

3

Derechos civiles y políticos

1. FUNCIÓN PÚBLICA
Y DERECHOS HUMANOS
2. DERECHO A LA
PROTECCIÓN
A LA FAMILIA



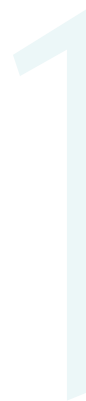
1

FUNCIÓN PÚBLICA Y DERECHOS HUMANOS



Fotografía: Enrique Cerdá

FUNCIÓN PÚBLICA Y DERECHOS HUMANOS



ANTECEDENTES

El INDH ya se ha referido en años anteriores a los derechos políticos, en particular, señalando que estos no se agotan con la participación en elecciones periódicas. Por el contrario, al tenor del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los derechos políticos comprenden el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, votar y ser elegido en elecciones y también el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país. El Informe Anual 2013 del INDH se pronunció respecto de las dos primeras dimensiones de esta garantía. Este año, el presente capítulo está dividido en dos partes: la primera se aboca a analizar el acceso a la función pública en condiciones de igualdad, y la segunda, a revisar las relaciones especiales de sujeción en las que se encuentran los/as funcionarios/as de las Fuerzas Armadas, y de Orden y Seguridad, y las restricciones de derechos asociadas.

El acceso a la función pública en condiciones de igualdad es un tema que ha estado presente en el debate público durante este año. Por ejemplo, en mayo, la Asociación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF) instó al actual gobierno a responder a las demandas de los llamados *exonerados del gobierno de Sebastián Piñera*, e indicó que cerca de 11.000 personas fueron despedidas de sus cargos en la administración pública por decisiones arbitrarias tomadas por sus superiores jerárquicos durante dicho gobierno. De acuerdo con la Mesa de Coordinación Nacional de Exonerados-ANEF, estas personas fueron despedidas sin perjuicio de haber contado con buenas calificaciones relativas a su desempeño en la administración¹. Debido a que estos funcionarios se encontraban en modalidades de contratación temporal,

no obtuvieron indemnizaciones por años de servicio, quedando en un grave estado de indefensión. La diputada Catriola, a instancias de los trabajadores exonerados, formuló en 2014 un proyecto de resolución que insta a adoptar medidas de reparación para los afectados. A la fecha de cierre de este informe no ha existido una respuesta coordinada de parte de las autoridades en cuanto a adoptar medidas de reparación a favor de los funcionarios afectados²⁻³.

En el mismo mes la ANEF suscribió un Protocolo de Acuerdo con el actual gobierno, en el que se expresan varios compromisos relativos al mejoramiento de los mecanismos para acceder a la función pública y de las condiciones bajo las cuales esta es ejercida⁴. Dicho documento acuerda, entre otros puntos, diagnosticar y corregir las diferencias de remuneraciones entre hombres y mujeres en la administración pública, proveer de mayor estabilidad laboral a las y los funcionarios que actualmente se encuentran a contrata, e incorporar al menos 8.800 funcionarios/as que se encuentran trabajando a honorarios a pesar de desempeñar funciones permanentes en la administración. El Protocolo también indica que la mesa de trabajo gobierno-ANEF revisará las condiciones generales de empleo y los sistemas de ingreso, con el fin de “abordar integralmente el Modelo de Empleo Público sustentado en el mérito, la experiencia, la transparencia, la ética y el ejercicio pleno de derechos, con igualdad y equidad de género, en un marco de políticas que garanticen el desarrollo de las y los funcionarios y su estabilidad laboral”⁵.

1 Entrevista con la Mesa de Coordinación Nacional de Exonerados-ANEF realizada por el INDH el 21 de septiembre de 2015.

2 Entrevista con la Mesa de Coordinación Nacional de Exonerados-ANEF realizada por el INDH el 21 de septiembre de 2015.

3 Ver Corte Suprema, Rol 10.972-2013, sentencia de 30 de abril de 2014.

4 Disponible en: <http://www.gob.cl/2015/07/02/gobierno-y-aneffirmaron-protocolo-de-acuerdo-para-fortalecer-condiciones-laborales-del-sector-publico/>

5 Protocolo gobierno-ANEF, letra o).

A lo anterior se suman las demandas planteadas en octubre, en el marco del paro de trabajadores/as del Registro Civil, en relación con la derogación de las normas constitucionales que no permiten la sindicalización ni reconocen el derecho a huelga en el sector público. La huelga de trabajadores/as de dicho servicio planteó, a su vez, la necesidad de clarificar, en el marco de una discusión atinente a la regulación de la huelga en el sector público⁶, cómo delimitar este derecho en el caso de servicios esenciales, de forma de garantizar, al mismo tiempo, los derechos fundamentales de otras personas que pudieran requerirlos en el contexto de huelga de un servicio determinado.

Por su parte, las restricciones al ejercicio de derechos en el caso de funcionarios/as de las FF.AA. y de Orden y Seguridad también han estado presente en el debate público, si bien de forma más acotada, ya que los asuntos propios de estas instituciones no suelen analizarse ni debatirse públicamente. No obstante, y por poner un ejemplo, las demandas de algunos/as funcionarios/as de Carabineros se conocieron a partir de declaraciones en programas periodísticos, donde se comentaba, entre otras cuestiones, concerniente a la autorización que deben pedir para poder casarse. Ello evidencia la necesidad de revisar, desde una perspectiva de derechos humanos, la necesidad, proporcionalidad, objetividad y razonabilidad de ciertas restricciones a los derechos de funcionarios/as vigentes en las FF.AA. y de Orden y Seguridad.

A continuación se examinarán los estándares internacionales de derechos humanos aplicables al acceso a la función pública, así como también el marco legal nacional que regula esta actividad. Asimismo, este apartado analizará algunos de los desafíos actuales en el acceso a la función pública, particularmente en lo que respecta a la administración central del Estado. A continuación, el apartado examinará el concepto de relaciones de especial sujeción, y se describirán los mecanismos para la restricción de garantías fundamentales bajo el derecho internacional. Posteriormente se examinarán algunas de las restricciones que nuestra legislación nacional impone a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad con el objeto de evaluar si estas son coherentes con los estándares del derecho internacional.

⁶ Ver apartado de Derecho al Trabajo en este mismo informe.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Al analizar los estándares internacionales se encuentra que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad. Así, el artículo 25 letra c) del PIDCP establece el derecho de la ciudadanía a “tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas examinó el contenido y alcance de esta disposición en su Observación General Nro. 25 e indicó, a modo de orientación para el Estado, que en función de esta garantía “los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos”⁷, y agregó que si el acceso a la administración se basa en “los méritos y en la igualdad de oportunidades, y si se asegura la estabilidad en el cargo, se evitará que los titulares de esos cargos puedan ser objeto de injerencias o presiones políticas”⁸. Finalmente, el Comité también señaló que el derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad faculta al Estado a adoptar medidas afirmativas para efectos de asegurar el acceso igualitario a los cargos públicos⁹.

Es importante destacar que si bien el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo se refiere específicamente a las relaciones de trabajo en la administración pública, dicho instrumento no establece estándares específicos en materia de acceso a la función pública¹⁰. Sin perjuicio de ello, otros convenios sí fijan estándares generales que resultan aplicables a esta situación. Así, por ejemplo, el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Convenio 111) de la Organización Internacional del Trabajo exige al Estado “formular y llevar a cabo una política nacional que promueva [...] la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de

⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General Nro. 25, párr. 23.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (número 151).

eliminar cualquier discriminación a este respecto”¹¹. Dicho instrumento establece la obligación de los Estados partes a, entre otros, “derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones o prácticas administrativas que sean incompatibles con [la política nacional de promoción de la igualdad de oportunidades y trato en materia de empleo]”.

Por su parte, la Convención Para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer exige al Estado garantizar en condiciones de igualdad el derecho de las mujeres a “[p]articipar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de estas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales”¹². Acerca de esta garantía, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha establecido, como orientación de política, que el Estado “tiene la responsabilidad, dentro de los límites de sus posibilidades, de nombrar a mujeres en cargos ejecutivos superiores”¹³. Asimismo, el Comité indicó que el Estado debe adoptar medidas para determinar cuáles son los obstáculos que limitan la participación de la mujer en el ámbito del diseño y ejecución de las políticas gubernamentales y cómo superarlos¹⁴.

Dicha Convención también exige al Estado adoptar medidas para eliminar la discriminación contra las mujeres en el ámbito laboral, garantizando específicamente la igualdad en cuanto a las oportunidades en el empleo, la remuneración, la seguridad social, y la salud.

Además, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad exige al Estado promover el ejercicio al derecho al trabajo de toda persona sin discriminación. Entre las medidas concretas exigidas por dicha Convención se incluye la contratación de personas con discapacidad en el sector público (art. 27g).

Finalmente, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial también exige al Estado garantizar el derecho al acceso a las funcio-

nes públicas de toda persona sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico (art. 5 c).

A nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad en los mismos términos que el PIDCP: “tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país” (23.I letra c). Al respecto, la Corte IDH ha sostenido en repetidas sentencias que esta garantía se cumple cuando el Estado asegura que los criterios de nombramiento, ascenso y destitución aplicables a quienes desempeñan labores para la administración del Estado sean “razonables y objetivos”¹⁵.

NORMATIVA NACIONAL

A nivel nacional, la garantía de acceso a la función pública en condiciones de igualdad goza de reconocimiento en la misma Constitución Política de la República, que en su artículo 38 establece que la ley “garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes”. Asimismo, el artículo 19 número 17 de la Constitución establece el derecho a “La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes”. El Tribunal Constitucional ha establecido que, por medio de dichas disposiciones, “la Carta Fundamental contempla como principios que deben concurrir conjuntamente en el acceso a los empleos públicos, el de legalidad en la determinación de los requisitos generales y de los especiales para cada cargo, y el de igualdad de oportunidades en su provisión”¹⁶.

Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley 18.575, cumple este mandato constitucional regulando la carrera funcionaria. Dicho cuerpo legal fija las condiciones generales en las

11 Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (número 111), art. 2.

12 Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, artículo 7(b).

13 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Nro. 23, párr. 26.

14 *Ibidem*, párr. 27.

15 Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 206. Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013, párr. 198.

16 Tribunal Constitucional, Rol 805-07, considerando séptimo.

cuales se accede a la función pública y entrega su regulación al Estatuto Administrativo. En cuanto al acceso a la función pública, la Ley de Bases establece en su artículo 46 que el “ingreso en calidad de titular se hará por concurso público y la selección de los postulantes se efectuará mediante procedimientos técnicos, imparciales e idóneos que aseguren una apreciación objetiva de sus aptitudes y méritos”¹⁷. Asimismo, dicha ley fija las condiciones bajo las cuales los y las funcionarias pueden cesar en sus funciones.

La Ley 18.834, conocida como “Estatuto Administrativo”, regula el régimen laboral de la administración pública central, estableciendo tanto los requisitos para acceder a los cargos públicos como las modalidades contractuales y los procedimientos para realizar dichas contrataciones. De acuerdo con el Estatuto existen cargos públicos de planta y a contrata; los primeros se refieren a puestos de carácter permanente, mientras que los segundos son de carácter transitorio. Los puestos a contrata son a plazo fijo y pueden ser renovados.

