido atención relacionada con el aborto" (Naciones Unidas, 2011, párr. 30).

La recomendación es replicada en 2013 por el Relator Especial contra la tortura, quien opina que se vulnera la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes cuando una mujer abortante es sometida a tratos como la denegación de servicio, infracción del secreto médico,

denuncia a la justicia por funcionarios de salud, entre otros (2013, párr. 43).

NORMATIVA NACIONAL

Los derechos relacionados con la salud y la autonomía de las personas en distintos ámbitos están protegidos en Chile por el Artículo 19 de la Constitución de la República, cuyo párrafo N° 1 protege el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, agregando en el siguiente párrafo que "La ley protege la vida del que está por nacer". En el catálogo de derechos que establece el artículo 19, hay varios que resguardan la autonomía y la integridad de las personas, entre los que destacan, por sus vínculos con las decisiones reproductivas y el ejercicio de la maternidad, los referidos al respeto y protección a la vida privada (4°); a la libertad de conciencia y de religión (6°); a la libertad personal y a la seguridad individual (7°), el derecho a la salud (9°), a la educación (10°), a la libertad de trabajo y su protección (16°), a la admisión a todas las funciones y empleos públicos (17°) y a la seguridad social (18°).

Se revisarán a continuación los alcances de las normas nacionales referidas a la maternidad y a las decisiones reproductivas, en el ámbito de la salud y el trabajo, en la perspectiva de conocer en qué medida dan garantías al ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva.

PROTECCIONES A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

La Ley 20.418 que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad (2010), recoge el derecho de toda persona "a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad, en forma clara, comprensible, completa y, en su caso, confidencial" (Art. 1°). La norma establece además el derecho a elegir "(...) [I]os métodos de regulación de la fertilidad femenina y masculina, que cuenten con la debida autorización y, del mismo modo, acceder efectivamente a ellos" (Art. 2°). Garantiza asimismo el derecho de toda persona "a la confidencialidad y privacidad sobre sus opciones y conductas sexuales, así como sobre los métodos y terapias que elija para la regulación o planificación de su vida sexual"

(Art. 3°). A su vez, establece la obligación de funcionarios o facultativos del sistema público o privado de salud, de entregar el método anticonceptivo de emergencia que sea solicitado por una persona menor de 14 años, informando con posterioridad “al padre o madre de la menor o al adulto responsable que la menor señale” (art. 4°). La norma cuenta con un reglamento, publicado en 2013²⁰ que reitera lo establecido en la ley.

Un avance significativo para el ejercicio de los derechos a la salud es la Ley 20.584 (2012) que regula los Derechos y Deberes que tienen las Personas en relación con Acciones Vinculadas a su Atención en Salud (conocida como de “derechos y deberes de los pacientes”), la que reafirma y amplía lo establecido en la ley sobre regulación de la fertilidad recién señalada. La ley 20.548 establece derechos como el de seguridad y calidad en la atención, trato digno, entrega de información suficiente, oportuna, veraz y comprensible, reserva de la información de la ficha clínica, consentimiento informado a tratamientos o procedimientos médicos, entre otros.

PROTECCIONES ESPECÍFICAS A LA MATERNIDAD

La protección al embarazo y a la maternidad tiene un lugar importante en diversas normas nacionales, contando con una importante tradición en la normativa laboral de Chile. El Código del Trabajo contiene varias disposiciones orientadas a evitar la discriminación y proteger la salud de la mujer; así como facilitar el cuidado del hijo o hija por la trabajadora, los que en los últimos años ha ido incorporando la responsabilidad paterna²¹.

Por su parte, el Código Sanitario establece bajo el título de “protección materno infantil”²², que “Toda mujer, durante el embarazo y hasta el sexto mes del nacimiento del hijo, y el niño, tendrán derecho a la protección y vigilancia del Estado”.

20 Decreto N° 49 del Ministerio de Salud y Subsecretaría de Salud Pública, Aprueba reglamento para el ejercicio del derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad; promulgado el 7 de octubre de 2011, y publicado el 28 de mayo de 2013.

21 Ver apartado sobre trabajo doméstico no remunerado en el presente informe y el Informe Anual INDH, del año 2011, p. 145.

22 Código Sanitario, Libro I, Título I, arts. 16 al 19.

En el ámbito de la educación, la Ley 19.688 consagró en el año 2000 el derecho de las estudiantes que se encuentran embarazadas o que sean madres lactantes, de acceder a los establecimientos educacionales.

NUEVAS TECNOLOGÍAS DE FERTILIZACIÓN

Un plano de debate abierto en las últimas décadas a propósito del desarrollo de nuevas tecnologías en el ámbito de la salud es el referido a la fertilización asistida. Debido a que su desarrollo puede darles a aquellas mujeres y hombres interesados la posibilidad de tener hijos/as por medio de este mecanismo, su discusión se liga de forma inevitable con el derecho a la salud reproductiva. La materia genera controversias en la medida en que algunas de las técnicas involucran manipulación de embriones, como fue mencionado para el caso Artavia Murillo, fallado por la Corte IDH²³. En Chile, si bien la infertilidad ha sido abordada principalmente en la atención privada, el problema ha sido recientemente recogido desde el ámbito de la salud pública. En 2013 el Ministerio de Salud emitió las “Orientaciones técnicas para el manejo de la infertilidad de baja complejidad”, que acoge la definición de OMS de la infertilidad “como una enfermedad del sistema reproductivo que puede conllevar múltiples efectos negativos sobre la vida personal y el entorno de las personas” (p. 6). Las orientaciones se presentan como un marco regulatorio cuyo objetivo es “Establecer recomendaciones técnicas generales para el “Estudio y Tratamiento de la Pareja Infértil”, orientadas a un óptimo funcionamiento de cada Nivel de Atención de la Red Asistencial, según su capacidad resolutoria” (p. 9).

La preocupación por la infertilidad se ha plasmado en algunas mociones parlamentarias, de las que hay tres en tramitación actualmente. Una de ellas propone “ampliar la protección a la maternidad, incorporando un nuevo sentido y alcance al concepto de salud reproductiva, reconociendo la existencia de los trastornos de fertilidad de cualquier integrante de la pareja y su incidencia en la salud” (Boletín N° 6624-11). La segunda moción (Boletín N° 6306-07) propone sancionar “la utilización del vientre materno para

23 Ver sección sobre fertilización asistida en los estándares internacionales.

el embarazo por encargo de terceros”. La tercera es el proyecto de Ley marco sobre derechos sexuales y reproductivos (Boletín N° 2608-11), que incluye un artículo sobre este mismo derecho.

NORMAS SOBRE EL ABORTO

En cuanto a la decisión de interrumpir un embarazo, desde 1931 hasta 1989, el ordenamiento jurídico chileno contemplaba la posibilidad de practicar lícitamente un aborto por motivos terapéuticos. El Código Sanitario establecía que “[s]ólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos” (art. 119). El artículo fue reformado en 1989 para dictaminar, en cambio, que “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar el aborto”, eliminando así los “fines terapéuticos” que se reconocían en la norma anterior. Por su parte, el Código Penal sanciona al que “maliciosamente causare un aborto” (art. 342), al que “con violencia ocasionare un aborto” (art. 343), a “la mujer que cause su aborto o consintiere que otra persona se lo cause” (art. 344) y al “facultativo que abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él” (art. 345). No obstante, algunos interpretan que las normas punitivas no comprenden el aborto terapéutico directo, ya que allí no habría abuso de oficio o dolo por parte del personal de salud²⁴. Los datos de la Defensoría Penal Pública dan cuenta de la magnitud relativamente reducida de los casos por aborto que llegan a la justicia penal²⁵.

El sustento que la Constitución entrega a esta prohibición es materia de controversias, que han girado en torno a la formulación “la ley protege la vida del que está por nacer (párrafo 1° del artículo 19, inciso segundo)” y la interpretación que de aquí se deriva sobre el derecho a la vida del no nacido y los derechos de la mujer gestante, lo que se funda a su vez en concepciones distintas sobre la equivalencia entre el estatuto jurídico de la mujer y del no nacido. Como ejemplo de posturas divergentes en esta materia, pueden citar-

se, por una parte, a Hernán Corral Talciani (2005:37) quien afirma que “en el sistema jurídico chileno (...) la tutela del derecho a la vida del concebido no nacido se sustenta en el reconocimiento de su personalidad en cuanto ser humano individual desde el mismo momento de la fecundación”. Por otra parte, desde una perspectiva distinta, Laura Mayer Lux (2011:77) sostiene que “(...) [e]l concepto jurídico de persona alude a los seres humanos nacidos y que el artículo 19 número 1 CPR [Constitución Política de la República] establece un estatus jurídico diferenciado entre las personas y el *nasciturus*”. Sobre esta base, en su opinión, “(...) [e]s posible afirmar en determinados supuestos la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta del aborto consentido por la mujer embarazada...”.

Las normas punitivas del aborto han sido objeto de numerosas observaciones al país por parte de los órganos de los tratados internacionales ratificados por Chile. En una de las más recientes, el Comité de Naciones Unidas para la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, reiteró en su Informe sobre Chile “su preocupación por la persistencia de la criminalización absoluta del aborto que obliga a las mujeres embarazadas a buscar servicios de abortos clandestinos que ponen en peligro sus vidas y su salud” (2014, párr. 15). Igual preocupación ha sido expresada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer²⁶, y por varios países que entregaron recomendaciones similares (Nos. 121.135 a 121.143) en el último examen Periódico Universal (EPU, 2014) sobre el cumplimiento de los derechos humanos por Chile.

Este debate se ha plasmado en numerosos proyectos de iniciativa parlamentaria, muchos de los cuales han sido archivados, encontrándose, a octubre de 2014, trece en tramitación, de los cuales ocho van en el sentido de la despenalización del aborto. De estos, seis proponen despenalizar la interrupción del embarazo en ciertos casos y condiciones (Boletines N° 9418-11; 9021-11; 8925-11; 8862-11; 7965-11 y 6420-11); el séptimo propone eliminar la sanción penal, reservándola solo para los casos de intervención

24 Véase, por ejemplo, el artículo de Jorge Albornoz Barrientos “Acabemos con la farsa. El aborto terapéutico en Chile está permitido”, 23 de marzo de 2012, en <http://www.lexweb.cl/acabemos-con-la-farsa-el-aborto-terapeutico-en-chile-esta-permitido>

25 “El aborto, Visión desde la defensa”, Francisca Werth Wainer, Departamento de Estudios, Defensoría Penal Pública, 9 de junio de 2014.

26 Observaciones finales. Chile, 2012, CEDAW/C/CHL/CO/5-6, párr. 35 (d) y Declaración Grupo de Trabajo de la ONU sobre el tema de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica. Chile, 9 de septiembre de 2014, p. 4.

no consentida de terceros (N° 9480-11), y el octavo la ya mencionada propuesta ley marco de derechos sexuales y reproductivos (Boletín 2608-11), que enfatiza el deber del Estado de respetar y apoyar las decisiones reproductivas de las mujeres. Los cinco restantes manifiestan con distintas iniciativas su rechazo al aborto: dos de ellos proponen el acompañamiento a la familia en caso de anomalía fetal severa (Boletines N° 9093-11 y 7984-11), evitando el aborto. El tercero propone “erigir dos monumentos a las víctimas de aborto” (N° 8708-04), otro busca crear “un registro especial para criaturas no nacidas” (N° 7439-18), y el último plantea una “reforma constitucional que eleva el quórum para la despenalización del aborto” (N° 4121-07).

La encuesta de opinión realizada a nivel nacional por la Corporación Humanas (2013)²⁷ da cuenta de la adhesión de las mujeres a la despenalización en casos que se estima justificados, como violación (80%), peligro de vida de la madre (84%) e inviabilidad fetal (80%). En la misma medición, un 29% de las mujeres se declara a favor del aborto siempre que la mujer lo decida y un porcentaje similar (28,5%) estima que el aborto no se justifica en ninguna circunstancia. Por su parte, la Encuesta ICSO-UDP 2010, realizada a hombres y mujeres a nivel nacional, entrega cifras más bajas de apoyo al aborto, que alcanzan al 53% en casos de violación y riesgo de vida, y un 44% en casos de malformación fetal (Casas y Vivaldi, 2014: 84)

El maltrato, la denegación de atención o la entrega a la justicia de las mujeres que acuden a los servicios por complicaciones de un aborto ilegal inducido constituyen problemas documentados y criticados. Estas actuaciones de las y los funcionarios de salud se fundan en las normas antes mencionadas, que en parte se contraponen a las normas de la Ley 20.584 (2012) sobre trato y confidencialidad. Además, la atención a una mujer que aborta es reglamentada de manera más específica en el instructivo de 2009²⁸ del Ministerio de Salud, dirigido a los Directores de los Servicios de Salud. Este establece que bajo ninguna circunstancia el personal médico o paramédico debe extraer bajo coerción información a una

mujer que requiere de atención médica por complicaciones derivadas por un aborto inducido, reiterando que la atención médica debe ser incondicional, y argumentando que lo contrario vulnera el derecho a la salud y entra en conflicto con la Convención contra la Tortura. De este modo, existe una tensión entre lo que indica el Código Penal y lo expresado en la Ley de derechos y deberes del paciente, que debe ser abordada para clarificar lo que procede.