Adicionalmente el Estatuto faculta a la autoridad a realizar contratos personales a honorarios para efectos de ejecutar labores no habituales de cada institución —estos contratos no se rigen por el Estatuto Administrativo, sino por las cláusulas que en ellos se establezcan y no constituyen cargos públicos¹⁸. Por último, también existen empleos que se rigen por las disposiciones del Código del Trabajo.

Los mecanismos para acceder a puestos de estas tres categorías son diferentes. En cuanto al acceso a los cargos de planta, el Estatuto reitera en su artículo 17 que el acceso a los cargos en calidad de titular se realiza por concurso público —a excepción de los cargos de exclusiva confianza—. Dicho artículo dispone que, en relación con los certámenes, queda prohibido “todo acto de discriminación que se traduzca en exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportuni-

dades o trato en el empleo”¹⁹. El Estatuto regula de manera detallada el procedimiento para la realización de certámenes y entrega a un reglamento la creación de las “normas complementarias orientadas a asegurar la objetividad, transparencia, no discriminación, calidad técnica y operación de los concursos para el ingreso, para la promoción y para cualquiera otra finalidad con que estos se realicen”²⁰.

El Estatuto Administrativo no regula de manera expresa la forma en la que deben proveerse los cargos a contrata²¹. Al respecto, la Contraloría General de la República ha establecido de manera reiterada en sus dictámenes que “la autoridad no está obligada a convocar un certamen para proveerlos, de lo que se colige que aquella puede designarlos de forma directa”²². Sin perjuicio de ello, la Contraloría ha determinado que si bien la autoridad puede utilizar cualquier mecanismo que estime pertinente para proveer cargos a contrata, estos “no deben contradecir los principios generales de los concursos”²³. Adicionalmente, ciertas leyes han establecido la obligación de realizar concursos públicos para la asignación de cargos a contrata, como es el caso de la Defensoría Penal Pública y Gendarmería.²⁴

Así, la contratación de personal en la modalidad a honorarios tampoco requiere de la realización de concursos públicos. Respecto de este punto, la jurisprudencia reiterada de la Contraloría General de la República ha señalado que “tratándose de contrataciones de prestación de servicios personales sobre la base de honorarios, no es legalmente necesario convocar a un concurso”²⁵. Ahora bien, si la autoridad “opta por llamar a un proceso de selección, deben, por cierto, respetarse los lineamientos que en tal evento se determinen”²⁶.

17 Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley 18.575, art. 46.

18 La contratación de personal por contratos de honorarios a suma alzada se encuentra regulada también en el Decreto Nro. 98 de 1991 del Ministerio de Hacienda.

19 Estatuto Administrativo, Ley 18.834, art. 17, inc. 3.

20 *Ibidem*, art. 60.

21 Contraloría General de la República, dictamen 32.063, de 24 de mayo de 2013.

22 Contraloría General de la República, dictamen 64.589, de 13 de agosto de 2015.

23 Contraloría General de la República, dictamen 76.755, de 22 de noviembre de 2013.

24 Información remitida por el Servicio Civil por vía del Oficio 2739, de 24 de Septiembre de 2015.

25 Contraloría General de la República, dictamen 66.587, de 20 agosto de 2015.

26 *Ibidem*.

Como se indicó anteriormente, los procedimientos antes descritos no son aplicables a los cargos de exclusiva confianza. El artículo 51 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado establece que se entiende por cargos de exclusiva confianza aquellos “sujetos a la libre designación y remoción del Presidente de la República o de la autoridad facultada para disponer el nombramiento”²⁷. Ahora bien, desde 2003 existe en Chile el Sistema de Alta Dirección Pública (SADP), el que permite la realización de concursos públicos y transparentes para la designación de un porcentaje de cargos directivos de exclusiva confianza. Por medio de este sistema se busca asegurar que el nombramiento de estos cargos directivos se base en el mérito y se lleve a cabo con respeto al principio de no discriminación. Con posterioridad a su creación, este sistema se expandió más allá de la designación de cargos en el gobierno central, y en la actualidad incluye a otros organismos públicos –por ejemplo, cargos directivos en municipalidades, en el Poder Judicial y el Poder Legislativo–. Es importante destacar que el Informe Final del Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción (Consejo Engel), recomendó expandir el alcance del SADP para cubrir el nombramiento de hasta el tercer nivel jerárquico de los servicios respectivos, así como también el nombramiento de directivos en órganos fiscalizadores y otros servicios actualmente excluidos²⁸.

En cuanto al empleo público en las municipalidades, este se encuentra regulado por la Ley 18.883, esta también distingue entre funcionarios de planta y a contrata, y también permite la celebración de contratos personales a honorarios para desempeñar labores no habituales. Igual que en el caso anterior, la ley exige la realización de concursos públicos para el acceso a los cargos de planta. Dicho estatuto también se complementa con la Ley 19.378, que establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, el que reconoce la igualdad en la carrera funcionaria en su artículo 31. A su vez, la Ley 19.070, que aprueba el Estatuto de los

Profesionales de la Educación, también complementa el régimen legal aplicable al empleo municipal²⁹.

Adicionalmente, sin perjuicio de los mecanismos de incorporación de los tratados internacionales a la normativa nacional, Chile ha adoptado legislación específica orientada a prevenir la discriminación en el acceso a la función pública de ciertos grupos de personas. Así, por ejemplo, la Ley 20.422 (Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad) establece en su artículo 45 que “los procesos de selección de personal, la Administración del Estado y sus organismos, las municipalidades, el Congreso Nacional, los órganos de la administración de justicia y el Ministerio Público seleccionarán preferentemente, en igualdad de condiciones de mérito, a personas con discapacidad”³⁰.

Por último, es importante mencionar las medidas destinadas a dar publicidad a las convocatorias a certámenes para acceder a cargos públicos. En el caso de los cargos sujetos al Sistema de Alta Dirección Pública, esta se realiza por medio de avisos publicados en tres periódicos de circulación nacional y por medio de su publicación en el portal web www.empleospublicos.cl. Dicho portal es mantenido por el Servicio Civil y es un paso importante para dar publicidad a los procesos de contratación que actualmente se realizan vía concursos. Dicho portal agrupa también las convocatorias a concursos de cargos de planta, a contrata y honorarios. En efecto, el Ministerio de Hacienda instruyó, en mayo de 2015, a todos los servicios públicos el uso obligatorio de dicho portal web para efecto de difundir todos los procesos de selección de personal³¹.

En definitiva, la normativa existente reconoce el derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad y busca protegerlo por vía de la realización de concursos. Sin embargo, este modelo limita la obligatoriedad de dichos mecanismos a los cargos de planta, que, en teoría, deberían ser la mayoría de los cargos públicos. Los mecanismos para proteger la igualdad en el acceso para los cargos temporales

27 Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley 18.575, Art. 51.

28 Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, Informe Final, 24 de abril de 2015, pág. 39 y siguientes. Disponible en: http://consejoanticorruptcion.cl/wp-content/uploads/2015/06/2015.06.05-consejo_anticorruptcion.pdf

29 Además de lo anterior, otros funcionarios se rigen también por las disposiciones del Código del Trabajo.

30 Ley 20.422, art. 45.

31 Información remitida por el Servicio Civil por vía del Oficio Ord. 2739, de 24 de septiembre de 2015.

y contratos de honorarios son menores, en tanto la realización de concursos no es un requisito legal, a diferencia de lo que acontece en materia de contratación pública. Como veremos más adelante, esta diferencia tiene un importante impacto debido a la realidad actual de administración del Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, la Presidenta de la República dictó en 2015 el Instructivo Presidencial sobre Buenas Prácticas Laborales en Desarrollo de Personas en el Estado, en el que ordena la adopción de medidas destinadas a garantizar la igualdad al acceso a la función pública. En concreto, el gobierno busca asegurar el uso de procedimientos transparentes en el reclutamiento de personal y dar difusión a las convocatorias –tanto para la contratación de personal de dotación como para la contratación a honorarios³²–. Si bien la adopción de dicho instructivo presidencial significa un buen paso en dirección a garantizar el acceso igualitario a la función pública, la regulación de estas materias por medio de estos instrumentos es insuficiente para garantizar la mantención de dichas políticas en el tiempo.

LA SITUACIÓN ACTUAL

Como vimos, el acceso a la función pública en condiciones de igualdad se encuentra reconocido en la Constitución Política de la República. En concordancia con los estándares internacionales, la legislación chilena ha buscado hacer efectiva dicha garantía exigiendo la realización de concursos públicos para el acceso a los puestos de planta. En el caso de contratos de carácter temporal, no existe una exigencia legal general de llevar a cabo dichos certámenes.

Lo anterior es relevante en tanto el modelo de empleo público establecido en el Estatuto Administrativo, como ya lo ha establecido el INDH en informes anteriores, no se condice con la realidad de la Administración pública³³. Según el Estatuto, los empleos temporales (a contrata) no debieran superar el 20% de la dotación de planta de cada institución y los contratos a honorarios deben quedar reservados para

labores accidentales³⁴. Sin embargo, las estadísticas preliminares para el 2015 entregadas por la Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda (DIPRES) sugieren una realidad distinta.

De acuerdo con estos datos preliminares, a julio de 2015, las personas que trabajaban para el gobierno central eran 296.481³⁵. De estas, 236.368 corresponden a personal de la dotación, mientras que 60.113 no son consideradas parte de la dotación. De estos últimos, el personal contratado a honorarios son 41.099.

Del total de funcionarios de la dotación, 81.644 son considerados de planta, mientras que 150.611 son funcionarios a contrata. De acuerdo con estos datos, los empleos de planta alcanzan cerca del 34% de total de funcionarios de dotación, mientras que los empleos temporales superan el 63%. Esto revela dos cuestiones problemáticas. Por un lado, que es necesario que el Estado sincere las necesidades reales referidas a la cantidad de funcionarios/as (planta y contrata) que requiere para cumplir con sus funciones adecuadamente. Por otro, que existe un problema allí cuando una persona tiene un tipo de contrato no acorde al trabajo que se le pide realizar. Esto ocurre, por ejemplo, cuando una persona contratada a honorarios realiza una labor habitual de la institución.

Es importante destacar que este problema afecta al gobierno central³⁶ en su conjunto, pero impacta con mayor fuerza a la administración central del Estado. Así, el Poder Legislativo cuenta con 483 funcionarios de planta y una misma cantidad de funcionarios a contrata. Por su parte, el Poder Judicial cuenta con 8.291 funcionarios de planta y 3.301 funcionarios a contrata.

32 Información remitida por el Servicio Civil por vía del Oficio Ord. 2739, de 24 de septiembre de 2015.

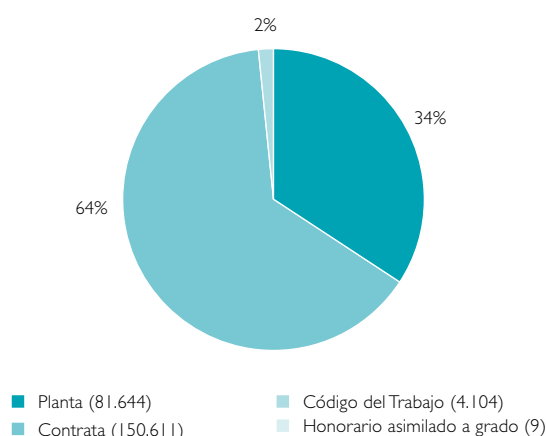
33 Véase: Informe Anual 2012.

34 En la realidad, estos límites son suspendidos anualmente por medio de la ley de presupuesto en las respectivas glosas presupuestarias.

35 De acuerdo con la DIPRES, por gobierno central se entiende el “Conjunto de instituciones que están sometidas a las mismas normas de planificación y ejecución presupuestaria, mantienen una estrecha relación de dependencia del Ejecutivo y se les asigna presupuesto anual mediante la Ley de Presupuestos. Este conjunto se compone de la administración central, el Congreso Nacional, el Poder Judicial, la Contraloría General de la República y el Ministerio Público”. DIPRES, Estadísticas de Recursos Humanos del Sector Público 2004-2013, noviembre de 2014, pág. 14.

36 Es decir, a la administración central, el Congreso Nacional, el Poder Judicial, la Contraloría General de la República y el Ministerio Público, de acuerdo con la definición de DIPRES.

CUADRO 1.
PERSONAL DE DOTACIÓN EN EL GOBIERNO
CENTRAL SEGÚN TIPO DE CONTRATO



Fuente: Dirección de Presupuestos, Ministerio de Hacienda, al 15 de septiembre de 2015.

Los datos anteriores son preocupantes en tanto el mecanismo para asegurar la igualdad en el acceso a los cargos públicos es el concurso público. Ello da cuenta de la falta de garantías efectivas para asegurar la transparencia y el respeto al principio de igualdad y no discriminación en las contrataciones, con su correlativo impacto en la calidad de las condiciones de la contratación.

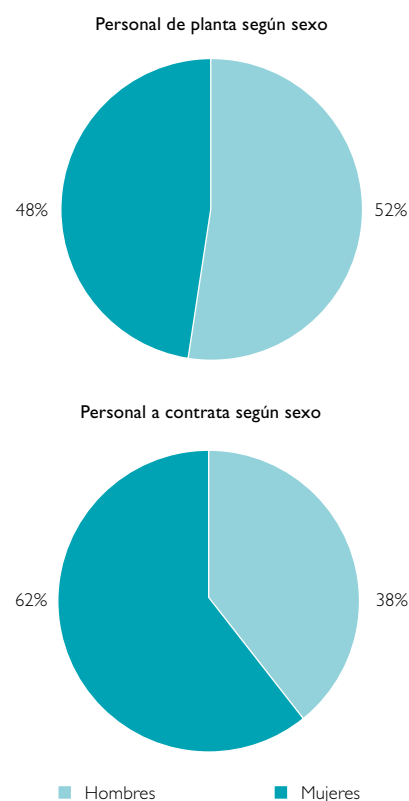
Asimismo, la situación del personal contratado a honorarios también es preocupante. Si bien las cifras antes mencionadas no permiten determinar cuántas personas contratadas a honorarios se desempeñan en funciones permanentes en la administración, el Protocolo acordado entre la ANEF y el gobierno indica que serían al menos 8.800 funcionarios. El INDH entrevistó a Raúl de la Puente, Presidente Nacional de la ANEF, quien indicó que a juicio de dicha organización la cifra real del personal a honorarios que desempeña funciones permanentes sería cercana a los 15.000³⁷. El INDH ya ha llamado la atención respecto de la problemática que esta situación conlleva en términos de las precarias condiciones laborales en que estas personas se encuentran —ello se extiende también al ámbito previsional y de la protección de la salud—.

En cuanto a las divisiones de género, los datos preliminares indican que cerca del 58% (136.344) del personal de la do-

37 Entrevista con Raúl de la Puente, Presidente de la ANEF, realizada por el INDH el 16 de septiembre de 2015.

tación de la administración son mujeres y 42% (100.024) son hombres. Sin embargo, al examinar la distribución según sexo específicamente en los cargos directivos, autoridades de gobierno y jefaturas de servicio, dicha proporción se invierte: 60% de estos cargos son ocupados por hombres, mientras que 40% son ocupados por mujeres. Del total de puestos de planta, 48% (39.199) son hombres, mientras que 52% (42.445) son mujeres. Por su parte, en la categoría a contrata, las funcionarias mujeres alcanzan 92.722, (62%), mientras que existen 57.889 hombres (38%).

CUADRO 2.
PERSONAL DE DOTACIÓN EN EL GOBIERNO
CENTRAL SEGÚN SEXO Y MODALIDAD DE
CONTRATACIÓN



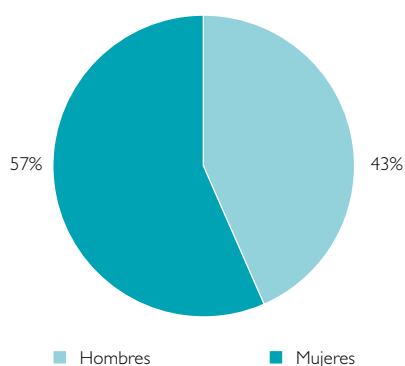
Fuente: Dirección de Presupuestos, Ministerio de Hacienda, al 15 de septiembre de 2015

Los datos anteriores resultan preocupantes en varios sentidos. Por una parte, esta información indica que las mujeres tienen una menor participación que los hombres en los cargos directivos, entre autoridades de gobierno y jefaturas de

servicio³⁸. Por otra, en la modalidad a contrata ellas constituyen un porcentaje mayoritario de contratadas en comparación con los hombres. De ocurrir que este tipo de contratación encubra, en la práctica, la realización de tareas propias de otro tipo de contrato, esto vulneraría de manera desproporcionada los derechos laborales de las mujeres contratadas bajo dicha modalidad.

Lo mismo ocurriría en la modalidad de contrato de honorarios, donde los datos preliminares indican que existen 23.286 mujeres en esta categoría, cerca de un 57%, y 17.813 hombres en la misma modalidad, cerca del 43%.

CUADRO 3.
PERSONAL CONTRATADO A HONORARIOS POR
EL GOBIERNO CENTRAL SEGÚN SEXO



Fuente: Dirección de Presupuestos, Ministerio de Hacienda, al 15 de septiembre de 2015.

El modelo de empleo público establecido en nuestra legislación buscó garantizar el acceso igualitario, así como también asegurar el respeto a los derechos laborales, previsionales y de salud de los funcionarios. En este modelo, el grueso de los funcionarios estatales sería contratado como personal de planta. Sin embargo, las prácticas contractuales de

la administración, las que han limitado la contratación de cargos de planta y potenciado el uso de cargos a contrata y honorarios, han burlado el modelo de empleo que el mismo Estado se comprometió a implementar.

Lo anterior queda en evidencia al examinar las estadísticas preliminares de recursos humanos publicadas por la DIPRES —según estos datos, en los últimos 10 años el empleo en el sector público ha aumentado—. Sin embargo, ese aumento se ha concentrado de manera casi exclusiva en cargos a contrata y honorarios. Más aún, el personal de planta ha disminuido en más de 10.000 personas: según los datos preliminares obtenidos por el INDH, en 2015 existen 81.644 funcionarios de planta, mientras que en 2005 existían 90.316³⁹.

La situación actual del empleo público en Chile requiere revisar de manera realista los requisitos para el buen funcionamiento del Estado. Ello supone analizar qué capacidad debe tener; qué mecanismos de acceso a la función pública se han de emplear y qué modalidades de contratación se aplicarán al personal. Las prácticas contractuales de la administración si bien han aumentado la cantidad de funcionarios, lo han hecho a costa de emplear modalidades que no necesariamente responden a las necesidades reales de funcionamiento del Estado. Esta discordancia entre el empleo público previsto en la ley y la realidad del mismo requiere una revisión urgente. Ello es así, en tanto el Estado ha adquirido varios compromisos internacionales en cuanto a garantizar el acceso a la función pública en condiciones de igualdad. La actual situación de desprotección en la que se encuentran buena parte de los funcionarios y funcionarias podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

38 Nota al margen amerita la situación de las funcionarias del Estado que, al quedar embarazadas y obtener remuneraciones mayores a cerca de 66 Unidades de Fomento, ven recortado su salario durante su descanso parental, en virtud de la Ley 20.545. Si bien antes de la entrada en vigencia de dicha ley, las funcionarias gozaban de la totalidad de su sueldo durante su descanso parental, esta norma impuso un límite a la remuneración que puede ser percibida durante el ejercicio de dicho descanso.

Esta situación ya fue comunicada a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Véase: “Informe sobre el 154 Período de Sesiones de la CIDH” en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/037A.asp>

39 DIPRES, Estadísticas de Recursos Humanos del Sector Público 2004-2013, noviembre de 2014, pág. 39.

RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN Y DERECHOS HUMANOS⁴⁰

Los funcionarios de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad se rigen por un extenso cuerpo normativo —no aplicable a otros funcionarios del Estado— que regula de forma diferenciada varios aspectos de su labor. Dicha normativa regula y restringe sus derechos fundamentales en áreas tan relevantes como el debido proceso, la protección de la familia, la libertad de asociación y el ejercicio de los derechos políticos. Estas restricciones se justifican en las particulares exigencias que las funciones militares y de seguridad imponen a sus integrantes. La doctrina administrativa ha descrito estas relaciones entre el Estado y estos/as funcionarios/as como una relación de especial sujeción.

LAS RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN Y EL DIDH

Quienes deciden voluntariamente formar parte de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad renuncian a gozar del mismo nivel de protección de aquellas garantías fundamentales cuyo ejercicio pudiera resultar incompatible con el ejercicio de una función pública⁴¹. Así, las limitaciones a las garantías fundamentales de funcionarios/as del Estado se justificarían en razón del tipo de relación entre funcionario/a y el Estado, en donde el Estado se manifiesta mediante el actuar del funcionario público. Según Gil y García, dichas relaciones “se basan en un debilitamiento o menoscabo de los derechos de algunos ciudadanos, que fungen como agentes de la Administración del Estado, o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía; lo anterior, como consecuencia de una vinculación cualificada con los poderes públicos emanada de un mandato constitucional, pero especialmente como condición y exigencia del funcionamiento normal del servicio inherente a la Administración Pública” (2009, pág. 178).

40 Esta es la primera vez que el INDH analiza las relaciones de especial sujeción, y ha estimado necesario comenzar analizando la situación de los funcionarios/as de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad en virtud de la necesidad de relevar la situación de derechos humanos de estos/as funcionarios/as, en los que existe menor cantidad de diagnósticos disponibles a la fecha.