Por su parte, el Código de Ética del Colegio Médico de Chile indica que “El respeto de la vida humana desde su inicio y hasta su término constituye el fundamento básico del ejercicio profesional médico. Toda intervención médica realizada durante los nueve meses de gestación, deberá velar siempre por el mejor interés de la madre y del hijo” (Art. 8), agregando que “El médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna” (Art. 9).

SITUACIÓN DE LA MATERNIDAD EN CHILE

Chile cuenta con una larga y exitosa trayectoria de protección sanitaria del embarazo y el parto, sostenida a lo largo de varias décadas, que se ha ido reflejando en un positivo avance de indicadores de salud. Entre estos destacan la cobertura casi total de la atención profesional del parto (99,84% en 2011) y la baja tasa de mortalidad materna. Según la estimación conjunta de OMS y varios organismos internacionales (2014:31), en 2013 la tasa de mortalidad materna llegó en Chile a 22,0 por 100.000 nacidos vivos. Aunque algo mayor que la lograda en años anteriores²⁹, esta cifra se mantiene como una de las más bajas de América, superada solo por Canadá y Uruguay, con 11 y 14 por 100.000 respectivamente³⁰, pero todavía es superior a la

27 Corporación Humanas, octubre 2013. Novena Encuesta Nacional “Percepciones de las mujeres sobre su situación y condiciones de vida en Chile 2013”

28 Ministerio de Salud, Ord. A15/1675, del 24 de abril de 2009.

29 De acuerdo con las cifras registradas por el Ministerio de Salud (DEIS) la tasa de mortalidad materna en Chile bajó hasta 16,5 por 100.000 en 2008, llegando hasta 18,5 en 2011. No es posible afirmar una tendencia al alza sin comparar las metodologías, lo que escapa a las posibilidades de este informe, pero el dato es un llamado de atención sobre las políticas de salud.

30 Trends in maternal mortality 1990 to 2013/Estimaciones de las tendencias de la mortalidad materna, 1990 a 2013, es un informe producido conjuntamente por la OMS, UNICEF, el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), el Banco Mundial y la División de Población de las Naciones Unidas, © World Health Organization, 2014

meta de 10,0 por cada 100.000 nacidos vivos al año 2015 fijada por Chile en el marco de los Objetivos de Desarrollo del Milenio³¹ (Gobierno de Chile 2010: 87).

INFORMACIÓN Y MEDIOS DE PREVENCIÓN

La capacidad para tomar decisiones libres e informadas sobre la maternidad depende de la disponibilidad concreta de educación, información y medios de prevención de embarazos, así como de los elementos necesarios para integrar armónicamente la sexualidad y la reproducción al desarrollo personal y social. La educación sexual, como se ha anotado en informes anteriores del INDH³² y en otros estudios³³, es una materia que aún no se resuelve satisfactoriamente en el país.

En el campo de la salud, una de las metas adicionales de mejoramiento de la salud materna que se proponen los Objetivos de Desarrollo del Milenio en Chile es el aumento de cobertura de la anticoncepción en mujeres en edad fértil hasta alcanzar el 60% de las usuarias del sistema público de salud en edad fértil. Si bien no se dispone del porcentaje logrado a la fecha, el Ministerio de Salud (2013:4) informa que la cifra total de población bajo control en Regulación de Fecundidad, en el sistema público de salud pasó de 1.150.646 en 2005 a 1.339.444 en 2012. Información más reciente entregada por las dos subsecretarías de salud³⁴ da cuenta de que la entrega de anticonceptivos se hace por demanda espontánea y que durante 2013 se registraron 1.411.005 personas que recibieron distintos métodos anticonceptivos, incluyendo en esta cifra 10.724 hombres con preservativos.

Por otra parte, en la franja de población joven (15 a 29 años) la última encuesta INJUV (2013) registra un incremento paulatino del uso de métodos de prevención en la última relación sexual, que pasó del 66,1% al 87,9% entre 2000 y 2012 con poca diferencia entre hombres y mujeres (87,0 y 88,8% respectivamente).

Un tema controvertido en los años recientes ha sido la distribución de la llamada “Píldora del día después” o píldora de anticoncepción de emergencia (PAE) dispuesta por el Ministerio de Salud e incluido en la Ley 20.418 (2010). De acuerdo con un seguimiento de la distribución del fármaco en consultorios municipalizados (Dides y otras, 2013), la proporción de comunas que entrega la PAE pasó de 50,5% en 2009 a 86,3% en 2013, un aumento que se explicaría entre otros factores, por la publicación del reglamento en mayo 2013, y la distribución del mismo a todo el sistema de salud pública. Los datos disponibles confirman que las consultas y entregas de anticoncepción de emergencia han ido aumentando, como se observa en la siguiente tabla, tanto en el tramo de edad de 20 o más años, como en el de menores de 19 años.

A la cifra anterior puede agregarse que en 2013 la entrega de anticoncepción de emergencia subió a 4.125 para adolescentes de hasta 19 años y a 7.007 personas de 20 años o más, reforzando la tendencia a un mayor acceso a este método³⁵. En cuanto a los embarazos de adolescentes, en promedio, en 2012, nacían diariamente 2,4 hijos o hijas de niñas de 10 a 14 años y 93,2 de adolescentes de 15 a 19³⁶, una cifra preocupante para los efectos sobre la salud y el desarrollo vital de las niñas. Por esta razón, otra de las metas fijadas por Chile en torno a los Objetivos de Desarrollo del Milenio es la disminución de los nacimientos de madres menores de 19 años hasta un 8,9% de los nacidos vivos, o lo que es lo mismo, una tasa de 89 por cada mil nacidos vivos. Aun cuando falta para llegar a esa meta, y teniendo en cuenta que las últimas cifras son preliminares, como se aprecia en el gráfico siguiente, la tasa de nacidos vivos de mujeres menores de 19 años ha bajado desde 2009, y MINSAL estima que seguirá cayendo.

31 Los Objetivos del Desarrollo del Milenio constituyen un acuerdo alcanzado en el año 2000 entre los países integrantes de Naciones Unidas sobre ocho objetivos fundamentales para avanzar de manera sustantiva en el desarrollo social de los países, proponiendo un conjunto de metas a lograr para el año 2015. El objetivo N° 5 es mejorar la salud materna, e incluye dos metas: 5A, Reducir la mortalidad materna y 5B: Lograr, para 2015, el acceso universal a la salud reproductiva. Los niveles a alcanzar en estas metas son fijados por cada país. Ver en: <http://www.cl.undp.org/content/chile/es/home/mdgoverview/>

32 La integración de la sexualidad en la educación escolar fue comentado en los informes anuales del INDH de 2011 (p.64), y 2012 (p.302). El informe 2012 analiza las revisiones curriculares introducidas ese mismo año, las que se encuentran vigentes a la fecha

33 Universidad Central. UNFPA (2012) Educación Sexual en Chile. Implementación de la Ley 20.418, Boletín 4, Santiago, mayo de 2012

34 Oficio N° 3383, octubre de 2014, Subsecretario de Salud Pública y Subsecretaría de Redes Asistenciales

35 Oficio N° 3383, octubre de 2014, Subsecretario de Salud Pública y Subsecretaría de Redes Asistenciales.

36 Promedio estimado a partir de los totales de nacidos vivos por tramos de edad en el año 2012, en, Minsal (2013:10), cifras preliminares.

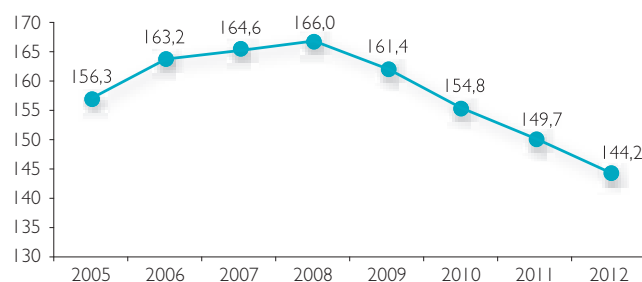
CONSULTAS DE ANTICONCEPCIÓN DE EMERGENCIA, EN EL SNSS, CHILE 2009-2012

CONSULTAS POR ANTICONCEPCIÓN DE EMERGENCIA		CON ENTREGA ANTICONCEPCIÓN EMERGENCIA		SIN ENTREGA ANTICONCEPCIÓN EMERGENCIA		CONSULTAS POR ANTICONCEPCIÓN DE EMERGENCIA (SIN ESPECIFICAR ENTREGA DE PAE)	
Año	Total	Hasta 19 años	20 y más años	Hasta 19 años	20 y más años	Hasta 19 años	20 y más años
2012	8868	3024	5199	238	407	--	--
2011	7398	2260	3949	459	730	--	--
2010	4367	1151	2062	336	818	--	--
2009	7561	--	--	--	--	2436	5125

Fuente: Ministerio de Salud (2013) Situación actual del embarazo adolescente en Chile, p. 7

En opinión de especialistas³⁷, la evolución favorable de este indicador se debería a una combinación de factores como el mayor conocimiento de la PAE por el público, estimulado por el debate público, las estrategias de acercamiento a los y las jóvenes por parte de la salud pública realizadas desde 2007 –entre las que se cuentan los Espacios Amigables en la Atención a Adolescentes, y la creciente disponibilidad de la PAE–. MINSAL (2014)³⁸, por su parte, da cuenta de la elaboración del Programa Nacional de Salud Integral de Adolescentes y Jóvenes –de entre diez y 19 años–, aprobada por la Resolución Exenta N° 466, del 20 de julio de 2012, que cuenta con un Plan de Acción Estratégico a diez años y un plan de monitoreo.

TASA DE NACIDOS VIVOS DE MUJERES ENTRE 10 Y 19 AÑOS, POR CADA 1000 NACIDOS VIVOS, CHILE 2005-2010



Fuente: Elaboración Depto. Ciclo Vital, a partir de datos DEIS, Minsal 2012.

Proyecciones de población 2000-2020, INE 2009.

* Cifras preliminares 2011-2012, entregadas por DEIS 2013.

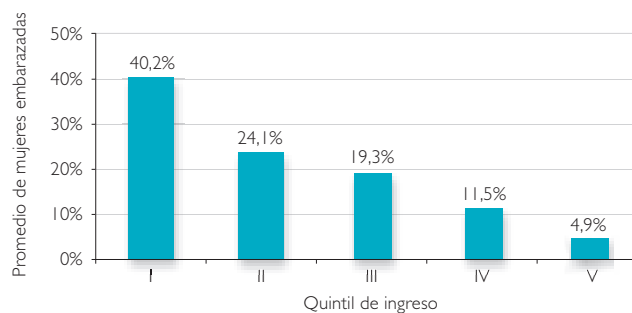
37 <http://diario.latercera.com/2014/05/25/01/contenido/tendencias/16-165315-9-embarazo-adolescente-llega-a-su-nivel-mas-bajo-en-15-anos.shtml>

38 Ministerio de Salud, Cuenta pública anexa al Mensaje presidencial del 21 de mayo) de 2014. Sección d, Salud de adolescentes y jóvenes.

Cabe advertir que aun cuando en pequeña cantidad, las tasas mostradas en el gráfico incluyen una parte de nacidos vivos de niñas de 10 a 14 años (por ej.: 4,3 por 1000 en 2009, el año más alto de la serie mostrada y 3,8 por 1000 en 2010), lo que merece una atención diferenciada de las políticas públicas, ya que los riesgos de salud y desarrollo personal y social son más graves y probablemente esconden una proporción de casos de abuso sexual.

Las cifras entregadas no son homogéneas a lo largo del país y de los estratos sociales. El factor que más incide es la desigualdad socioeconómica, que se traduce en una mayor proporción de madres adolescentes en las regiones y comunas de menores ingresos. El siguiente gráfico muestra que más del 80% de las embarazadas adolescentes se concentran en los quintiles de menores ingresos, y que en el primero hay casi diez veces más adolescentes embarazadas que en el grupo de mayores ingresos.

DISTRIBUCIÓN DE MUJERES EMBARAZADAS ENTRE 15 Y 19 AÑOS DE EDAD, SEGÚN QUINTIL DE INGRESO



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos CASEN 2011.