41 Von Campenhausen, A. F. (2004). German Headscarf Debate, The. *BYU L. Rev.*, pág. 683.

Si bien el derecho internacional de los derechos humanos no emplea el término relaciones de especial sujeción, ello no significa que dicho cuerpo normativo desconozca la necesidad de ciertas restricciones a las garantías fundamentales de quienes se desempeñan al servicio del Estado. Así, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana permiten al Estado llevar a cabo restricciones al ejercicio de los derechos humanos en términos generales. En particular, dichos instrumentos también facultan al Estado a restringir ciertos derechos, especialmente a quienes desempeñan funciones públicas. Concerniente a este último punto, el ejemplo paradigmático es la limitación al derecho a la libertad de asociación. Así, la CADH reconoce dicha garantía en su artículo 16, pero dispone en que “lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía” (art. 16.3). En este mismo sentido, el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo, que fija normas relativas a la sindicación del personal de la administración, permite la restricción de dicha facultad, al establecer en su artículo 1.3 que “La legislación nacional deberá determinar asimismo hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía”.

Sin perjuicio de lo anterior, el derecho internacional de los derechos humanos impone varias estrictas exigencias aplicables a toda restricción de los derechos fundamentales. A continuación examinaremos los mecanismos que dispone dicho cuerpo normativo para restringir legítimamente los derechos humanos.

LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS BAJO EL DIDH

Si bien existen ciertos derechos que no admiten restricciones —como la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura—, la mayoría de los derechos pueden ser legítimamente limitados en su ejercicio⁴².

42 Cecilia Medina y Claudio Nash, Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección, Centro de Derechos Humanos-Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011, pág. 15.

Las condiciones generales para la restricción de las garantías fundamentales se encuentran establecidas en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el que dispone que “las restricciones permitidas [...] al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”⁴³.

En función a dicho artículo, la Corte IDH ha establecido que al momento de evaluar si una restricción cumple con los requisitos establecidos por la CADH se deben evaluar los siguientes elementos: 1) que la medida de restricción sea adoptada por medio de una ley; 2) que esta persiga un fin legítimo bajo la CADH y que la medida sea idónea para alcanzar dicho fin; 3) que la restricción de derechos sea necesaria; y 4) que la restricción sea proporcional⁴⁴. Ello constituye el *test* de ponderación con que se evaluará si una restricción a un derecho fundamental es legítima o no⁴⁵.

En cuanto al primer requisito, la Corte IDH expresó que la “palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los

Estados Partes para la formación de las leyes”⁴⁶. Según lo anterior, la Corte regional exige que las restricciones a las garantías fundamentales sean establecidas por normativa de rango legal generada por los procedimientos democráticos correspondientes.

En cuanto a la necesidad de un objetivo legítimo la CADH establece algunos requisitos aplicables a ciertos derechos en particular y otras categorías de carácter general⁴⁷. De acuerdo con la doctrina, estas categorías generales incluyen “generalmente, [...] el interés de la seguridad nacional, la seguridad u orden público, o la protección de la salud o la moral públicas o de los derechos y libertades de los otros”⁴⁸. Así, cuando el Estado busque establecer una restricción tendrá que justificar específicamente cómo la medida efectivamente persigue la consecución de uno de estos objetivos.

Adicionalmente, las medidas de restricción deberán ser idóneas para alcanzar el fin perseguido. Acerca de este punto, la Corte IDH ha establecido, por ejemplo, que la tipificación penal del delito de injuria puede ser considerada conducente para la protección de la honra, puesto que “sirve el fin de salvaguardar, por medio de la conminación de pena, el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, podría estar en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo”⁴⁹.

En cuanto al requisito de necesidad, la Corte IDH ha dicho que supone “examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquellas”⁵⁰. Lo anterior supone examinar si la medida de restricción escogida es la menos lesiva entre otras opciones igualmente conducentes al fin propuesto.

43 Convención Americana de Derecho Humanos, artículo 30.

44 La Corte IDH articuló el *test* de restricciones o *test* de ponderación en términos prácticamente idénticos en el caso *Kimel v. Argentina*, refiriéndose a las restricciones al derecho a la libertad de expresión destinadas a proteger el derecho a la honra de terceros por vía de la tipificación penal del delito de injurias. En dicho caso la Corte estableció que: “Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto la Corte i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de este a manifestar su opinión.” Corte IDH. Caso *Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 58.

45 El *test* de ponderación articulado por la Corte IDH coincide en gran medida con aquel desarrollado por la doctrina constitucional. Véase: Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003).

46 Corte IDH. La Expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 38.

47 Cecilia Medina y Claudio Nash, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*, Centro de Derechos Humanos-Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011, pág. 16.

48 *Ibidem*.

49 Corte IDH. Caso *Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 71.

50 *Ibidem*, párr. 74.

Por último, la proporcionalidad de la medida supone la realización de un juicio de ponderación en la que se examinan los costos y beneficios de la medida de restricción⁵¹. Según la Corte IDH, “en este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación”⁵².

Por su parte, a nivel nacional, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la relación de especial sujeción que vincula a estos funcionarios con el Estado legitima la existencia de regímenes particulares y diferentes al resto de la administración.

Así, en la sentencia recaída en el Rol 2029-2011, el Tribunal Constitucional sostuvo que “los integrantes de las Fuerzas Armadas son personas que ejerciendo sus derechos adscriben libremente a una profesión y función pública. En cuanto personas, tienen todos y cada uno de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza. [...] - A partir de su decisión individual y de su aceptación institucional expresada en la incorporación a sus escuelas matrices y a sus plantas profesionales [...], ingresan a una profesión militar dotada de características únicas en la Administración del Estado de Chile. Ingresan a cuerpos armados esencialmente obedientes, no deliberantes, profesionales, jerarquizados y disciplinados. Todos estos atributos contribuyen al capital institucional de las Fuerzas Armadas de Chile y su cumplimiento es un ejercicio sistemático de configuración de un *ethos* militar al que contribuye cada uno de los integrantes de las Fuerzas Armadas. Estos atributos confieren además especiales características a la profesión militar”⁵³. A raíz de esto, el Tribunal concluye que las garantías fundamentales de los funcionarios militares son susceptibles de restricción: “Los derechos de los militares no siempre tienen el mismo alcance y eficacia que el de otros, siempre que expresamente el constituyente y el legislador hayan previsto diferencias

legítimas, objetivas y justificables”⁵⁴. En definitiva, a juicio del Tribunal “la naturaleza de la profesión militar y la condición de sujeción especial a un estatuto reforzado de deberes” re-
donda en que algunos derechos de sus integrantes pueden ser legítimamente modulados⁵⁵.

LA SITUACIÓN ACTUAL

LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN DEL PERSONAL DE LAS FF.AA. Y DE ORDEN Y SEGURIDAD

El artículo 13, inciso 3, de la CADH faculta al Estado a restringir de manera completa el derecho a la libertad de asociación del personal militar y de orden:

- “1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.
2. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.
3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.”⁵⁶

Como ya se mencionó, el Convenio 151 también faculta al Estado a restringir de manera amplia la aplicabilidad de las disposiciones contenidas en dicho instrumento, las que guardan relación con –entre otros– el derecho a sindicación⁵⁷.

Esta amplia limitación al derecho de asociación se ha hecho efectiva en la legislación chilena, la que limita dicha garantía en diversos ámbitos. Así, en cuanto a la participación en

51 En este sentido, véase: Bascuñán, Antonio. Comentario de la Jurisprudencia del año 2003 Corte Suprema y Tribunal Constitucional. En: Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Número I, 2004, pág. 323.

52 Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, par. 83.

53 Tribunal Constitucional, Rol 2029-2011, considerando sexto.

54 Tribunal Constitucional, Rol 2029-2011, considerando sexto.

55 Ibídem, considerando séptimo.

56 Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 16.

57 Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (número 151).

asociaciones de carácter político, la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos dispone que “no podrán afiliarse a partido político alguno el personal de las Fuerzas Armadas y el de las de Orden y Seguridad Pública [...]”⁵⁸. Por su parte, tanto la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas como la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros reiteran dicha prohibición y la extienden también a “organismos sindicales, ni a instituciones, organizaciones o agrupaciones”⁵⁹ cuyos principios sean incompatibles con el carácter obediente, no deliberante, profesional, jerarquizado y disciplinado.

La excepción a dichas restricciones en el plano sindical es Gendarmería de Chile, en cuyo caso el personal se encuentra facultado a crear y participar de asociaciones de funcionarios. Lo anterior en tanto el Decreto Ley 2.859 del Ministerio de Justicia establece que al personal de Gendarmería le es aplicable la Ley 19.296, que establece normas respecto de asociaciones de funcionarios de la Administración del Estado⁶⁰.

En definitiva, si bien la regulación legal ha adoptado una amplia gama de restricciones en cuanto al derecho de asociación del personal de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, dichas limitaciones son permitidas bajo la Convención Americana.

DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA

Los integrantes de las FF.AA. y de Orden y Seguridad sufren importantes restricciones a esta garantía, en particular en lo que respecta a su derecho a contraer matrimonio.

En el caso de las FF.AA., el personal debe solicitar una autorización antes de contraer matrimonio. En el Estatuto de Personal de las Fuerzas Armadas se señala que las disposiciones reglamentarias deberán definir los mecanismos para reconsiderar la denegación de la autorización a contraer matrimonio (art. 258, Decreto con Fuerza de Ley I, de 1997, del Ministerio de Defensa).

Entre los requisitos contemplados por el Reglamento Complementario del Estatuto del Personal, se incluyen:

“a.- Tener 21 años, como mínimo, y contar con la autorización del Comandante de su Unidad o Jefe de Repartición, o por la autoridad militar de quien dependa, cuando se halle en el extranjero. Estas autoridades podrán requerir los antecedentes que estimen necesarios antes de resolver sobre la petición” (art. 469º, Decreto 204, de 1969, del Ministerio de Defensa).

Dicha disposición se presenta como una restricción ilegítima al derecho a la protección a la familia. En efecto, la CADH establece que toda persona puede contraer matrimonio “si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención” (art. 17.2).

En el caso de Carabineros de Chile, hasta mayo de 2015 la normativa también disponía que el personal solicitara permiso para contraer matrimonio. No obstante, la Circular N° 1779, de mayo de 2015, de la Subdirección e Inspección General, de la Dirección Nacional de Personal, impartió nuevas instrucciones y dejó sin efecto medidas existentes hasta esa fecha.

Así, respecto de la modificación del estado civil, el punto I de la Circular indica que “(...) es obligación de todo el personal comunicar a su jefatura la modificación del mismo, sea por matrimonio, divorcio o viudez”. Respecto de la solicitud para el uso del permiso especial por matrimonio, el punto 2 indica “El funcionario que vaya a contraer matrimonio deberá informar esta circunstancia por escrito y a través del conducto regular, al Jefe de la Alta Repartición, Repartición o Unidad a cuya dotación pertenezca, para lo cual presentará la información requerida conforme al formulario que se adjunta en el Anexo N° I, con una antelación no menor a 30 días hábiles de la fecha del matrimonio, civil o religioso, según sea el caso, indicando las fechas indicadas en que desea hacer uso de esta franquicia”⁶¹. Según

58 Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos, Ley 18.603, artículo 18.

59 Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, Ley 18.948, artículo 2. Véase también Ley Orgánica Constitucional de Carabineros, Ley 18.961, artículo 2.

60 Decreto Ley 2.859 del Ministerio de Justicia, Fija Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.

61 El Anexo N° I solicita la siguiente información referida a ambos solicitantes interesados en contraer matrimonio: nombre completo, domicilio, RUT, profesión u oficio, edad y teléfonos, fecha de celebración del matrimonio y fecha que comprende el permiso por matrimonio. En el caso de que la pareja también sea funcionario/a de Carabineros, se solicita grado y dotación. De forma voluntaria se puede consignar el nr. de hijos en común, o en total, sus nombres y edades.

este documento, la infracción de las disposiciones referidas a la entrega de la información implica incurrir en las faltas establecidas en el artículo 22, N° 2, letra a) y N° 3, letras d) y g), ambas del Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile N° 11⁶². El Reglamento, si bien enumera las sanciones posibles ante las faltas disciplinarias en términos generales, no indica específicamente qué sanción corresponderá a cada tipo de falta.

La circular fundamenta estos requisitos en la necesidad de permitir “la debida y necesaria planificación de los servicios policiales y administrativos, como también, la concesión y otorgamiento de los derechos y beneficios que legal y reglamentariamente pudieren corresponder al personal de estado civil casado” (página 3). En el caso de matrimonios entre funcionarios, se indica como objetivo “tomar las medidas pertinentes orientadas a que ellos no presten sus servicios bajo la cadena de mando del otro, evitando así conflictos de intereses y afectar la debida probidad que se exige a todo funcionario público” (página 3).

Por último, en el caso de la Policía de Investigaciones de Chile, el personal debe presentar al Director General, con 30 días de anticipación, la manifestación escrita de intención de contraer matrimonio (Orden General N° 866, Reglamento de normas de procedimiento título XI, capítulo I, art. I). Asimismo, los contrayentes deben acompañar varios documentos y exámenes médicos. Entre los exámenes médicos destaca el requisito de presentar un examen de sangre para detectar enfermedades de transmisión sexual y otras (VDRL, Hepatitis B, VIH, rubeola), además de un certificado médico, señalando que no padece enfermedades infecto-contagiosas, incurables o alergias importantes (en caso de la

pareja) y un certificado médico que acredite salud compatible con el matrimonio (en caso del funcionario/a) (Orden General N° 866, título XI, cap. I, art. 2).

En cuanto a los documentos a presentar, se solicita que el jefe de la unidad o repartición deberá confeccionar un informe acerca de la situación económica y moral del funcionario/a y su pareja (Orden General N° 866, título XI, capítulo I, art. 3). Asimismo se solicita un certificado de honorabilidad, del que se encuentran eximidos aquellos integrantes de otra repartición del Ministerio de Defensa Nacional y los hijos de los oficiales en servicio activo.

Las normas descritas no solo imponen una grave restricción al derecho a la protección de la familia, sino que también infringen el derecho a la privacidad. Lo anterior en tanto los/as funcionarios/as como sus cónyuges deben presentar una gran cantidad de información de carácter privada a la autoridad que decidirá de su solicitud de contraer matrimonio. Además de ello, dicha normativa impone varias diferencias de trato entre hombres y mujeres que carecen de justificación, como el procedimiento diferenciado para solicitudes de matrimonio en caso de personal femenino de contrata en Carabineros.

Dicha normativa requiere una urgente revisión para compatibilizarla con estándares internacionales. En este sentido, es importante considerar que pueden existir medidas menos lesivas para garantizar los objetivos buscados con estas normas, así se podría solicitar a los funcionarios/as informar de su intención de contraer matrimonio.

DERECHO A LA IGUALDAD EN EL ACCESO A LAS FF.AA. Y DE ORDEN Y SEGURIDAD

En cuanto a los requisitos de acceso a las FF.AA. y de Orden y Seguridad, existen diversos requisitos que guardan relación con la edad, el estado civil de los postulantes e incluso con la “honorabilidad” de la persona. Esta normativa contiene algunas disposiciones abiertamente discriminatorias; esto es, que establecen distinciones carentes de objetividad y razonabilidad. Asimismo, dichas distinciones tampoco cumplen con el requisito de legalidad establecido por el artículo 19 número 17, que establece el derecho a acceder al empleo público sin más requisitos que aquellos impuestos por la misma Constitución y la ley.

62 En dicho Reglamento, el artículo 22, N° 2, letra a) se lee: “2) Contra la subordinación y el compañerismo. Corresponden a esta clasificación todos los actos que impliquen el desconocimiento o quebrantamiento de las normas que reglan el sistema jerárquico y disciplinario, o que vulneren los principios de consideración y respeto para con los miembros de la Institución, y en especial: a) El incumplimiento que no alcance a constituir delito, de las órdenes de los superiores relativas al servicio, o el cumplirlas en forma negligente, tergiversándolas o con tardanza perjudicial”. Por su parte, el N° 3 alude a: “3) Contra el buen servicio. d) La omisión de dar cuenta de los hechos que, por razones funcionarias, corresponda a los subalternos informar a los superiores, o hacerlo con retraso perjudicial o falta de veracidad” y “g) Declarar ante cualquier funcionario superior o autoridad, hechos falsos u ocultar detalles intencionadamente para desorientar la realidad de los hechos”.

Así, por ejemplo, en el caso de las Fuerzas Armadas, los criterios para el ingreso detallados en el Reglamento Complementario del D.F.L. I, de 1968, incluyen la exigencia de estado civil de soltero/a para algunos escalafones (artículo 70°, letra b; art. 84° letra f) y cumplir con la Ley de Registro Electoral (art. 70°, letra e; art. 71°, letra f). Si bien estos requisitos son comunes a hombres y mujeres (art. 86° letra c), a estas últimas se les exige un requisito que no figura para los hombres: “Tener buenos antecedentes de honorabilidad” (art. 86° letra f).

Para acceder a la Armada también existe el requisito de ser menor de 30 años (art. 90° letra c, Decreto 204) y ser soltero (letra f). En el caso de las mujeres, se explicita que deben tener más de 18 años y menos de 30 (artículo 93° letra a, Decreto 204), ser solteras (letras c) y también “Tener buenos antecedentes de honorabilidad” (letra f). En la Fuerza Aérea los requisitos son similares a los expuestos. Incluyendo el requisito de tener menos de 30 años y ser soltero, y los antecedentes de honorabilidad exigibles solo a las mujeres.

Es importante destacar que en Carabineros de Chile los requisitos de acceso contenidos en el Reglamento de Selección y Ascensos de Personal de Carabineros (Reglamento Nro. 8) también incluyen justificar la honorabilidad del postulante. Sin embargo, en este caso los requisitos son comunes a hombres y mujeres.

Como se señaló, toda distinción de trato realizada por la autoridad debe ser siempre objetiva y razonable, a riesgo de devenir en una conducta discriminatoria. En el caso de los requisitos de ingreso a las Fuerzas Armadas, las distinciones en el trato basadas en el género de los y las postulantes no cumplen con dichos objetivos. Desde esta perspectiva dicha normativa constituye una infracción al derecho a la igualdad que no puede ser justificada en función de las relaciones de especial sujeción. Las distinciones establecidas por medio de la ley también son contrarias al artículo 19 número 17 de la Constitución, en tanto fijan restricciones adicionales para el acceso al empleo público más allá de aquellas admitidas por la ley y la Constitución.

DEBIDO PROCESO Y EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CALIFICACIÓN

Los funcionarios de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad en Chile se encuentran sometidos a un régimen administrativo de calificación diferente al aplicable a los funcionarios civiles del Estado. Así, los procedimientos para la calificación de los funcionarios según su desempeño y su idoneidad para desempeñar los cargos se rigen por los diferentes estatutos de personal de las FF.AA. y de Orden y Seguridad.

Algunas de estas disposiciones han sido cuestionadas en los últimos años frente al Tribunal Constitucional, y este ha concluido que algunas de estas disposiciones presentan deficiencias desde la perspectiva del debido proceso, siendo incompatibles con la Constitución.

Específicamente en lo que respecta al derecho al debido proceso, el Tribunal reconoció que este puede ser legítimamente restringido respecto de los funcionarios de las FF.AA. y de Orden y Seguridad⁶³. Lo anterior, ya que la Constitución establece que, en cuanto al derecho a defensa, “tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública [...] se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos”⁶⁴.

En la sentencia recaída en el Rol 2029-2011, el Tribunal determinó que ciertas disposiciones relativas a la calificación del personal de las fuerzas armadas eran violatorias del debido proceso en tanto no cumplían con los mencionados requisitos. En particular, dicha sentencia examinó la constitucionalidad del artículo 237 del Estatuto de Personal de las Fuerzas Armadas, que otorga competencia a las Comisiones de Sanidad de cada rama de las Fuerzas Armadas para determinar si algún miembro de la institución sufre una enfermedad invalidante, y si esta es de carácter permanente e impide al afectado continuar desempeñando sus funciones.

Ahora bien, el personal calificado por las Comisiones de Sanidad no cuenta con la posibilidad de presentar pruebas en lo relativo a dicha calificación ni tampoco puede

63 Tribunal Constitucional, Rol 2029-2011, considerando trigésimo segundo.

64 Constitución Política de la República, artículo 19 nro. 3.

deducir recurso administrativo alguno frente dicha resolución, sino que tan solo pueden recurrir a la vía jurisdiccional para impugnarla. El Tribunal estimó que ambas particularidades de este sistema de calificación no constituían una restricción legítima al derecho al debido proceso y, por tanto, el artículo 237 era inconstitucional.

Concerniente a la imposibilidad de presentar pruebas para desvirtuar una calificación de invalidez permanente, el Tribunal consideró que ello no constituye una restricción legítima del derecho a defensa de los funcionarios militares. En particular, el Tribunal consideró que la resolución que declaraba la incapacidad permanente de una funcionaria por una enfermedad psicológica tenía serias consecuencias posteriores, en tanto podía impedirle su adecuada reinserción laboral a futuro. Frente a ello, la imposibilidad de presentar pruebas que permitieran desvirtuar dicha calificación excedía los objetivos legítimos de la restricción del debido proceso⁶⁵.

En lo que respecta a la impugnación de dichas calificaciones el Tribunal consideró que no todos los actos administrativos deben ser necesariamente impugnables por vía administrativa, por lo que reservar solamente la vía jurisdiccional podía, *prima facie*, ser una restricción legítima del debido proceso. Sin embargo, el Tribunal consideró que ello no es así en el caso de los funcionarios militares, en razón del impacto que conlleva para dicho personal recurrir a la vía judicial frente a un acto de un superior jerárquico.