Entre las iniciativas implementadas para las madres escolares se ubican las salas cunas PEC (Para que estudie contigo), de JUNJI, ubicadas cerca de colegios, que priorizan el ingreso de hijos/as madres adolescentes para permitir que ellas estudien cerca de sus hijos/as. Cuenta con 66 locales en 2013, en casi todas las regiones (JUNJI, 2013).

A pesar de los esfuerzos del Estado, persisten deficiencias en la atención a las necesidades de las jóvenes madres: las facilidades académicas que dan los recintos educacionales para continuar los estudios durante el embarazo y después del nacimiento, aun cuando obligatorias, dependen de cada establecimiento, y resultan insuficientes a juzgar por las tasas de no asistencia escolar de las madres adolescentes reportadas por INJUV (2013)³⁹.

APOYO MÉDICO A LA INFERTILIDAD

Entre las iniciativas novedosas dirigidas a apoyar las opciones por la maternidad y la paternidad se encuentra la mayor accesibilidad a tratamientos de baja complejidad para la infertilidad. Según el Ministerio de Salud (oficio 3383, 2014), “en nuestro país cerca de 250 mil parejas tienen problemas de infertilidad, lo que representa un 14% de las personas en edad reproductiva”⁴⁰.

Partiendo en 2011 con un plan piloto financiado por Fonasa en Valparaíso, se inició un programa en el que por “primera vez (...) el sistema de salud público financia tratamientos de baja complejidad⁴¹, que van desde la estimulación ovárica hasta la inseminación intrauterina” (MINSAL, 2013:6). Implementar un modelo de atención a la infertilidad en la

salud pública es concebido por MINSAL como un paso necesario en el desarrollo de los derechos a la salud sexual y reproductiva en Chile y adecuado a una creciente demanda de tratamientos.

Pese a su cobertura aún reducida en relación con la demanda potencial, estas medidas abren la posibilidad de tratamientos a sectores que no habían podido acceder a ellos debido al alto costo de los mismos. Más recientemente, la Superintendencia de Salud anunció que con fecha 17 de marzo de 2014 los tratamientos de fertilización de baja complejidad —uno para hombres y otro para mujeres— fueron incluidos a la Modalidad de Libre Elección de Fonasa, y que la misma cobertura de estos tratamientos sería obligatoria para las Isapres en todos sus planes⁴².

Por su parte, el mensaje presidencial del 21 de mayo de 2014 anunció la ampliación con mil nuevos cupos del programa de Fertilización Asistida de Baja Complejidad. Cabe agregar que en 2012 se financiaron 409 tratamientos de baja complejidad, cifra que aumentó a 813 en 2013⁴³.

VIOLENCIA EN LA ATENCIÓN GINECO-OBSTÉTRICA

En términos de garantizar el trato digno a las mujeres en el ejercicio de su derecho a la salud sexual y reproductiva, existe una creciente revelación de casos registrados por la prensa de situaciones de maltrato a una parturienta, de abortos y esterilizaciones forzadas, de partos por cesárea innecesarios, o de procedimientos no consentidos, entre otras formas de maltrato que han sido denominadas como “violencia obstétrica”, una terminología que aún no adquiere en Chile una categoría normativa específica, pero que representa situaciones que vulneran el deber de garantizar una atención médica adecuada a las mujeres en el proceso de gestación establecido en CEDAW y en el PIDESC, y vulneran asimismo las garantías ofrecidas en la Ley 20.584 de derechos y deberes de los pacientes, sobre respeto, trato digno y consentimiento informado, entre otros. Entre tales

39 Ver sección sobre trabajo doméstico no remunerado en este mismo informe.

40 En sus Orientaciones Técnicas para el manejo de la Infertilidad de Baja Complejidad, Minsal (2013) estima que entre la población beneficiaria de Fonasa al 2010, las mujeres en edad fértil son 3.507.325, de las cuales un 10% (350.733 mujeres) presentará problemas de infertilidad al primer año de vida en pareja y un 4% (140.293 mujeres) permanecerá infértil al octavo año, “requiriendo de intervenciones terapéuticas de complejidad variable” (p. 8). A esta cifra habría que sumar los problemas masculinos de infertilidad, considerando que a nivel internacional, según el mismo documento, aproximadamente un 40 a 45% de los casos de infertilidad afecta a mujeres, un 35 a 40% a hombres y un 20 a 30% a ambos integrantes de la pareja.

41 Según Minsal (oficio 3383, 2014), desde 1992 se vienen realizando tratamientos de alta Complejidad para usuarios de Fonasa, en convenio entre la Universidad de Chile, el Servicio de Salud Metropolitano Central y el Instituto de Investigaciones Materno-Infantil, con una cobertura histórica de unas 280 parejas al año, que en 2013 subieron a 481.

42 Superintendencia de Salud obliga a las Isapres a entregar la misma cobertura de infertilidad que otorgará el Fonasa [15 de mayo de 2014] Consultado en <http://www.supersalud.gob.cl/568/w3-articulo-9254.html>.

43 Minsal, oficio 3383, 2014.

casos se encuentra el de las cesáreas innecesarias. OMS estima que la necesidad de realizar una cesárea oscila entre el 10 y el 15%⁴⁴ de los partos, una proporción que ha tendido a subir en el mundo, siendo particularmente alta en Chile, donde ya en 2007 llegaba al 34,7% en todos los servicios de salud, alcanzando a un 39,4 en 2012⁴⁵. A modo de comparación, el promedio entre los países de la OCDE es de 26,9% mientras los países nórdicos no sobrepasan el 16,5%⁴⁶.

Una preocupación especial del INDH ha sido el acceso a la atención en salud de las madres migrantes y sus hijos o hijas, en particular las que se encuentran en situación irregular. En su informe 2011 hacía ver que si bien las normas vigentes garantizan su atención en casos de emergencia y embarazo, independientemente de su estatus migratorio, se estimaba que muchas no llegaban por temor a los controles preparto, y que a menudo no se les aseguraba atención posparto⁴⁷. Una declaración conjunta de las comunidades de migrantes en Chile en octubre de 2013 resaltaba que pese a los instructivos entregados por el gobierno, estos son a menudo desconocidos por los funcionarios que deberían aplicarlos en el ámbito de la salud⁴⁸. Un dramático ejemplo de lo anterior es el caso de una madre boliviana, quien el 6 de octubre, en horas de la tarde, llevó a su hijo de 9 meses a la posta rural de Sobraya, puesto que presentaba desde la tarde del día anterior un cuadro de diarrea y vómitos. La mujer con su pequeño fueron derivados al hospital Juan Noé de la ciudad de Arica. Allí fueron recibidos por una funcionaria, quien, según el relato de la madre, habría condicionado la atención del bebé al pago de 30 mil pesos. Al no tener dinero, situación que la mujer habría verbalizado

en el hospital, la madre regresó a la posta rural, sin conseguir atención médica, lo que habría provocado el desenlace fatal. El INDH ofició a los organismos correspondientes para que se investigue esta denuncia y se encuentra a la espera de las respuestas.

Otro ámbito de violencia contra la opción de ser madres es el de las esterilizaciones forzadas. El Consejo Consultivo de Género del Ministerio de Salud⁴⁹, en su Balance 2011-2013 (2013:5) hizo presente la denuncia “de esterilizaciones sin consentimiento de mujeres VIH+, quienes han demandado una reparación que aún no se concreta. Para cautelar que no sigan ocurriendo estas situaciones que implican grave vulneración de derechos humanos, se ha solicitado expresamente que el MINSAL revise la Resolución Exenta sobre Esterilización Quirúrgica Voluntaria y que actualice su contenido, abordando la situación de mujeres VIH+. Esto no ha tenido una respuesta explícita por parte de las autoridades del MINSAL”. El presente informe de INDH documenta casos de esterilizaciones forzadas a mujeres con discapacidad mental⁵⁰.

EL ABORTO CLANDESTINO EN CHILE

Según MINSAL la cifra total de abortos registrados en los egresos hospitalarios en el país fue 30.860 en 2011, cifra que incluye tanto los abortos espontáneos como los inducidos, sin que sea posible estimar las proporciones de cada uno⁵¹. En el caso de los inducidos de manera clandestina, el registro solo puede dar cuenta de los casos en que hubo complicaciones. Debido a la ilegalidad de la acción, no hay forma de saber cuántos abortos clandestinos se han realizado sin complicaciones médicas⁵². También podría haber, en los egresos hospitalarios, un subregistro de abortos realizados de manera segura en los hospitales o centros privados, ya que por su ilegalidad tenderá a ser anotado bajo alguna de las distintas causas de egreso incluidas bajo la categoría “Embarazo, parto y puerperio”, si bien es

44 La pauta del 10 al 15% de cesáreas es tomada por distintos autores de un artículo de 1985 World Health Organization. Appropriate technology for birth. The Lancet, Vol. 326, Issue 8452, Pages 436 - 437, 24 August 1985, disponible en [http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(85\)92750-3/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(85)92750-3/fulltext)

45 MINSAL, estadísticas de salud, Resumen de actividades realizadas según Servicio de Salud, SNSS. 2007- 2013, País (<http://www.deis.cl/?p=27>, consultado el 09-10-14)

46 Ministerio de Salud. Panorama de Salud 2013 Informe OCDE sobre Chile y comparación con países miembros. En http://web.minsal.cl/sites/default/files/INFORME%20OCDE_2013_21%2011_final.pdf

47 Véase Informe Anual de Derechos Humanos 2011.

48 Consultada el 12 de noviembre de 2014 en: <http://www.indh.cl/declaracion-de-comunidades-de-migrantes-ante-coyuntura-electoral-para-reflexionar-y-aportar-propuestas-al-debate-sobre-legislacion-y-politica-migratoria-en-chile>.

49 Órgano de participación conformado por Resolución Exenta N° 662 del 19 de octubre de 2007, del Ministerio de Salud.

50 Ver en este informe el apartado referido a la autonomía de las personas con discapacidad mental.

51 MINSAL. Departamento de Estadísticas e Información de Salud Egresos Hospitalarios de ambos sexos, según edad y causas. Chile, 2011; Chile.

52 Las cifras anuales de abortos inducidos en Chile varían en Chile según las fuentes y las metodologías aplicadas.

difícil confirmarlo. En el 2000 los egresos hospitalarios por aborto fueron 34.479⁵³, cifra mayor que la de 2011, lo que no refleja necesariamente una reducción de los abortos clandestinos, aunque podría presumirse que entre estos se han reducido las complicaciones médicas.

De acuerdo con las estadísticas disponibles, la mortalidad materna es muy baja en Chile, registrándose en 2011 un total de 46 defunciones en el embarazo, parto o puerperio, de las cuales ocho se registran como aborto, sin especificar si se trata de muertes por un aborto espontáneo o inducido⁵⁴.

La reducida dimensión numérica de la muerte por aborto no exime al Estado de velar por la salud de quienes se someten a abortos inseguros. Las mujeres y adolescentes que lo practican de manera clandestina, corren riesgos importantes, no solo de muerte. La oferta de medicamentos por internet juega un papel importante, que puede ser seguro o peligroso dependiendo de la fuente que los ofrece⁵⁵.

La denuncia a la justicia de las mujeres que abortan continúa siendo una práctica en la salud pública, demostrando la tensión entre las normas punitivas y la Ley de derechos y deberes del paciente y el instructivo específico de 2009 sobre tratamiento humanizado y confidencial a las mujeres hospitalizadas por aborto. La Fiscalía⁵⁶ informa que entre 2010 y 2013 terminaron 859 causas por aborto, distribuida entre 394 que tuvieron un término judicial, 422 con término no judicial, y 43 con otro término. Como se advierte en el cuadro siguiente, los formalizados por distintos tipos de aborto son principalmente mujeres en todos los tipos de causa, pudiendo presumirse que la mayoría de los hombres imputados son médicos o facilitadores. Las sentencias definitivas condenatorias del período (el documento no consigna el sexo del condenado o condenada) fueron 93.

53 Egresos hospitalarios 2001 en http://intradeis.minsal.cl/egresos-hospitalarios/menu_publica_nueva/

54 Fuente; Razón de Mortalidad Materna por 100.000 Nacidos vivos corregidos. Estadísticas de Natalidad y Mortalidad Chile, año 2012 Departamento de Estadísticas e Información de Salud, DEIS, Ministerio de Salud

55 Un ejemplo de información responsable y completa es el de OMS (2014): "Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud, segunda edición", en http://www.who.int/reproductive-health/publications/unsafe_abortion/9789241548434/es/

56 Fiscalía Nacional, Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos. *Delito de aborto desde la perspectiva de la persecución penal*, presentación ppt, agosto de 2014.

IMPUTADOS FORMALIZADOS POR DELITOS DE ABORTO, SEGÚN AÑO. NÚMERO DE PERSONAS

DELITO	SEXO	2010	2011	2012	2013	TOTAL
Aborto consentido Art. 342 N° 3 y 344	Mujer	27	40	29	20	116
Aborto consentido Art. 342 N° 3 y 344	Hombre	7	11	9	1	28
Subtotal Aborto consentido Art. 342 N° 3 y 344		34	51	38	21	144
Aborto sin consentimiento Art. 342 N° 2 y 344 N° 1	Mujer	1	4	3	2	10
Aborto sin consentimiento Art. 342 N° 2 y 344 N° 1	Hombre	7	4	6	1	18
Subtotal Aborto sin consentimiento Art. 342 N° 2 y 344 N° 1		8	8	9	3	28
Aborto cometido por facultativo Art. 345	Mujer	0	0	0	0	0
Aborto cometido por facultativo Art. 345	Hombre	0	1	0	0	1
Subtotal Aborto cometido por facultativo Art. 346		0	1	0	0	1
Total mujer		28	44	32	22	126
Total hombre		14	16	15	2	47
Total		42	60	47	24	173

Fuente: Fiscalía Nacional, Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos.

En relación con el papel de los funcionarios de salud en las denuncias, el Consejo Consultivo de MINSAL hizo una demanda expresa al Ministerio para fiscalizar el cumplimiento del instructivo sobre tratamiento humanitario de las mujeres abortantes, "...ya que se constata que en diversos puntos del país el personal de salud sigue haciendo denuncias, contraviniendo el espíritu de ese documento oficial".

En suma, el aborto inducido en condiciones clandestinas e inseguras se mantiene como un problema con efectos sobre la integridad y la salud de las mujeres que recurren a este medio ante un embarazo.

BIBLIOGRAFÍA

- Ministerio de Salud (2013). *Orientaciones técnicas para el manejo de las infertilidad de baja complejidad*. Santiago: Gobierno de Chile.
- Belli, L. F. (2013). La violencia obstétrica: otra forma de violación a los derechos humanos. *Revista Redbioética UNESCO* año 4, I (7), 25-34.
- Casas, L., & Vivaldi, L. (2013). La penalización del aborto como violación a los derechos humanos de las mujeres. En UDP Centro de Derechos Humanos, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2013* (pp. 69-120). Santiago.
- Claudia Dides, L. N. (2013). *Provisión de Anticoncepción de Emergencia en el Sistema de Salud Municipal de Chile. Estado de Situación 2013*. Santiago: Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública CESOP/Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Central de Chile.
- Comité de los Derechos Humanos (2000). *Observación General N° 28 sobre el Artículo 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos: La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68° período de sesiones*. Naciones Unidas U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 207 (2000).
- DEIS Ministerio de Salud (2013). *Indicadores básicos de salud Chile, Departamento de Estadísticas e Información en Salud*. Recuperado el 10 de septiembre de 2014, de www.deis.cl: <http://www.deis.cl/wp-content/uploads/2014/08/IBS-2013.pdf>
- Facultad de Derecho Universidad Diego Portales (2014). *Anuario de Derecho Público 2013*. Santiago: UDP.
- Gobierno de Chile (2010). *Objetivos de Desarrollo del Milenio, Tercer Informe del Gobierno de Chile*. Obtenido de www.cl.undp.org: http://www.cl.undp.org/content/dam/chile/docs/objetivos_milenio/undp_cl_ODM_Chile3_2010.pdf
- INDH (2010). *Situación de los derechos humanos en Chile. Informe Anual 2010*. Santiago.
- INDH (2011). *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2011*. Santiago.
- INJUV (2013). *7^{ma} Encuesta Nacional de Juventud 2012*. Chile: Instituto Nacional de la Juventud, Ministerio de Desarrollo Social.
- Junta Nacional de Jardines Infantiles, JUNJI (2013). www.dipres.gob.cl. Recuperado el 10 de octubre de 2014, de Balance de gestión integral, año 2013: http://www.dipres.gob.cl/595/articles-114791_doc_pdf.pdf
- Mayer Lux, Laura (2011). *La vida del que está por nacer como objeto de protección legal*. Revista de Derechos Fundamentales. Universidad de Viña del Mar N° 5, pp. 63-80
- Medina, C. (2003). *La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Santiago. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Ministerio de Salud (2013). *Situación actual del embarazo adolescente*. Santiago.
- Ministerio de Salud (2013). *Situación actual del embarazo adolescente en Chile*. Santiago de Chile.
- Morán, J. M. (junio de 2013). La anticoncepción de emergencia en Chile: estructuración de su demanda en función de variables socioeconómicas. *Revista Brasileira de Estudos de População*, 30 (1).
- Naciones Unidas (2009). *Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover*. Naciones Unidas (2009) A/64/272, párr. 18. Sexagésimo cuarto período de sesiones.
- Naciones Unidas (2011). *Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 3 de agosto de 2011*. A/66/254. Asamblea General de la ONU.
- Naciones Unidas (2014). *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Chile*. Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos 26° período de sesiones, A/HRC/26/5, 2 de abril de 2014.
- Naciones Unidas, Comité Contra la Tortura (2007). *Observación general N° 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, 39° período de sesiones. Naciones Unidas.

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos (2013). *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Juan E. Méndez. A/HRC/22/53, Consejo de Derechos Humanos, 22º período de sesiones, I de febrero de 2013.

OMS (2004). Estrategia de salud reproductiva para acelerar el avance hacia la consecución de los objetivos y las metas internacionales de desarrollo. Ginebra.

ONU, C. c. (2007). *Observación General N° 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, 39º período de sesiones. Naciones Unidas.

ONU, Comité de Derechos del Niño (2003). *Observación General N° 4. La Salud y el Desarrollo de los Adolescentes en el Contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño CRC/GC/2003/4*. Naciones Unidas.

Subsecretaría de Salud Pública (julio de 2013). *Situación actual del embarazo adolescente en Chile, julio 2013*. (D. d. División de Prevención y Control de Enfermedades, Ed.) Recuperado el 6 de octubre de 2014, de www.minsal.cl: http://web.minsal.cl/portal/url/item/c908a2010f2e7d4fe040010164010db3.pdf

UNFPA (2013a). *Estado de la población mundial. Maternidad en la niñez*.

3

DERECHO AL TRABAJO Y TRIBUNALES LABORALES



Fotografía: Enrique Cerdá



DERECHO AL TRABAJO Y TRIBUNALES LABORALES



ANTECEDENTES

Para el derecho internacional de los derechos humanos resulta fundamental no solo el reconocimiento por los Estados de los derechos humanos de los que las personas son titulares, sino también el establecimiento de mecanismos judiciales y administrativos que permitan la protección efectiva de estos derechos. El INDH, en su Informe Anual 2011, recalcó este punto al señalar que “el acceso a la justicia, entendido como el derecho de toda persona a contar con recursos eficaces de justicia bajo las garantías del debido proceso, es uno de los derechos fundamentales sobre los cuales se construye una sociedad democrática. Esto principalmente porque permite la convivencia pacífica entre las personas, evitando la imposición del más fuerte y sometiendo la decisión a un tribunal, que de forma objetiva e imparcial resuelve conflictos” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 85).

A pesar de los avances de los últimos veinte años, desde una perspectiva de derechos humanos el acceso a la justicia sigue presentando desafíos en Chile. Según la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos (ENDH) realizada por el INDH, el 56% de las personas encuestadas opina que el acceso a un juicio justo se protege “algo”, mientras que el 29% opina que “nada” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013). Asimismo, un 12% de las personas encuestadas respondió que el acceso a un juicio justo había sido uno de los derechos humanos que habían sentido *pasado a llevar* en el último año. Esto no implica que no se perciba al Poder Judicial como un actor relevante en la protección judicial de los derechos humanos. Tanto es así, que en la misma ENHD un 28% de las personas encuestadas respondió que acudiría al Poder Judicial si sus derechos humanos fueran pasados a llevar, ubicándola como la segunda institución con mayor

preferencia situándose bajo solamente Carabineros y Policía de Investigaciones que concentraron el 35% de las respuestas (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013).

El acceso a la justicia también cumple un rol primordial en la protección de los derechos fundamentales de los y las trabajadoras. Los derechos fundamentales han pasado a ser un límite dentro de la relación laboral, lo que ha llevado a diversas modificaciones del Código del Trabajo chileno, por ejemplo, las modificaciones a su artículo 2, que establece una cláusula de igualdad y no discriminación en la relación laboral o el artículo 5 que establece como límite del empleador las garantías constitucionales de sus trabajadores. Todo lo anterior se traduce en una prohibición para el empleador de llevar a cabo actos arbitrarios que vulneren no solamente los derechos laborales de trabajadores y trabajadoras, sino también todo otro derecho humano, lo que constituye un avance en la materia.

En esta línea, la Ley 20.087 –publicada el 3 de enero de 2006– que creó el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, es un avance en materia de acceso a la justicia para trabajadores y trabajadoras. Esta ley “ha sido el comienzo de un proceso de modernización de la justicia del trabajo, marcando una nueva etapa en la resolución de los conflictos laborales” (Ministerio de Justicia, 2014, pág. 5). Este procedimiento incorpora elementos para lograr una igualdad entre las partes. Como ha señalado el INDH, “las desigualdades presentes en la sociedad no deben transformarse en desigualdades en el juicio” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 85 y 86). En este sentido, en una sociedad donde el 74% de la población está totalmente de acuerdo con que si se defienden los derechos laborales se puede perder el trabajo (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013), la existencia de una instancia judicial de estas características, con un sistema probatorio diferente y

con una garantía de indemnidad para las trabajadoras y trabajadores, es un avance.

El presente apartado analiza los avances normativos del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, en especial la ampliación de la legitimación activa (esto es, quienes pueden presentar la tutela) no solo a la persona afectada, sino también a sindicatos y algunos órganos de la administración del Estado; la garantía de indemnidad que protege a los trabajadores y las trabajadoras de represalias producto de la presentación de denuncias laborales administrativas o judiciales; la prueba aliviada como estándar probatorio diferente a la regla general en materia de carga de la prueba; y el rol del Poder Judicial en la reparación de la vulneración de los derechos fundamentales. Con posterioridad, se analizan datos generales sobre cuál ha sido el uso de este procedimiento desde su creación. Específicamente se analiza, desde los estándares de acceso a la justicia, el porcentaje de ingresos de tutela a la justicia laboral y las formas de término que han tenido estas acciones. Por último, se revisan algunos casos judicializados bajo este procedimiento, donde este ha significado una respuesta eficaz para la vulneración de derechos fundamentales en la relación laboral. En este sentido, cabe tener presente que tal como se verá en los casos, este procedimiento, junto con proteger algunas manifestaciones del derecho al trabajo como la libertad de trabajo y el derecho a la libre elección en materia laboral, es también una instancia donde el trabajador o trabajadora puede alegar la protección judicial de derechos civiles y políticos.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA Y DERECHO AL TRABAJO

Analizar la aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales a la luz de estándares internacionales de derechos humanos implica, necesariamente, revisar en especial los estándares sobre acceso a la justicia y cómo estos se relacionan con la exigibilidad de los derechos humanos en la relación laboral. Al respecto, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en su párrafo primero, establece que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial,

establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Asimismo, el acceso a la justicia también incluye el acceso a un recurso sencillo y rápido para su protección judicial. Así, el artículo 25 de la CADH establece, en su párrafo primero, que toda persona “tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

En esta materia, la Corte IDH ha establecido que “esta disposición sobre el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos], sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática”¹. De este modo, “el sentido de la protección otorgada por el artículo 25 es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser efectiva la violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo”². Así entonces, es relevante que “toda persona que sea titular de dicho derecho [a interponer un recurso sencillo y rápido] debe tener la posibilidad real de interponerlo”³. La misma Corte ha reiterado que estos recursos deben ser efectivos, es decir, “deben dar resultados o respuestas a las violaciones de los derechos contemplados en la Convención [Americana sobre Derechos Humanos]”⁴. Asimismo, para la Corte es preocupante que este derecho sea ilusorio, esto es, “cuando se demuestra su inutilidad en la práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Páez vs. Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997, párrafo 82.

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Guzmán vs. México, sentencia de 6 de agosto de 2008, párrafo 100.