El Tribunal estimó que recurrir a la vía judicial “constituye una severa falta a la disciplina consustancial al *ethos* militar. Sea porque constituye una forma de alterar el ‘conducto regular’ o por ser el más grave cargo que pesa sobre un oficial en cuanto a no cumplir con las ‘leyes, reglamentos y órdenes superiores’ [...] la perspectiva de judicializar un asunto que le afecta en cuanto oficial en servicio activo puede llegar a tener el mismo efecto que se desea evitar mediante un debido proceso: dar de baja al oficial”⁶⁶. El Tribunal concluyó que “la probable perfección de procedimientos judiciales en nada garantiza que se respete [...] el derecho a impugnar

en sede administrativa o judicial, vulnerándose el artículo 19 N° 3° de la Constitución”⁶⁷.

En otras palabras, el Tribunal estimó que no proveer vías de impugnación administrativas, sino solo jurisdiccionales frente a un acto de un superior, es insuficiente para garantizar el derecho al debido proceso de los funcionarios militares.

Si bien lo anterior representa un avance en reconocer las falencias de la legislación que regula los derechos de los funcionarios militares y de orden y seguridad, el Tribunal Constitucional no ha mantenido un criterio uniforme acerca de la materia.

Así, en una reciente sentencia en que se impugnaba la constitucionalidad del artículo 22 de la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros –que regula las juntas de calificación y apelación, que evalúan el desempeño profesional del personal– el voto de mayoría no adoptó el mismo criterio. En el caso en cuestión una junta de calificación había evaluado a un funcionario de Carabineros en lista Nro. 3, tras apelar de esta decisión, la junta de apelación rebajó dicha calificación a lista Nro. 4, lo que implica la baja del funcionario. La mayoría estimó que en tanto el funcionario podía interponer un recurso de protección, su derecho a impugnar en sede jurisdiccional se encontraba a salvo.

Sin perjuicio de lo anterior, el voto disidente de los ministros Carmona y García examinó esta normativa en más detalle, concluyendo que el régimen de impugnación administrativa de las resoluciones de las juntas de calificación de Carabineros era inconstitucional. El razonamiento de la minoría se fundó en que este régimen permitía a las juntas de apelación modificar las decisiones adoptadas por las juntas de calificación, rebajando aún más las mismas, lo que se conoce como reforma peyorativa o *reformatio in peius*. Así, cuando el funcionario apeló de la decisión que lo calificó en lista Nro. 3, la junta de apelación rebajó aún más dicha calificación, incluyéndolo en lista Nro. 4 de eliminación. Es importante destacar que la reforma peyorativa no puede ser aplicada en el caso de los demás funcionarios de la administración del Estado regidos por el Estatuto Administrativo.

65 Tribunal Constitucional, Rol 2029-2011, considerandos trigésimo tercero y trigésimo cuarto.

66 *Ibidem*, considerandos trigésimo tercero y trigésimo sexto.

67 Tribunal Constitucional, Rol 2029-2011, considerandos trigésimo tercero y trigésimo sexto.

El voto en cuestión sostuvo que al aplicar la reforma peyorativa, “lo que está haciendo no es solo desvirtuar la argumentación del recurrente, cuestión plenamente válida para lo cual le basta rechazar el recurso. Sin embargo, para calificar aún de peor manera extiende su planteamiento a cuestiones no debatidas, generando indefensión. Y esta indefensión es la que afecta el derecho a defensa jurídica, puesto que se ve impedido de poder sostener nuevos criterios al respecto. La verificación en este caso de una reforma peyorativa pugna con el derecho a la defensa como presupuesto del debido proceso”⁶⁸. El voto concluyó que lo anterior constituía una violación al debido proceso y al derecho a la igualdad⁶⁹.

Más aún, los ministros disidentes sostuvieron que, debido al carácter jerárquico de Carabineros, donde los “ejemplos tienen valor simbólico. El poder empeorar es una daga que recae sobre todos los que piensan recurrir, pudiendo generar una inhibición recursiva de más amplias consecuencias”⁷⁰. En otras palabras, los ministros reconocieron que por las particulares características de esta institución, reconocer la reforma peyorativa podía disuadir a otros funcionarios de recurrir ante sus resoluciones de calificación.

En síntesis, el Tribunal Constitucional aún no posee criterios completamente uniformes respecto de cuáles son límites a las restricciones de las garantías fundamentales del personal de las FF.AA. y de Orden y Seguridad. Sin perjuicio de ello, las sentencias mencionadas arriba dan cuenta de una creciente preocupación por evaluar críticamente las restricciones al derecho al debido proceso en el contexto de los mecanismos de evaluación y calificación del personal.

68 Tribunal Constitucional, Rol 2625-2014, voto disidente, considerando decimonoveno.

69 “Por tanto, la sola constatación de que las Juntas aplicaron reforma peyorativa constituye una vulneración de las reglas del debido proceso, puesto que producen indefensión concreta y, a la vez, esta indefensión constituye una diferencia no justificada de tratamiento en el proceso de calificaciones del personal del Estado, en general.” Tribunal Constitucional, Rol 2625-2014, voto disidente, considerando vigésimo primero.

70 Tribunal Constitucional, Rol 2625-2014, voto disidente, considerando decimonoveno.

LA REGULACIÓN DE LA POTESTAD SANCIONATORIA Y LOS REQUISITOS DE TODA RESTRICCIÓN DE DERECHOS

La normativa nacional reconoce que las FF.AA. y de Orden y Seguridad están sometidas a un régimen de responsabilidad disciplinario y administrativo que deriva de las particulares exigencias que imponen sus funciones militares y policiales. Así por ejemplo, el artículo 1 de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas establece, en su inciso tercero, que: “Derivado de las particulares exigencias que impone la función militar y la carrera profesional, los organismos y el personal que la desarrollan, [...] se ajustarán a normas jurisdiccionales, disciplinarias y administrativas que se establecen en esta ley y en la legislación respectiva”⁷¹. Es vital mencionar que en esta materia la Constitución ha establecido en su artículo 19 número 3 que en cuanto al derecho a defensa jurídica “Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos”.

Tanto la normativa orgánica constitucional que regula a Carabineros de Chile como la que regula a la Policía de Investigaciones de Chile dispone la creación de regímenes disciplinarios para sus funcionarios. Asimismo, dicha normativa dispone también que la ley y los correspondientes reglamentos han de regular los procedimientos y las sanciones que pueden ser aplicadas a dicho personal.

Sin embargo, los diferentes estatutos de personal –normativa de rango legal– que debiera regular detalladamente los mecanismos y sanciones que comprende la potestad disciplinaria dentro de cada rama de las Fuerzas Armadas y de Orden, no lo hacen. Por el contrario, dicha regulación quedó enteramente entregada a la normativa de carácter reglamentaria⁷². Lo anterior significa que tanto el diseño de los procedimientos aplicables como las sanciones mismas han sido establecidos por la autoridad administrativa sin ninguna participación del Poder Legislativo.

71 Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, Ley 18.948, artículo 1, inciso 3.

72 Jorge van de Wyngard M., La potestad disciplinaria de las fuerzas armadas y carabineros un análisis constitucional, *Ars Boni et Aequi*, Vol. 6, Nro. 1, 2010, págs. 48 y ss.

Así, en el caso de Carabineros de Chile, es el Reglamento de Disciplina Nro. 11 el que determina los deberes funcionarios, las sanciones aplicables por su infracción, la autoridad a la que cabe la competencia disciplinaria, los recursos y los demás aspectos procedimentales aplicables⁷³. Lo mismo sucede con el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas⁷⁴, el Reglamento de Disciplina para el Personal de Investigaciones de Chile⁷⁵. En el caso de Gendarmería, el Reglamento de Disciplina para el Personal de Gendarmería de Chile se encuentra regulado por un Decreto con Fuerza de Ley⁷⁶. Esta normativa es de suma importancia en tanto su infracción también puede dar lugar a sanciones penales. Ello, en tanto el Código de Justicia Militar habilita a perseguir penalmente las infracciones a los deberes funcionarios cuando estén revestidos de circunstancias que los hagan calificables de delito⁷⁷. Dichas infracciones pueden ser perseguidas bajo el tipo penal de incumplimiento de deberes militares, previsto y sancionado por el artículo 299 número 3 del Código de Justicia Militar⁷⁸.

Es importante destacar que estas disposiciones reglamentarias determinan aspectos centrales del debido proceso, como por ejemplo el régimen de recursos disponibles para impugnar resoluciones de carácter sancionatorio. Asimismo, estos reglamentos establecen las sanciones aplicables a las infracciones disciplinarias. Estas últimas constituyen restricciones al ejercicio de otras garantías fundamentales, como el derecho a la libertad personal. Así, por ejemplo,

el Reglamento de Disciplina Nro. 11 de Carabineros establece arresto como una de las sanciones aplicables al personal. Dicha medida consiste en “privar al afectado del derecho a disfrutar de las franquicias de permiso o puerta franca para salir del cuartel o del lugar fijado para el cumplimiento del arresto por el superior que lo aplicó”⁷⁹.

En definitiva, dichas disposiciones reglamentarias regulan y restringen el ejercicio de varias garantías fundamentales. Por ello, necesariamente deben ser reguladas por medio de disposiciones de carácter legal, como lo exigen la Convención Americana y la misma Constitución Política de la República⁸⁰. Al respecto, parte de la doctrina ha expresado que los estatutos de personal de las Fuerzas Armadas y Carabineros “representan en este sentido uno de los mejores ejemplos de una técnica legislativa deficiente y que desconoce principios constitucionales básicos, lo cual demanda su urgente revisión a fin de adecuarlos a las exigencias internacionales y constitucionales relativas a la regulación de los derechos fundamentales de las personas”⁸¹.

73 Decreto Nro. 900, de 26 de marzo de 2015, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (Aprueba Reglamento de Disciplina Nro. 11 de Carabineros de Chile).

74 Decreto Nro. 1.445, de 14 de diciembre de 1951, del Ministerio de Defensa Nacional (Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas); y Decreto Supremo Nro. 1.232, de 21 de octubre de 1986, del Ministerio de Defensa Nacional (Reglamento de Disciplina de la Armada).

75 Decreto Nro. 40, de 15 de junio de 1981, del Ministerio de Defensa Nacional (Reglamento de Disciplina del Personal de Investigaciones de Chile).

76 D.F.L. Nro. 253, de 21 de marzo de 1983, del Ministerio de Justicia.

77 El artículo 433 del Código de Justicia Militar dispone: “Toda falta contra los deberes militares o la disciplina, aunque haya sido castigada en conformidad a los reglamentos a que se refiere el artículo 431, podrá ser sometida al ejercicio de una acción penal cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito.”

78 El Tribunal Constitucional ya se ha referido a las problemáticas que resultan de la aplicación de dicho tipo penal. Al respecto véase, por ejemplo, las sentencias Rol 559-2006 y 781-2007.

79 Decreto Nro. 900, de 26 de marzo de 2015, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (Aprueba Reglamento de Disciplina Nro. 11 de Carabineros de Chile), artículo 25, numeral 3.

80 Jorge van de Wyngard M., La potestad disciplinaria de las fuerzas armadas y carabineros. Un análisis constitucional, *Ars Boni et Aequi*, Vol. 6, Nro. 1, 2010, pág. 33.