3 Ibidem, párrafo 106.

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 191.

ellos. A esto puede agregarse la denegación de justicia, el retardo injustificado en la decisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial”⁵.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece, en el artículo 2 párrafo tercero, que todo Estado debe garantizar que “(a) toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; (b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; (c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. Asimismo, el artículo 14 del PIDCP establece que “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”. Para el Comité de Derechos Humanos (el Comité) es relevante la relación del artículo 14 con los demás derechos estipulados en el PIDCP, en particular el artículo 2. Para el Comité, “el artículo 14 del Pacto desempeña con frecuencia un importante papel en la aplicación de las garantías más sustantivas del Pacto que han de tenerse en cuenta en el contexto de la determinación de las acusaciones de carácter penal contra una persona, así como de sus derechos y obligaciones de carácter civil. En términos procesales, reviste interés la relación con el derecho a un recurso efectivo reconocido en el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto. En general, esta disposición debe respetarse en todos los casos en que se haya violado cualquiera de las garantías del artículo 14”⁶.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivcher Bronstein v. Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 137.

6 Comité de Derechos Humanos, Observación General 32: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, aprobada en el 90º período de sesiones, 2007, párrafo 58.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha sostenido la necesidad, en relación con la obligación de los Estados establecida en el párrafo 1 del artículo 2 del PIDESC, de adoptar medidas para garantizar la plena efectividad de los derechos en este reconocidos, entre ellos, el derecho al trabajo (artículo 6), a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7) y a la sindicalización y huelga (artículo 8). Esta obligación incluye “[l]a de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables”⁷. El mismo Comité, en su Observación general N° 18 referida al derecho al trabajo, señaló que “[t]oda persona o grupo que sea víctima de una vulneración del derecho al trabajo debe tener acceso a adecuados recursos judiciales o de otra naturaleza en el plano nacional”⁸.

La Comisión IDH ha establecido que la tutela judicial efectiva “exige que los Estados brinden mecanismos judiciales idóneos y efectivos para la protección de los derechos sociales, tanto en su dimensión individual como colectiva”⁹. Por lo mismo, es relevante que “los procedimientos judiciales destinados a proteger los derechos sociales no presenten condiciones u obstáculos que le quiten efectividad para cumplir con los fines para los que fueron previstos”¹⁰. Estos estándares son de gran importancia para la CIDH, especialmente para proteger derechos sociales en el marco de relaciones asimétricas de poder, ya que “el reconocimiento de derechos es también el reconocimiento de un campo de poder para sus titulares y en ese sentido, puede actuar como una forma de restablecer equilibrios en el marco de situaciones sociales marcadamente desiguales”¹¹.

La tutela judicial efectiva es un derecho que el Estado debe respetar y garantizar también en la relación laboral, donde “no debe permitir que los empleadores privados violen los

7 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 1990, párrafo 5.

8 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 18, El derecho al trabajo, 2005, párrafo 48.

9 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos, 2007, párrafo 27.

10 Ibídem.

11 Ibídem, párrafo 236.

derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales”¹². Asimismo, la Corte IDH remarcó que “en las relaciones laborales los empleadores deben proteger y respetar los derechos de los trabajadores, ya sea que esas relaciones se desarrollen en los sectores público o privado de las sociedades”¹³. En este sentido, la obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos laborales “se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es. De esta manera, los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias de jure y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores”¹⁴⁻¹⁵.

NORMATIVA NACIONAL

El artículo 6 de la Constitución Política de la República (CPR), en su inciso segundo, establece que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos [del Estado] como a toda persona, institución o grupo”. Este artículo es de relevancia en materia de tutela de derechos fundamentales, ya que el procedimiento es un mecanismo por medio del cual personas particulares (trabajadores y trabajadoras) pueden exigir determinados derechos constitucionales —que constituyen preceptos de la CPR tal como refiere el artículo 6— respecto de otra persona particular (empleador). En otras palabras, es un ejemplo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

El artículo 19 N° 3 de la CPR asegura también a todas las personas “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”. Asimismo, establece que “nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se halle establecido por esta con anterioridad a la perpetración del hecho”. Finalmente, agrega que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Finalmente, la CPR en su artículo 20 establece el recurso de protección, el cual integra entre los derechos protegidos el artículo 19 N° 16 del mismo texto, solo en lo referente a libertad de trabajo, el derecho a su libre elección y contratación y otras materias tratadas en el inciso cuarto del numeral, como que solo podrán prohibirse trabajos que se opongan a la moral, seguridad o salubridad públicas o la prohibición de exigir alguna afiliación a alguna organización para desarrollar una determinada actividad laboral. Justamente, sobre este recurso, el INDH señaló en su Informe Anual 2011 que se ha criticado que “excluya de su tutela a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). El catálogo de derechos constitucionales en el artículo 19 reconoce restringidamente estos derechos y, posteriormente, el artículo 20 protege solo algunos aspectos de los mismos. Al respecto se requiere un catálogo de derechos constitucionales que contemple estos derechos, como asimismo, la existencia de un recurso efectivo para su exigibilidad en los términos del artículo 25 de la CADH” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 94).

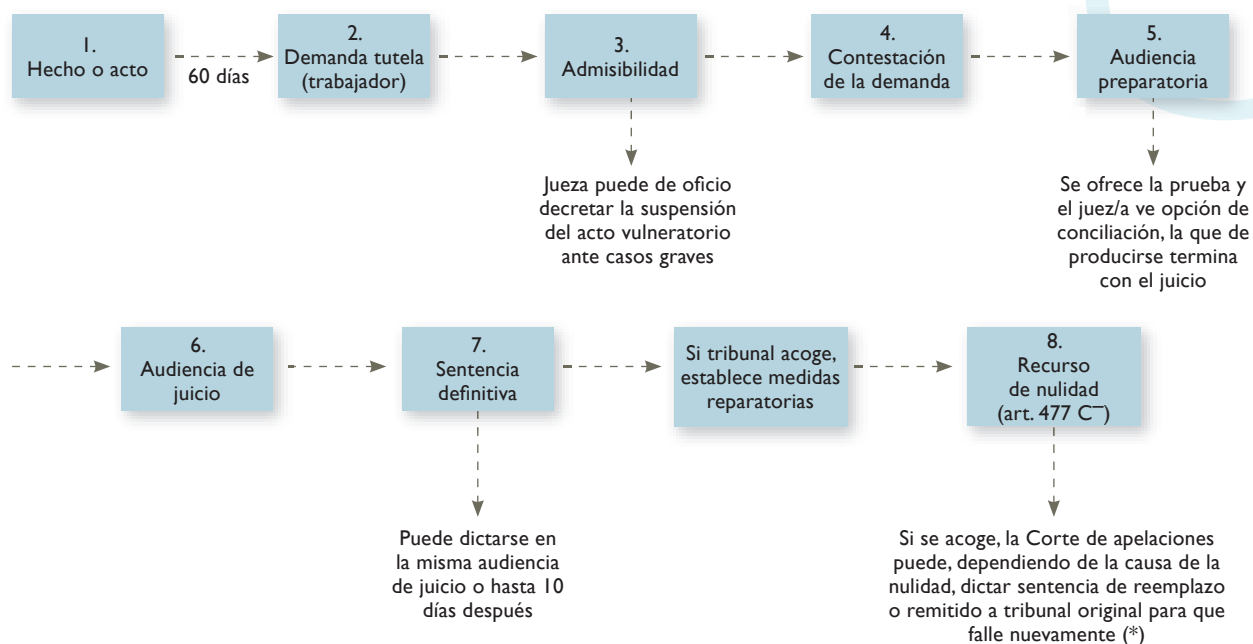
12 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párrafo 148.

13 Ibidem, párrafo 151.

14 Ibidem, párrafo 149.

15 Asimismo, el INDH valora que el Estado de Chile haya ratificado, en abril de 2011, el Convenio 187 de la OIT sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo.

CUADRO I.
ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA
LABORAL¹⁶



* Excepcionalmente contra el fallo del recurso de nulidad puede interponerse el recurso de Unificación de jurisprudencia ante la Corte Suprema (art. 483 CT), solo si existieren distintas interpretaciones sobre una misma materia en dos o más sentencias judiciales firmes.

Fuente: elaboración propia

En la práctica, diferentes especialistas consideran que este recurso no ha sido eficaz en materia laboral¹⁷. Para Álvaro Flores, juez del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, “la jurisprudencia que del mundo del trabajo se había logrado en sede de protección, la más eficaz era la de los empleadores, logrando fallos que restringieran las potestades

de la Dirección del Trabajo”¹⁸. Asimismo, para César Toledo, profesor de Derecho Laboral, “el recurso de protección más bien se caracterizó por servir para limitar ejercicio de derechos fundamentales de los trabajadores”¹⁹.

A nivel legal se encuentra la regulación específica para la tutela de derechos fundamentales en materia laboral. La Ley 20.087, que reformó el Código del Trabajo (CT) en el 2006, incorporó en el artículo 485 y siguientes el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. El artículo 485 establece su ámbito de aplicación, especificando que se aplicará “respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores”. No obstante lo anterior, el artículo restringe la aplicación del procedimiento

16 Los artículos 485 y siguientes del CT más que establecer un procedimiento especial, en realidad sujeta la tramitación de la tutela a las normas del procedimiento de aplicación general (artículo 446 y siguientes CT), agregando determinadas normas procesales especiales como la de la prueba aliviada.

17 Para efectos del presente apartado se realizaron 4 entrevistas a especialistas en materia de procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Del Poder Judicial se entrevistó a Álvaro Flores, juez del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago y Vicepresidente del Instituto de Estudios Judiciales Hernán Correa De la Cerda, y a Paola Díaz, jueza del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Del mundo académico se entrevistó a César Toledo, abogado, Máster de Empleo, Relaciones Laborales y Dialogo Social en Europa, Universidad Castilla-La Mancha Albacete-España, profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Universidad Central, y a José Luis Ugarte, abogado, Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca, España y profesor de Derecho del Trabajo, Universidad Diego Portales.

18 Entrevista a Álvaro Flores, Juez del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, realizada el 11 de agosto de 2014.

19 Entrevista a César Toledo, profesor de Derecho Laboral, Universidad Central y Universidad Diego Portales, realizada el 9 de septiembre de 2014.

al siguiente listado de derechos: derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona cuando sea consecuencia directa de actos en la relación laboral, el respeto y protección de la vida privada y a la honra de la persona y su familia, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos, la libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa, la libertad de trabajo y el derecho a la libre elección en materia laboral.

Junto a lo anterior, el artículo también agrega que el procedimiento es aplicable a actos discriminatorios según la definición del artículo 2 del CT²⁰, el cual define actos de discriminación como aquellas “distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicalización, religión, opinión pública, 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”. El mismo artículo 2 establece que las relaciones laborales “deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona”.

Desde los estándares internacionales de derechos humanos, y en especial en materia de igualdad y no discriminación, la definición del artículo 2 sobre actos de discriminación presenta dos falencias en su concepción. En primer lugar, define como “actos de discriminación” solo a aquellos que tienen por objeto un fin discriminatorio, es decir, integra un elemento subjetivo de intencionalidad discriminatoria, lo cual es más restringido que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, donde las definiciones de diversos tratados se refieren a actos que, ya sea por objeto o resultado, discriminen. Todo acto basado en un criterio que no diga relación con la idoneidad laboral (como son los denominados “criterios sospechosos”) y que, por objeto o

resultado, implique una discriminación, es contrario al derecho internacional de los derechos humanos. Justamente, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 18 sobre no discriminación estableció que “el término ‘discriminación’, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”²¹. En la práctica esto es relevante, ya que en la relación laboral existe un conjunto de prácticas no establecidas a priori con la intención de discriminar, pero que tienen un resultado discriminatorio y debieran ser igualmente sancionadas y reparadas.

Una segunda falencia es la redacción cerrada sobre los criterios sospechosos por los cuales se prohíbe la discriminación, lo cual puede provocar un escenario judicial donde discriminaciones en la relación laboral motivadas en factores distintos de los ahí mencionados –como la orientación sexual o la identidad de género, que sí están reconocidos en normas legales como la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación– queden sin protección judicial. La Corte IDH ha sido clara en que el listado de criterios sospechosos por los cuales se prohíbe discriminar no es taxativo, sino que enunciativo en razón que los tratados internacionales prohíben, en general, la discriminación por cualquier otra condición social. Así, “los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo I.1 de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos], no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. La redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido

20 Todo el contenido del artículo 2 queda sujeto al procedimiento de tutela de derechos fundamentales, salvo su inciso sexto que establece que “Por lo anterior [las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación] y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por el empleador, directamente o a través de un tercero y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto [raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social]”.

21 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18: No Discriminación, aprobada en el 37° período de sesiones, 1989, párrafo 7. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 1, define discriminación ya sea por objeto o resultado. En el mismo sentido, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, en su artículo 1.

explícitamente indicadas²². En todo caso, y considerando la obligación internacional de los Estados de adecuar su legislación interna a los tratados internacionales que ha ratificado y se encuentran vigentes, los criterios sospechosos del artículo 2 del CT debieran ser entendidos de manera enunciativa²³.

El procedimiento de tutela incluye también los actos de discriminación señalados en el inciso séptimo del artículo 2, el que establece que “ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicados por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno”.

El inciso tercero del artículo 485 establece que los derechos protegidos por este procedimiento resultarán lesionados cuando el empleador limite su pleno ejercicio ya sea sin justificación alguna, de forma arbitraria o desproporcionada, sin respeto al contenido esencial del derecho o por represalias ejercidas producto de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo (DT) o por la presentación de alguna acción judicial. Este último punto –en cuanto a las represalias– es lo que se ha denominado garantía de indemnidad y constituye un avance en materia de protección laboral para trabajadores y trabajadoras²⁴.

En cuanto a la legitimación activa, esto es, quienes son las personas que pueden presentar una demanda de tutela ante tribunales, la ley es amplia al establecer que puede ser el mismo trabajador o trabajadora o cualquier organización sindical, invocando un derecho o interés legítimo. El artículo 489 del CT restringe la legitimación activa solamente al trabajador o trabajadora si la supuesta afectación del derecho fundamental es producto del despido. Al no eximir la Ley 20.087 expresamente de la representación

judicial, la demanda de tutela debe ser presentada por un/a abogado/a²⁵. En la práctica, el artículo 489 crea dos dimensiones del procedimiento: una durante la vigencia de la relación laboral (con una legitimación activa amplia) y otra con ocasión del despido (con una legitimación activa reducida exclusivamente a la persona despedida)²⁶.

Del mismo modo, si la Inspección del Trabajo toma conocimiento de alguna vulneración de derechos fundamentales en el ejercicio de sus competencias, debe denunciar los hechos al tribunal competente. La ley es clara al establecer que la Inspección “deberá denunciar”, lo que implica una obligación absoluta, no pudiendo estar sometida a la voluntad de la entidad si denuncia o no. Según información de la DT, entre enero y julio de 2014 se han presentado 113 denuncias por tutela de derechos fundamentales, lo que es menor proporcionalmente al 2013, donde en el mismo período la DT había presentado 142 denuncias. De las 113 presentadas, 71 de ellas son por materias relacionadas con sindicalismo, negociación colectiva o huelga, 39 son por afectación a la vida, integridad psíquica y física y a la honra y vida privada del trabajador/a y las tres restantes son por otros derechos o afectación de derechos fundamentales del artículo 19 de la CPR en conjunto con materias sindicales²⁷.

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Ríffo y Niñas v. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 85.

23 Un caso donde el tribunal laboral aplica este razonamiento es analizado en este capítulo, en el acápite de casos judicializados.

24 Solo a modo de ejemplo de la importancia de la garantía de indemnidad, de las 15 causas presentadas entre enero y julio de 2014 por la Oficina de Defensa Laboral en la Región Metropolitana, 10 son afectación de la garantía de indemnidad, es decir, personas despedidas por haber acudido a la Inspección del Trabajo o a tribunales denunciando afectación de sus condiciones laborales.

25 El artículo 1 de la ley 18.120 que establece normas sobre comparecencia en juicio, señala que “la primera presentación de cada parte o interesado en asuntos contenciosos o no contenciosos ante cualquier tribunal de la República, sea ordinario, arbitral o especial, deberá ser patrocinada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión”. En el mismo sentido, el artículo 434 del Código del Trabajo. La manera en que el Estado provee asistencia jurídica gratuita en esta materia es por medio de las Oficinas de Defensa Laboral (ODL), dependientes orgánicamente de la Corporación de Asistencia Judicial (CAJ). La CAJ se estructura en cuatro oficinas regionales: Tarapacá (Con ODL en Arica, Iquique, Antofagasta y Calama); Valparaíso (con ODL en Chañaral, Vallenar, Ovalle, Valparaíso, San Antonio, Quillota y San Felipe); Metropolitana (con ODL en Santiago, San Miguel, Puente Alto, San Bernardo y Talagante); y Biobío (con ODL en Chillán, Los Ángeles, Concepción, Temuco, Angol, Puerto Montt, Osorno, Castro, Valdivia, Coyhaique y Aysén). En la Región de Magallanes y la Antártica chilena hay oficinas en Punta Arenas, Puerto Natales y Porvenir. Ver www.cajta.cl, www.cajval.cl, www.cajmetro.cl y www.cajbiobio.cl.

26 Esta distinción es relevante para efectos del presente capítulo, ya que las conclusiones en algunos aspectos, como por ejemplo las formas de término, varían si fue una tutela durante la relación laboral o a propósito del despido.

27 Dirección del Trabajo, Oficio N° 3798, de 6 de octubre de 2014, en respuesta al INDH. El análisis es proporcional, ya que se sumaron el total de demandas presentadas entre enero y julio de ambos años (2013 y 2014) para que las cifras fueran comparables.

Asimismo, mientras en las regiones Metropolitana, Biobío y Tarapacá fue donde más denuncias se presentaron entre enero y julio de 2014 (24, 12 y 11 respectivamente), fue en las regiones de Arica y Parinacota (ninguna demanda), Aysén (1 demanda) y Tarapacá y La Araucanía (2 demandas en cada una), donde menos tutelas de derechos fundamentales se presentaron²⁸.

El rol de la DT ha sido objeto de críticas. Para el juez Álvaro Flores “hay una inhibición de los órganos del ejecutivo en la presentación de tutela. [P]uedo decirlo con todas sus palabras, mi hipótesis es que aplica un principio de oportunidad impropio, decide qué judicializa, pero no tiene potestad discrecional para decidir”²⁹. Por su parte, para José Luis Ugarte, “ya está en la cultura, en la inercia de la Dirección del Trabajo, que solo se judicializan casos ganables”³⁰.

Por último, en materia de legitimación activa, se debe destacar que la Corte Suprema, en una sentencia de abril de 2014, resolvió que la tutela laboral es aplicable a las relaciones laborales en que el Estado es empleador, aunque estas estén regidas por el Estatuto Administrativo y no por el Código del Trabajo. Para la Corte Suprema “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”³¹. Agregó la Corte que “atendida la entidad y naturaleza de los derechos que por esta vía se pretenden proteger, los que [...] deben considerarse ‘inviolables en cualquier circunstancia’, no existe una razón jurídica valedera para excluir de su aplicación a toda una categoría de trabajadores, como son los funcionarios públicos”³².

28 Dirección del Trabajo, Oficio N° 3798, de 6 de octubre de 2014, en respuesta al INDH.

29 Entrevista a Álvaro Flores, Juez del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, realizada el 11 de agosto de 2014.

30 Entrevista a José Luis Ugarte, profesor Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, realizada el 1 de septiembre de 2014.

31 Corte Suprema, recurso de unificación de jurisprudencia, Rol 10.972-2013, sentencia del 30 de abril de 2014, considerando 13. Es relevante asimismo que la decisión de la Corte haya sido a propósito de un recurso de unificación de jurisprudencia, ya que mediante este recurso la Corte, ante interpretaciones contradictorias, resuelve estableciendo cuál es la interpretación adecuada conforme a derecho (ver cuadro 1).

32 Corte Suprema, recurso de unificación de jurisprudencia, Rol 10.972-2013, sentencia del 30 de abril de 2014, considerando 16.

En materia probatoria, el procedimiento presenta una regulación distinta a la norma general del derecho procesal chileno donde la carga de la prueba recae totalmente en quien demanda. El artículo 493 señala que “cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. De este modo, se configura una “prueba aliviada” o “rebaja de prueba” consistente en que si quien demanda presenta indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, quien ha sido demandado debe explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Se ha descartado que esto sea una inversión en la carga de la prueba, sino que “hay una alteración del objeto de la prueba, [e]n que la víctima o denunciante no está completamente liberado de prueba: debe acreditar al menos la existencia de ‘indicios suficientes’ de la existencia de la conducta lesiva, para que en ese caso, y solo en ese caso, se traslade al demandado el deber de probar que su conducta se debió a motivos objetivos y razonables” (Ugarte, 2007, pág. 64). De esta manera, el procedimiento busca garantizar la igualdad de armas procesales entre las dos partes del juicio, lo que constituye un avance y se ajusta a los criterios propios del derecho del trabajo.

Acorde a las entrevistas realizadas por el INDH, se puede observar que hay una falencia en cuanto a cuál es el estándar de prueba para satisfacer los “indicios suficientes”. Para el juez Flores, “el déficit más fuerte es el manejar de manera menos cautelosa la prueba por indicio. Como los jueces venimos formados de una lógica de exigir prueba fuerte para establecer hechos en el proceso, la prueba indiciaria es una rebaja de la carga probatoria. De lo que me ha tocado ver y analizar en cursos es que hay suficientes indicios pero los jueces hacen un salto de razonamiento a decir que no son suficientes, y ahí la técnica esté siendo entre comillas traicionada o no asumida bien”³³. Paola Díaz, jueza del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, no cree que haya un estándar de prueba en esta materia. Díaz opina que “la

33 Entrevista a Álvaro Flores, Juez del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, realizada el 11 de agosto de 2014.

evolución jurisprudencial cuesta mucho y no la vamos a tener hasta varios años más porque uno no conoce mucho los fallos de sus colegas en general”³⁴. Agrega que “he visto sentencias que dicen que no hay indicios suficientes y eso está mal porque uno tiene que hacerse cargo de los indicios y analizar la justificación y si no te quedas con los indicios. [N]o me sorprendería ver un fallo que no tomara en cuenta la prueba indiciaria, creo que he visto varios, y desde ese punto de vista creo que es falta de formación [de los jueces y juezas]”³⁵.

Finalmente, el artículo 495 establece que, en caso de verificarse la vulneración, el juez o la jueza debe ordenar el cese del actuar vulneratorio de derechos fundamentales, las medidas reparatorias a ser ejecutadas por la parte condenada (incluyendo una indemnización monetaria) y las multas si corresponden. Este artículo sitúa al juez o jueza en una situación activa, ya que debe evaluar, acorde a las características del caso, diversas medidas de reparación del derecho fundamental lesionado. Esto, según la jueza Díaz, plantea nuevos desafíos principalmente en la Región Metropolitana, ya que “tenemos la cobranza y ejecución separada de lo declarativo. Este tribunal llega solo hasta el fallo, después se va a un tribunal distinto que es de ejecución. [M]uchas veces, sobre todo en los casos de tutela, falta sintonía entre los dos tribunales porque al juez que le llegó está acostumbrado a ejecutar obligaciones de dar, de pagar sumas de dinero. [C]uando son cosas de tutela se pone más exquisito: declaración, disculpas públicas, capacitaciones, para ellos les estorba este tipo de sentencias y no saben mucho que hacer y tampoco el código es claro, no te da muchas herramientas como para enfrentar ese tipo de sentencias y darles eficacia”³⁶⁻³⁷.

34 Entrevista a Paola Díaz, Jueza del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, realizada el 5 de septiembre de 2014.

35 *Ibidem*.

36 *Ibidem*.

37 El Código Civil distingue entre obligaciones de dar, hacer y no hacer. Las obligaciones de dar están definidas en el artículo 1548 del código como aquellas que contienen “la de entregar la cosa; y si esta es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarlo hasta la entrega”. La entrega de la cosa, en materia de justicia laboral, consiste principalmente en entregar la suma de dinero a quien el tribunal determinó que se le pagara.

Si bien los Tribunales de Cobranza Laboral y Previsional no son estudiados en este apartado, se debe considerar que acorde a la información del Ministerio de Justicia, estos tribunales concentran la mayoría de los ingresos de causas en materia laboral. En 2012, de las 300.897 causas que ingresaron a la justicia laboral, 255.297 de ellas (84,8%) ingresaron específicamente a los tribunales de Cobranza Laboral y Previsional. Dentro de estas últimas, la Región Metropolitana concentra la mayoría de los ingresos con 129.393 causas, correspondiente al 50,7% (Ministerio de Justicia, 2014, pág. 9 y 10).

EL USO DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

TOTAL ANUAL DE TUTELAS

Tras seis años desde la entrada en vigencia del procedimiento de tutela de derechos fundamentales³⁸, es relevante conocer las cifras generales sobre la aplicabilidad de este para analizar cuál ha sido el acceso a la justicia para trabajadores y trabajadoras en el resguardo de sus derechos³⁹. Según el Ministerio de Justicia, en el año 2012 ingresaron 300.897 causas en materia laboral⁴⁰. La mayoría de esos ingresos corresponden a cobranza laboral y previsional (84,8%), mientras que 15,2% de ellas –correspondientes a 45.600 ingresos– son causas laborales⁴¹ propiamente tal (Ministerio de Justicia, 2014, pág. 9). De estas últimas, el procedimiento de

38 Si bien la ley se publicó en enero de 2006, el artículo 1 transitorio de la misma fijó un período de vacancia legal gradual para su vigencia, comenzando a regir en las primeras regiones en marzo de 2008 y concluyendo su inicio en octubre de 2009 en la totalidad del país.