81 *Ibíd*em, pág. 49.



2

DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA



Fotografía: Paula Olivares. "Geografía visual de la niñez en Chile. Territorio, diversidad e identidad". Corporación Opción.

DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA



ANTECEDENTES

El 22 de octubre de 2015 entró en vigencia la ley que crea el Acuerdo de Unión Civil, marcando una inflexión en el tratamiento jurídico de la familia en el país. Desde ahora se reconoce la validez legal –y por tanto la protección del Estado y sus instituciones– de uniones afectivas no constituidas por matrimonio, incluyendo aquellas conformadas por personas del mismo sexo. Otras dos iniciativas que reconocen la protección de las personas tanto en los espacios privados como en los públicos se conocieron durante el presente año: el 15 de junio Chile firmó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores –que está en proceso de ratificación– y el 21 de septiembre fue presentado al Congreso el proyecto de ley sobre sistema de garantías de los derechos de la niñez¹.

En conjunto, estas iniciativas pueden verse como parte de una tendencia de cambio social y jurídico respecto de la concepción de familia plasmada en el Código Civil del siglo XIX, que era la de una unión matrimonial, indisoluble, entre un hombre y una mujer; sometida esta última, al igual que sus hijos e hijas, a la autoridad del padre². Este proceso de

cambio en Chile, sobre todo desde fines del siglo XX, reconoce un punto de inflexión destacable, sin ser el único, en la ley que en 1998 eliminó la distinción jurídica entre hijos legítimos, ilegítimos y naturales. Como resultado de este y otros cambios, ha habido un avance hacia una mayor igualdad de derechos y deberes entre mujeres y hombres en la familia y el reconocimiento de la titularidad de derechos de cada uno de sus integrantes (incluyendo niños, niñas y adolescentes), una ampliación de la protección del Estado a vínculos no originados en matrimonio, y una explicitación de los deberes de garantizar la protección y el respeto a todas las personas en el ámbito de las relaciones familiares, dentro de la convivencia o fuera de ella. Son avances que reconocen el rol central de la familia como institución para la sociedad y para las personas, y que al mismo tiempo, reconocen e intentan desterrar los abusos y omisiones que se pueden cometer en ese ámbito. Esta valoración de los cambios no es compartida por algunos sectores de la sociedad chilena, quienes estiman que algunas de estas medidas tienden a debilitar el papel central de la familia.

Más allá de estas diferencias, entre los resultados de la Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2015 destaca la percepción de que “poder construir una familia” es el derecho humano que se observa como más protegido en Chile³. En particular respecto de la maternidad, la Encuesta Nacional Bicentenario, desarrollada por Adimark-GFK y la Pontificia Universidad Católica de Chile en 2009, mostró que “[l]a caída de la fecundidad [de las mujeres] está acompañada, sin embargo, por un deseo de tener más hijos de los que

1 Boletín 10315, Mensaje N° 950-363 del 21 de septiembre de 2015. Ver también apartado “Institucionalidad democrática” en este mismo informe.

2 Hernán Corral Talciani (2005) sostiene que el Código Civil de Bello, estableció, siguiendo el modelo francés, “(...) una familia fuertemente jerarquizada, basada en el poder del varón, que ostenta sobre la mujer (potestad marital) y sobre los hijos nacidos en matrimonio (donde distinguió la autoridad paterna de la patria potestad)”. Sin embargo, sostiene, Bello no siguió al código napoleónico, sino el derecho canónico “(...) al rechazar el divorcio vincular y establecer el matrimonio como un contrato que se celebra por toda la vida de los cónyuges”. En “La familia en los 150 años del Código Civil chileno”, Revista Chilena de Derecho vol. 32, N° 3, pp. 429-438.

3 Instituto Nacional de Derechos Humanos, III Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2015, septiembre 2015.

en verdad se logran. Entre las mujeres de 30 o más años, esa cifra se sitúa en alrededor entre 3 y 4 niños. En cambio, entre las más jóvenes, el promedio de hijos que se desean comienza a ubicarse más cerca del 2 (entre el 2,3 y el 2,4)". Entre las razones para decidir no tener más hijos/as, predominan aquellas relacionadas con la dificultad para la inserción laboral femenina y la capacidad para mantener a la familia, lo que se acentúa en los sectores medios y bajos. A esto se suma que "[p]ocos creen que Chile sea una sociedad que apoya a las mujeres para tener hijos", pues la proporción de personas que evalúa con una nota 4 o menos dicho apoyo es de 43%.

Esta baja en la tasa de fecundidad impacta ya y tendrá importantes efectos a futuro en el rápido envejecimiento de la población. Desde la década de 1960 se ha producido un sostenido descenso en las tasas de fecundidad y mortalidad, que ha generado un cambio en la estructura por edad de la población. Según datos de INE, entre 1990 y 2015 la población de 60 años y más aumentó de 9% a 14,9% de la población total y se espera que para el 2050 dicha proporción se duplique, pasando a constituir 29,5% de la población. De esta manera, en solo 35 años se pasará de 2,7 millones de personas de 60 años y más a 6,3 millones. Esta tendencia también se manifiesta en la relación entre personas en edad activa respecto de las mayores, según proyecciones del INE. Así, por ejemplo, mientras en 2010 en Chile había casi 5 personas en edad activa (15 a 59 años) por cada persona de 60 años o más, esta relación bajará a 1,8 en el 2050. A esto se suma el permanente aumento en la esperanza de vida al nacer, que actualmente se encuentra en 81,6 años para las mujeres y 76,5 años para hombres.

Estos datos deben ser tenidos en cuenta, en su conjunto, a la hora de diseñar las políticas públicas que promuevan condiciones para el ejercicio de la maternidad y paternidad, y de tomar las medidas de protección que se estimen pertinentes en ámbitos como salud, familia, trabajo, responsabilidad parental, y previsión social, teniendo en consideración las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

Por su parte, la tendencia a reconocer la conformación de familias no matrimoniales está presente en varias legisla-

ciones nacionales que han otorgado estatuto jurídico a la convivencia estable por medio de figuras como las uniones civiles (caso de Chile), la que confiere a los contrayentes muchos de los derechos y obligaciones que supone el matrimonio, aunque no los equiparen totalmente. El sistema universal de derechos humanos no ha reconocido explícitamente esta forma de unión como un derecho⁴, no obstante, algunas legislaciones nacionales han establecido en los últimos años el reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo. Es el caso de Holanda (2001), Bélgica (2003), España y Canadá en 2005, Sudáfrica (2006), Noruega y Suecia (2009), Portugal, Islandia y Argentina durante el 2010, entre otros.

El presente capítulo revisa los estándares internacionales de derechos humanos relativos a la protección de la familia y su cumplimiento en las normas y políticas del país, en el marco de las transformaciones culturales y de concepciones de la institución familiar. Se analiza el concepto de familia, la protección del Estado que existe para la conformación, la vigencia y la ruptura de vínculos familiares, ya sea respecto de una convivencia estable o de relaciones filiales, así como en algunas situaciones de vulnerabilidad para el ejercicio de derechos en el ámbito familiar, que pueden presentarse en los períodos de gestación y postnatal.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Tanto los tratados internacionales generales de derechos humanos como aquellos que regulan materias específicas se manifiestan expresamente en materia de protección de la familia⁵ y de sus integrantes. A nivel universal, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

⁴ Los "Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género", constituyen una propuesta de convención presentada por un grupo de especialistas al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2007, pero no cuenta con sanción oficial.

⁵ Entre ellos: el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales; art. 10; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23; la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, art. 44, la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 8, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 17, todos ellos ratificados por Chile.

(DUDH) establece que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio” (párrafo primero), agregando que “solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio” (párrafo segundo) y que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en su artículo 23, plantea que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (23.1), agregando que “se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello” (23.2). Junto a lo anterior, el párrafo tercero señala que “el matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”, para finalmente plantear que “los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos” (23.4).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece en su artículo 10 que “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”.

También a nivel universal, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) contiene diversos artículos cuyo eje está en garantizar a niños, niñas y adolescentes la protección de la familia. El artículo 7 mandata que “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser

cuidado por ellos”. Por su parte, el artículo 8 señala que “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. El artículo 9 agrega que “los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”. El párrafo tercero del mismo artículo plantea que “los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. En directa relación al artículo 9, el artículo 10 plantea que “toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares”. En razón de lo anterior, “el niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país”. El artículo 18 de la CDN plantea también que “los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del

niño”. Asimismo, la CDN compromete a los Estados a que “adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo” (artículo 19).

Por último, el artículo 20 de la CDN plantea que “los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”. El artículo 37.c, respecto de NNA privados de libertad, establece que estos deben ser tratados “con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales”.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en su artículo 16.1 establece que “los Estados Partes 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: a. El mismo derecho para contraer matrimonio; b. El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio solo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; c. Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; d. Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; 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 información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; f. Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela,

curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; g. Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación; h. Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso”.

Al mismo tiempo, la CEDAW obliga a los Estados a garantizar 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” (artículo 12.2)⁶.

Por su parte, la Convención de Naciones Unidas sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares⁷, en su artículo 4 señala que, para efectos de dicha Convención, “el término ‘familiares’ se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate”. Del mismo modo, el artículo 44 plantea que “los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio”, para luego agregar en el párrafo segundo que “los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una

⁶ Este último derecho se reafirma en la Convención de Derechos del Niño (art. 24.a), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10.2) y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (art. 15.2. 2), el cual no ha sido ratificado por el Estado de Chile.

⁷ Ratificada por Chile el 24 de septiembre de 1993,

relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo”.

A su vez, el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), en su párrafo primero establece que “los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos”. Asimismo, su párrafo tercero plantea que “los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán porque se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias”. Finalmente, el artículo 23.5 regula que “los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar”⁸.

Todas estas convenciones del sistema universal han sido objeto de interpretación por parte de los órganos de tratados.

8 El artículo 16 de la misma Convención establece que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género”.

Así, el órgano autorizado para interpretar los derechos reconocidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos planteó en su Observación General 19, a efectos de que los Estados entregaran información, que “el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, este debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23”⁹. En este sentido, el Comité señala que “los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, ‘nuclear’ y ‘extendida’, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros”¹⁰. Asimismo, “el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, estas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias. Asimismo, la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares”¹¹.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha observado que “en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la

9 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, Artículo 23: La familia, 1990, párr. 2.

10 *Ibidem*.

11 *Ibidem*, párr. 5.

disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños. Estas tendencias son especialmente importantes para los niños pequeños, cuyo desarrollo físico, personal y psicológico está mejor atendido mediante un pequeño número de relaciones estables y afectuosas. En general, estas relaciones consisten en una combinación de madre, padre, hermanos, abuelos y otros miembros de la familia ampliada, junto con profesionales especializados en la atención y educación del niño. El Comité reconoce que cada una de estas relaciones puede hacer una aportación específica a la realización de los derechos del niño consagrados por la Convención y que diversos modelos familiares pueden ser compatibles con la promoción del bienestar del niño¹².