39 El procedimiento de tutela de derechos fundamentales es uno de los distintos procedimientos existentes en materia de justicia laboral. Los otros procedimientos son: Cobranza laboral y previsional, de aplicación general, monitorio y reclamo.

40 En la página web del Ministerio de Justicia están disponibles los Anuarios Estadísticos hasta el año 2012. El INDH, mediante oficio N° 238 de 31 de julio de 2014, solicitó al Ministerio de Justicia el Anuario Estadístico de Justicia Laboral correspondiente al año 2013, pero mediante oficio N° 7552, de 8 de septiembre de 2014, dicho Ministerio respondió que el Anuario estaba aún en proceso de elaboración.

41 Por causas laborales se entiende el procedimiento de aplicación general, monitorio, reclamo y el procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

aplicación general y monitorio⁴² concentran la mayoría de los ingresos (48,4% y 39% respectivamente). Por su parte, el procedimiento de tutela de derechos fundamentales concentró el 7,1% de las causas laborales ingresadas el 2012, esto es, 3.237 ingresos (Ministerio de Justicia, 2014, pág. 10). Esta cifra implica un aumento respecto del año 2011, donde el total de ingresos de causas por procedimiento de tutela fue de un 6,9% correspondiente a 2.855 ingresos (Ministerio de Justicia, 2013, pág. 10).

En el 2012, el porcentaje de ingresos por las Oficinas de Defensa Laboral (ODL) son menores al promedio antes señalado. De las 24.540 acciones de tutela presentadas por las ODL en el país, el 0,9% de ellas, es decir, 220 acciones, fueron en materia de tutela de derechos fundamentales (Ministerio de Justicia, 2014, pág. 82 y ss). Es en las regiones de Arica y Parinacota, Antofagasta y Coquimbo donde menos acciones de tutela se presentaron en el mismo período (0,05 y 0,3% respectivamente) (Ministerio de Justicia, 2014, pág. 82 y ss), mientras que en las regiones de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, Biobío y Tarapacá fue donde más acciones se presentaron (1,8, 1,7 y 1,3% respectivamente) (Ministerio de Justicia, 2014, pág. 86 y ss).

Sobre estas cifras, los especialistas entrevistados por el INDH mostraron cautela. Por una parte, tanto los profesores José Luis Ugarte y César Toledo como la jueza Paola Díaz, fueron de la opinión de que no necesariamente el 7,1% de ingresos de tutela implica una cifra baja. Para Toledo “más que la cantidad me importa el tema de la calidad de esas tutelas, porque la tutela tiene una particularidad porque puede llegar a tener un efecto multiplicador la sentencia a través de las medidas reparatorias. Puedes tener un solo caso y que te genera un cambio conductual, [es decir,] una empresa que te diga que desde ahora en adelante cambia la cultura”⁴³. Ugarte señaló que no tiene “un juicio especialmente negativo de esto. [E]l punto es que mientras no se mejoren los actores sindicales esa cifra va a estar en ese

nivel”, agregando que “cuando me refiero a sindicalización, me refiero no solo al número de sindicatos, sino al revés, a la fortaleza de los sindicatos. [T]enemos mucho sindicato y mucho sindicato débil”⁴⁴. Sobre este punto, el INDH planteó en su Informe Anual 2011 que “la experiencia muestra que lo más efectivo en términos de prevenir y resolver conflictos y discrepancias así como de garantizar los derechos laborales, es fomentar los sindicatos entregándoles fuertes herramientas de negociación, constituyéndose estos en el primer fiscalizador del respeto a los derechos laborales” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 147). Al respecto, el Programa de Gobierno de la Presidenta plantea “fortalecer sindicatos y realizar un conjunto de modificaciones a la negociación colectiva” (Gobierno de Chile, pág. 92), las que según la Ministra Javiera Blanco, serían presentadas al Congreso antes de fin de año.

Por otra parte, es relevante distinguir entre la acción de tutela presentada durante la relación laboral y la acción de tutela presentada por motivo del despido del trabajador o trabajadora. Si bien en el Anuario de Justicia Laboral que elabora el Ministerio de Justicia no registra información sobre cuántas de las acciones de tutela corresponden a cada una, las personas entrevistadas coincidieron en que la mayoría de las acciones son presentadas por razón del despido. En este sentido, Díaz señaló que “hay que partir de la base que nosotros somos prácticamente tribunales de despido. No vemos muchas situaciones que ocurran durante la vigencia de la relación laboral. [V]emos cuando la relación laboral ya está muerta y eso es un problema que también quizás le podríamos atribuir a la falta de conciencia de los trabajadores o la falta de fuerza de los sindicatos, porque el trabajador no se siente empoderado de poder iniciar una acción con su relación laboral vigente, se siente muy atemorizado”⁴⁵, agregando que durante la relación laboral la sentencia presenta ciertas ventajas “porque ahí tú evitas que siga pasando con los restantes trabajadores o con la misma persona, pero aquí [en el caso de tutela por despido] como la relación ya está extinta lo que quiere el trabajador rápidamente es su

42 El procedimiento de aplicación general es aquel pertinente de utilizar en todas aquellas materias laborales que no estén destinadas a ser tratadas en procedimientos específicos. El procedimiento monitorio, por su parte, se aplica para las contiendas cuya cuantía sea igual o superior a diez ingresos mínimos mensuales (artículo 496 del CT).

43 Entrevista a César Toledo, profesor de Derecho Laboral, Universidad Central y Universidad Diego Portales, realizada el 09 de septiembre de 2014.

44 Entrevista a José Luis Ugarte, profesor Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, entrevista realizada el 1 de septiembre de 2014.

45 Entrevista a Paola Díaz, Jueza del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, realizada el 5 de septiembre de 2014.

dinero y dar vuelta la página⁴⁶. Para el juez Flores, la cifra total de tutelas “no va a subir más porque el pan de cada día es el despido común y corriente. En rigor no debiese extrañarse mucho, porque [al igual que el recurso de] protección, debiera siempre conceptualizarse como un recurso extraordinario. Todo podría tener un olfatiillo a tutela, pero necesariamente debe haber vulneración de un derecho⁴⁷. A modo de ejemplo, y sin constituir una muestra representativa, de las 15 causas por tutela de derechos fundamentales presentadas por la ODL en la Región Metropolitana, entre enero y julio de 2014, ninguna de ellas correspondía a una tutela durante la relación laboral⁴⁸. Al respecto Toledo señaló que “el trabajador no te va a demandar durante la relación laboral, eso es extrañísimo, probablemente va a ser el anticipo de tu despido⁴⁹”.

FORMAS DE TÉRMINO DE LA TUTELA

Esta concentración de las tutelas a causa del despido del trabajador o trabajadora es lo que explicaría también las formas de término del procedimiento de tutela. En el 2012, 49,3% de las acciones de tutela presentadas en tribunales terminaron mediante conciliación, mientras que un 26,2% por medio de una sentencia (Ministerio de Justicia, 2014, pág. 14).

Uno de los incentivos para poner término mediante la conciliación, es evitar quedar en el registro de empresas que no pueden participar de los procesos de compra pública. La Ley 19.886 sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, en su artículo 4, excluye de los

procesos de compra pública (“Chile compra”) y, por tanto, de contratar con la administración del Estado, a quienes “al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador; dentro de los anteriores dos años”. No obstante, esta sanción solo es útil respecto de las empresas a las que les interesa contratar con el Estado. Para Ugarte, “muchas empresas prefieren las conciliaciones para evitar la sanción que, a esta altura se ha mostrado como la más eficaz de todas, de salir del registro de las empresas con contratos con el Estado. [L]os sindicatos logran a través de esa vía indirecta posiciones de poder que no tienen por sí mismos y las empresas están dispuestas a negociar cosas que no estarían dispuestas para evitar salir del registro⁵⁰. La conciliación en estos casos evita que la empresa quede inhabilitada, ya que si bien el CT le da al acta de conciliación los efectos de una sentencia ejecutoriada⁵¹, no constituye una sentencia propiamente tal donde el juez o la jueza decida el conflicto de fondo (la vulneración de derechos fundamentales), sino que es un acta donde las partes del juicio de tutela (empleador y trabajador) llegan a un acuerdo indemnizatorio monetario, la forma de pago de ese monto y la causal legal sobre la cual ponen término a la relación laboral. Ejemplo de lo anterior son las 15 causas judiciales por tutela presentadas por la ODL en la Región Metropolitana entre enero y julio de 2014. En 14 de ellas el término del proceso fue una conciliación entre las partes donde la parte demandada (empleador) expresamente no reconoce “ninguno de los hechos expuestos en la denuncia” y ofrece un monto de dinero “con el solo efecto de poner término al juicio⁵². De estas 14, en un acta el tribunal hace referencia a la posible violación de derechos fundamentales,

46 Entrevista a Paola Díaz, Jueza del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, realizada el 5 de septiembre de 2014.

47 Entrevista a Álvaro Flores, Juez del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, realizada el 11 de agosto de 2014.

48 Oficina de Defensa Laboral, Memo N° 0845-2014, dirigido a la Corporación de Asistencia Judicial, a propósito del oficio N° 243 enviado por el INDH a la CAJ solicitando información respecto de tutelas de derechos fundamentales. Las causas son: del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (T-54-2014, T-168-2014 y T-267-2014), del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (T-8-2014, T-23-2014, T-24-2014, T-121-2014, T-122-2014, T-177-2014 y T-262-2014), Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo (T-16-2014, T-25-2014 y T-30-2014), 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Talagante (T-5-2014) y Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto (T-12-2014). Información enviada por correo electrónico al INDH el 29 de agosto de 2014.

49 Entrevista a César Toledo, profesor de Derecho Laboral, Universidad Central y Universidad Diego Portales, realizada el 9 de septiembre de 2014.

50 Entrevista a José Luis Ugarte, profesor Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, realizada el 1 de septiembre de 2014.

51 Señala el CT en su artículo 453 N° 2, inciso segundo: “Producida la conciliación, sea esta total o parcial, deberá dejarse constancia de ella en el acta respectiva, la que suscribirán el juez y las partes, estimándose lo conciliado como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales”.

52 Ver pie de página 48. Todas las causas ahí mencionadas terminan mediante esta fórmula, a excepción de la causa T-16-2014 del Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo que concluyó mediante sentencia.

descartándola⁵³. En regiones, las formas de término de las causas de tutela presentadas por las respectivas ODL muestran, en general, la misma suerte procesal, concluyendo en vía conciliatoria⁵⁴.

Desde una perspectiva de derechos humanos, el porcentaje mayoritario de términos mediante conciliación debe ser analizado. Si bien se entiende la utilidad de la conciliación como instancia que permite una economía procesal o que beneficia a la empresa para no estar inhabilitada de celebrar contratos con el Estado, preocupa al INDH la posibilidad de que la vía conciliatoria pudiera ser utilizada como una manera de evitar responsabilidades en el respeto a los derechos fundamentales de trabajadores y trabajadoras. Los Estados tienen la obligación de proteger los derechos humanos, es decir, investigar las denuncias, sancionar en caso de corroborarse y reparar a la víctima de la vulneración. Consecuentemente, una conciliación en la cual la parte demandada –en este caso el empleador– no reconoce ningún hecho de los que configurarían la violación de los derechos fundamentales del trabajador o trabajadora, y por tanto no se determina su responsabilidad en dicha violación, podría no ser un instrumento efectivo por medio del cual el Estado sanciona la vulneración del derecho ni tampoco es capaz de reparar íntegramente a la persona afectada. En este sentido, la admisión de compensaciones pecuniarias puramente particulares o las medidas de reparación que no remedian los contextos generales vulneratorios de derechos, puede conllevar incumplimiento del deber de garantizar derechos.

53 Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Talagante, Rol T-5-2014. En el acta el tribunal señala que “en atención que de la relación efectuada de la demanda no se aprecian en forma manifiesta una vulneración de derechos constitucionales, es que se tiene por aprobado el presente avenimiento”.

54 A agosto de 2014, en la Región de Valparaíso, las causas de tutela presentadas por las ODL presentaban un 65% de término por conciliación. En Rancagua, el 86% había terminado por esta vía, mientras que en la Región del Maule, era el 63,3%. En la Región de Magallanes, en el mismo período, el 40% concluyó conciliatoriamente. Si bien en la ciudad de Temuco el 100% de las causas ha terminado por conciliación y en la Región de Los Ríos el 92,6%, la información proporcionada por el Ministerio de Justicia señala que dichos porcentajes corresponden al 2014, pero no especifica el período exacto (qué tramo de meses). Ministerio de Justicia, Oficio N° 8176, de 26 de septiembre de 2014.

CASOS JUDICIALIZADOS EN MATERIA DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Algunos casos decididos por Juzgados de Letras del Trabajo desde la entrada en vigencia del procedimiento de tutela de derechos fundamentales son interesantes de ser analizados. La elección de estos casos corresponde a diversos factores, entre ellos, los que han tenido un impacto público en la sociedad, sentencias que analizan la vulneración de derechos civiles y políticos al interior de la relación laboral y casos que han sido destacados por las personas especialistas entrevistadas, entre ellas jueces de la República⁵⁵. A nivel general cabe destacar que son sentencias a propósito de tutelas presentadas durante la relación laboral y por motivo del despido del trabajador o trabajadora. Asimismo, hay casos presentados de manera individual por el trabajador o trabajadora, como también casos presentados por la Dirección del Trabajo u organizaciones sindicales.

a. Caso “pañales”

El sindicato de trabajadores de la empresa Express Santiago Uno S.A. presentó en abril de 2010 una tutela de derechos fundamentales en contra de dicha empresa por un conjunto de prácticas del empleador que, a juicio del sindicato, atentaban contra la dignidad en el trabajo y afectaban la integridad física y psíquica de las personas. Por ello solicitó el cese de las prácticas denunciadas, establecer medidas de reparación así como las indemnizaciones que correspondiesen. Entre las prácticas denunciadas por el sindicato se alegaba una campaña del terror por parte de los jefes de paradero que obligaban a los choferes a trabajar más de 7,5 horas diarias bajo amenaza de despido y presiones por medio de la radio del bus para que se apuraran bajo amenaza de amonestación. Alegaban también maltrato verbal, ausencia de horario de colación y ser obligados a manejar largos trayectos usando pañales para que orinaran en ellos. La empresa negó en su oportunidad todas estas acusaciones.

55 Por ser la primera vez que se analiza este tema en un Informe Anual, los hechos que originan los casos no corresponden necesariamente al período de análisis del presente Informe Anual. Asimismo, el análisis corresponde solo a sentencias de primera instancia.

El 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago llegó a la convicción de que orinar en los buses, en botellas *ad hoc* y el uso de pañales para adultos eran conductas probadas en el caso. Sobre la misma concluyó que “no se requiere demostración médica para concluir la forma cómo la realidad descrita es capaz de lacerar la integridad psíquica individual afectando a un colectivo laboral objeto de una organización de trabajo que no hace miramientos a su condición de personas y subordina las exigencias del servicio a criterios de eficiencia, olvidando que el trabajo humano no es una mercancía y que la persona no puede ser tratada como tal y avasallarse su dignidad, poniéndosela en condiciones tales en que carece de la libertad mínima para hacer en condiciones de privacidad sus necesidades fisiológicas, por una parte y privársele del reposo indispensable para recuperar las fuerzas invertidas en el trabajo”⁵⁶. Asimismo, para el tribunal, esta situación “no encuentra justificación alguna, desde que no puede invocarse ninguna razón productiva o de eficiencia económica que sacrifique derechos esenciales que el orden constitucional ha salvaguardado y reconocido con máxima jerarquía”⁵⁷.

El tribunal condenó a la empresa por haber vulnerado la dignidad, libertad e integridad psíquica de los socios del sindicato de trabajadores, ordenando el cese inmediato en la conducta lesiva y la modificación a los reglamentos internos de la empresa en esta materia.

b. Discriminación por religión

Conociendo de una denuncia por discriminación por motivos religiosos, el juez resolvió que los hostigamientos, desigualdad en el goce de descansos, insultos –tanto por una supervisora como por compañeros de trabajo– sufridos por una trabajadora de religión musulmana, y el menosprecio de sus reclamos ante las jefaturas, constituían discriminación.

El 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago resolvió condenar a la empresa por violación de la protección de la dignidad de la trabajadora, “fundado en la no diferenciación arbitraria e injusta de aquel en el trato al interior de la empresa, teniendo derecho a un tratamiento igual de sus

compañeros, que se encuentren en similares condiciones, no pudiendo ser un eje de distinción negativa el credo que profesa aquel, como ha ocurrido en el caso”⁵⁸. Para el tribunal, los insultos y hostigamientos “produjeron en la trabajadora un menoscabo a su integridad psíquica y el respeto y protección a la honra consagrados en el artículo 19 N° 1 y 4 [de la CPR], lo primero por cuanto sufrió una depresión mayor y vio disminuir paulatinamente sus competencias en el trabajo y lo segundo al tratársele inadecuadamente y ser objeto de burlas por sus jefes y comentarios de sus pares, solo por el hecho de profesar una religión poco común”⁵⁹.

Al constituir un caso de tutela durante la relación laboral, el tribunal decretó un conjunto de medidas reparatorias que deben ser destacadas positivamente, con el objeto de que no siguieran los malos tratos hacia la trabajadora, y con el propósito de evitar que ningún trabajador o trabajadora volviera a pasar por algo similar. El tribunal ordenó que la trabajadora de religión musulmana fuera asignada a otra jefatura, que quienes cumplían roles de jefatura y hostigaron a la trabajadora no volvieran a asumir dichas posiciones dentro de la empresa y que fueran trasladados a una unidad distinta de aquella donde se desempeñaba la trabajadora discriminada. Más importante aún, el tribunal ordenó una capacitación no inferior a seis horas cronológicas para todos los trabajadores y trabajadoras de la empresa para desarrollar competencias referidas a un trato adecuado y respetuoso entre pares y subordinados en la empresa.

c. Discriminación por discapacidad

Los hechos del caso son de diciembre de 2010, cuando una mujer trabajadora de la empresa ISS Servicios Generales es asignada para labores de aseo en la Red Televisiva Megavisión S.A. Al llegar a su primer día de trabajo, la supervisora de la empresa ve que usa muletas y le dice que por la naturaleza de las funciones en el canal, donde debía subir y bajar pisos, no podía desempeñarse allí, pese a que la trabajadora explicó que las muletas eran para trasladarse, pero que no las necesitaba para el trabajo por lo que no era un obstáculo. La trabajadora volvió a la oficina de reclutamiento de

56 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rol T-86-2010, 18 de agosto de 2010, considerando 11.

57 *Ibíd.*, considerando 12.

58 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rol T-38-2010, 26 de abril de 2010, considerando 17.

59 *Ibíd.*, considerando 18.

ISS Servicios Generales, donde según relata, fue tratada de mentirosa por no informarles que vivía con una discapacidad y que le pidieron copia del contrato. La empresa por su parte alegó que no podía haber un acto de discriminación, ya que el artículo 2 del CT no integra la discapacidad como un criterio sospechoso de discriminación.

Para el tribunal, en su sentencia de mayo de 2011, la empresa ISS Servicios Generales “obró sobre un prejuicio, que dice relación con concluir que la actora [empleada] no podía cumplir ninguna función para la que fue contratada por la circunstancia de contar con un par de muletas de apoyo”⁶⁰. En cuanto a si la discapacidad es un criterio sospechoso en materia de no discriminación, el tribunal razonó que “si bien el artículo 2 del Código del Trabajo señala de modo enunciativo algunos motivos de discriminación, donde expresamente no se enumera la discapacidad, la referencia en opinión de esta sentenciadora no es taxativa ya que la discriminación se especifica como toda infracción del principio general de igualdad”⁶¹. Esta interpretación está en armonía con lo ya establecido por la Corte IDH en el caso *Atala Ríffo e hijas*, donde señaló que los criterios sospechosos no son limitativos ni taxativos. Asimismo, el tribunal concluyó que “el resultado de la decisión de la demandada principal [ISS Servicios Generales] de no permitirle a la actora ejecutar el contrato de trabajo porque la misma se presentó a las labores con muletas –dada su discapacidad que es un hecho no controvertido– tuvo como resultado la afectación de la igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad”⁶². Aquí el tribunal nuevamente razona a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, ya que concluye que la discriminación es un resultado y no necesariamente el objeto buscado de la medida. Esto es importante, ya que, como se mencionó anteriormente, el artículo 2 del CT solo hace referencia al objeto de la medida discriminatoria, lo que es un concepto más restringido acorde al derecho internacional de los derechos humanos.

d. Afectación de la libertad de expresión

La denuncia de tutela de derechos fundamentales presentada en febrero de 2012 se originó en este caso en contra de la empresa Conservas y Congelados de Puerto Montt S.A. En ella un grupo de trabajadoras que trabajaban como operarias habían comunicado al supervisor el estado de descomposición de determinadas materias primas que eran limpiadas y procesadas. Al no recibir una respuesta satisfactoria por parte de la supervisión, las operarias decidieron denunciar esta situación a los medios de comunicación, por lo que enviaron una grabación realizada con un teléfono móvil a la Red Televisiva Megavisión, la que emitió en su noticiero el video junto con declaraciones de las operarias, cuyas caras fueron tapadas para resguardar su seguridad. No obstante lo anterior, fueron reconocidas por la empresa y se les pidió que firmaran una carta desmintiendo lo señalado en el noticiero. Dos días después, una de las operarias fue despedida en virtud del artículo 160 N° 1 literales a y d del CT (falta de probidad del trabajador e injurias proferidas por el trabajador al empleador) y artículo 160 N° 7 del mismo código (incumplimiento grave de las obligaciones del contrato laboral).

El Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt estableció que la empresa había vulnerado el derecho a la libertad de expresión de la operaria. Para el tribunal “la actora ejerció su derecho a la libertad de expresión en forma legítima”⁶³ y “el despido de la actora se vislumbra como un acto de represalia por haber ejercido en forma legítima su derecho a la libertad de expresión”⁶⁴. De este modo, “se tiene por establecido que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce en su calidad de empleadora, limitó el pleno ejercicio por parte de la demandante de su derecho a la libertad de expresión, sin justificación suficiente”⁶⁵.

Los efectos de esta sentencia son positivos para trabajadores y trabajadoras, ya que garantiza el ejercicio de un derecho civil y político clave en democracia. El trabajador o trabajadora, pese a sostener una relación laboral, no deja

60 1^{er} Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rol T-63-2011, 23 de mayo de 2011, considerando 23.

61 *Ibidem*.

62 *Ibidem*.

63 Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt, Rol T-5-2012, 9 de julio de 2012, considerando 15.

64 *Ibidem*, considerando 20.

65 *Ibidem*, considerando 19.

de ser sujeto de derechos fundamentales que deben ser garantizados en dicha relación.

Considerando todo lo señalado en el presente apartado, el INDH estima que el procedimiento de tutela de derechos fundamentales es, en términos generales, un avance en el acceso a la justicia para trabajadores y trabajadoras en materia de vulneración de sus derechos fundamentales en la relación laboral. No obstante lo anterior, quedan desafíos en la materia que están ligados a cambios de políticas públicas y de prácticas administrativas y judiciales, más que a modificaciones normativas. En este sentido, un rol activo de la Inspección del Trabajo o de la Oficina de Defensa Laboral y la eliminación de obstáculos para el funcionamiento de los sindicatos⁶⁶ permitiría un mayor acceso a la justicia en casos que ocurran durante la relación laboral, donde el tribunal tiene mayores herramientas para no solo solucionar el caso concreto, sino que para establecer medidas reparatorias que benefician a todos los trabajadores y trabajadoras. Asimismo, preocupa que la conciliación, como forma de término de procedimientos en donde está en juego la vulneración de derechos fundamentales, pueda ser utilizada para que empleadores eviten responsabilidades judiciales en materia laboral.

66 El INDH ha analizado las dificultades existentes para el funcionamiento de los sindicatos en sus Informes Anuales 2011 y 2012.

BIBLIOGRAFÍA

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007). *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*. Washington, DC.
- Gobierno de Chile (s.f.). *Programa de Gobierno 2014-2018*.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2011). *Informe Anual 2011*. Situación de los derechos humanos en Chile. Santiago.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (diciembre de 2013). *II Encuesta Nacional de Derechos Humanos*. Obtenido de www.indh.cl
- Ministerio de Justicia (2013). *Anuario Estadístico Justicia Laboral 2011*. Santiago.
- Ministerio de Justicia (2014). *Anuario Estadístico Justicia Laboral 2012*. Santiago.
- Ugarte, J. L. (diciembre de 2007). La tutela de derechos fundamentales y el Derecho del Trabajo: De erizo a zorro. *Revista de Derecho*, XX(2), 49-67.