Los órganos de tratados también han hecho recomendaciones al Estado de Chile en materia de protección a la familia. El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares planteó acerca de Chile que “le preocupa la información recibida sobre los obstáculos a los que se enfrentan, en la práctica, algunos trabajadores migratorios para hacer valer su derecho a la reunificación familiar; y sobre la falta de un marco jurídico que regule la reunificación familiar”¹³. El Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado de Chile “asegurar que las madres y los padres compartan en igualdad sus responsabilidades parentales mediante la promoción activa de la paternidad”¹⁴. Por su parte, en el último Examen Periódico Universal (EPU) de Chile se recomendó “no cejar en el empeño de proteger y garantizar los derechos de todas las personas, en particular los niños y las mujeres, con miras a lograr que todos los ciudadanos

tengan un acceso justo y razonable a la justicia, la educación y la atención de la salud, en el respeto de la importancia y el papel de la familia”¹⁵, como también “preservar y promover la identidad de la familia, reconociendo que su fundamento es la unión libremente consentida de un hombre y una mujer (Santa Sede)”¹⁶.

Por su parte, a nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece en su artículo 17 que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. Así, “se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención” (17.2), agregando que “el matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes” (17.3). Además, “los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos” (17.4). Junto a este, el artículo 11.2 de la CADH establece que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

Además de la CADH, la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer o “Convención De Belém Do Pará”¹⁷, plantea en su artículo 2 que “se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer; y que comprende, entre otros, violación, maltrato y

12 Comité de los Derechos del niño, Observación general N° 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2005, párr. 19.

13 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones Finales: Chile, 2011, párr. 38.

14 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Chile, 2015, párr. 53.a. A la fecha de publicación del presente Informe Anual solo estaba disponible la versión en inglés del documento, por lo que la traducción al español no es la oficial, sino que es propia del INDH. La cita en inglés señala: “Ensure that mothers and fathers equally share their parental responsibilities by promoting an active fatherhood approach”.

15 Consejo de Derechos Humanos, Examen Periódico Universal: Chile, 2014, párr. 121.133.

16 Ibídem, párr. 121.

17 Ratificada por Chile en 1996.

abuso sexual". Finalmente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (no ratificado por Chile) señala en su artículo 15.2 que "toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna".

Interpretando estos preceptos internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), respecto del artículo 17 de la CADH, consideró que "el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar"¹⁸. En el caso *Atala Riffo e hijas* la Corte IDH planteó que "el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio"¹⁹. Junto a lo anterior, la Corte IDH "constata que, en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo que se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las que en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos"²⁰. Asimismo, respecto de un caso sobre fertilización *in vitro*, la Corte IDH planteó que "del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia

se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva"²¹.

En cuanto a los niños, niñas y adolescentes, la Corte IDH ha señalado que "en principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar"²², agregando que "en conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal"²³.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha planteado que "existe en el derecho internacional de los derechos humanos el reconocimiento del derecho del niño a vivir en su familia y a ser cuidado y criado por sus progenitores en el seno de la misma. La responsabilidad primaria por el bienestar del niño y el goce de sus derechos recae en sus progenitores y en los miembros de su familia de origen, independientemente de la composición y la forma de constitución de esta. A su vez, los progenitores tienen una serie de derechos y responsabilidades en el marco de las relaciones familiares de carácter paterno-filial, que deben ser respetados y garantizados por los Estados" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 19).

Finalmente, en un informe específico sobre Chile, la CIDH recomendó al Estado que "el Poder Ejecutivo y el Legislativo deben analizar mediante un escrutinio estricto todas las leyes, normas, prácticas y políticas públicas que establezcan en su texto diferencias de trato basadas en el sexo en la esfera familiar que afecten a las mujeres o que puedan tener un impacto discriminatorio contra las mujeres" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, recomendación 1).

18 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011, párr. 125.

19 Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 24 de febrero de 2012, párr. 142.

20 *Ibidem*, párr. 120.

21 Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica*, 28 de noviembre de 2012, párr. 150.

22 Corte IDH, *Opinión Consultiva 17/02 sobre condición jurídica y derechos humanos del niño*, 28 de agosto de 2002, párr. 66.

23 *Ibidem*, párr. 77.

NORMATIVA NACIONAL

La familia es reconocida en el artículo primero de la Constitución Política de la República como “(...) el núcleo fundamental de la sociedad”, estableciendo el deber del Estado de darle protección y de propender a su fortalecimiento. Las protecciones que se especifican para la familia como unidad tienen que ver con el resguardo de su privacidad: en el artículo 19, N° 4 se asegura “(...) el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia” y el N° 5 asegura “(...) La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”.

Las principales normas que regulan esta institución son la Ley 19.947 de Matrimonio Civil y el Código Civil. La concepción jurídica de la familia no es idéntica en ambos cuerpos. La primera establece que “El matrimonio es la base principal de la familia” (art. 1). Por su parte, el Código Civil²⁴ reconoce, por medio de su regulación, vínculos familiares no originados en el matrimonio. Así, por ejemplo, en los Títulos VII y VIII sobre Filiación (vínculo jurídico entre padre o madre e hijos o hijas) se establece la filiación no matrimonial, las formas de determinarla judicialmente y los derechos y deberes que esta origina; y el Título IX detalla los “derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”, incluyendo, entre otros, “(...) [e]l cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio” (art. 224).

Las bases de la familia fundada en el matrimonio legal e indisoluble, entre un hombre y una mujer; y que incluía su descendencia común, con subordinación de la mujer y los hijos a la potestad del varón jefe de familia, fueron parte de las normas y costumbres vigentes en Chile desde la Colonia, quedando incorporado a la Ley de Matrimonio Civil de 1884²⁵. Esta norma impuso la celebración obligatoria del matrimonio ante el Oficial del Registro Civil, traspasando al Estado la facultad exclusiva —hasta entonces mantenida por la Iglesia Católica— para celebrar el matrimonio y otorgarle efectos civiles²⁶.

La noción jerárquica, unida a la de privacidad inviolable de la familia, tanto en la ley como en la cultura nacional, posibilitó la falta de respuesta del Estado frente a malos tratos y abusos —como la violencia intrafamiliar que no fue objeto de legislación sino hasta el año 1994²⁷— y consolidó diferencias en los derechos de los cónyuges, como las referidas a la administración de los bienes del matrimonio²⁸. Algunos órganos de seguimiento de tratados han señalado en reiteradas ocasiones que el Código Civil chileno aún establece desigualdades arbitrarias al disponer, en su artículo 135: “Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer...”²⁹. Cabe recordar que la sociedad conyugal es un régimen de carácter supletorio, es decir, es la modalidad de administración de los bienes matrimoniales que se aplica automáticamente al contraer matrimonio, en caso de no manifestar expresamente los cónyuges la voluntad de optar por uno de los otros dos sistemas opcionales, como son los de separación de bienes y de participación en los gananciales. No obstante, la opción se puede cambiar posteriormente.

24 DFL1, Fecha Promulgación: 16-MAY-2000.

25 Véase al respecto: Hernán Corral Talciani (2005), La familia en los 150 años del Código Civil chileno* (publicado en Revista Chilena de Derecho vol. 32, N° 3, pp. 429-438).

26 La Ley de Matrimonio Civil, junto a la que crea el Registro Civil, ambas del año 1884, y la Ley de Cementerios Civiles de 1883 son conocidas como las leyes laicas, y constituyen un hito en el proceso de secularización.

27 Según la sección Memoria Históricas de la Cámara de Diputados, las leyes sobre violencia intrafamiliar “pusieron en evidencia un problema que permanecía oculto en la sociedad, como lo demostraba el hecho de que en todo el siglo XX, los tribunales chilenos habían emitido sólo 115 fallos sobre violencia doméstica, en consecuencia de que el delito de lesiones era el tercero en frecuencia en los juzgados del país. Además, el 70 % de las causas por maltrato eran sobreesidas por los tribunales de justicia”. En: <https://www.camara.cl/memoria/hito.aspx?prmHITOID=22>

28 Al respecto puede señalarse que Chile se ha comprometido, desde el año 2007, a la “derogación de las normas que establecen la discriminación de las mujeres en el régimen de sociedad conyugal”. Acuerdo de Solución Amistosa entre el Estado de Chile y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso N° 12.433 Sonia Arce Esparza v. Chile, publicado el 05-03-2007. El acuerdo explicita: “Para poner término a la discriminación legal implícita en el actual régimen de sociedad conyugal en Chile, y que ha motivado el inicio de este caso, el Estado de Chile se compromete a dotar —en forma inmediata— de la urgencia que se estime adecuada a la tramitación legislativa del proyecto de ley que modifica el Código Civil y leyes complementarias en materia de sociedad conyugal o comunidad de gananciales —en los términos de redacción en los que se encuentra—, otorgando a lamujer y al marido iguales derechos y obligaciones” (Boletín N° 1707-18)

29 Entre las más recientes observaciones está la realizada por el Comité de Derechos Humanos al sexto informe periódico de Chile sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su párrafo 12 “lamenta que siga vigente el régimen de “sociedad conyugal (...)”, y recomienda que “El Estado parte debe acelerar la aprobación de una ley para abrogar el régimen de “sociedad conyugal”. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas Comité de Derechos Humanos Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile (13 de agosto de 2014). Aprobadas por el Comité en su 111° período de sesiones (7 a 25 de julio de 2014).CCPR/C/CHL/CO/6.

Desde la última década del siglo XX, numerosas reformas legislativas han ido modificando el modelo tradicional de familia, tanto en el sentido de reconocer y proteger vínculos no originados en el matrimonio como de desarrollar el principio de protección al más débil³⁰ y de nivelación de deberes y derechos entre mujeres y hombres, así como de garantizar el acceso a la justicia para el ejercicio de tales derechos. Entre las iniciativas desarrolladas destaca la conformación de la Comisión Nacional de la Familia, por el entonces presidente Patricio Aylwin, que en su informe (1994) propone cambios políticos y legislativos que debían dar cuenta de la realidad familiar chilena y garantizar su fortalecimiento.

Una de las principales reformas fue la sustitución, en 2004, de la Ley de Matrimonio Civil por la Ley 19.947, que regula el divorcio vincular, eliminando por esta vía la indisolubilidad del vínculo. La norma establece, entre otras medidas, la compensación del menoscabo económico sufrido por aquel de los cónyuges que “como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común (...) no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería (artículo 61)”.

Las reformas a las normas de familia han continuado avanzando en la protección respecto de la violencia intrafamiliar: la Ley 19.325 de 1994, fue sustituida en 2005 por la Ley 20.066, y ha sido modificada para incluir expresamente a los adultos mayores (Ley 20.427 de 2010), en tanto la Ley 20.480 estableció la figura del femicidio en el Código Penal (2010). A estas se agregan la Ley 19.585 conocida como “Ley de filiación” (1998), que iguala derechos de todos los hijos e hijas sean o no nacidos dentro de un matrimonio³¹, la Ley 19.620 sobre adopción (1999), que reconoce a niños y niñas el “(...) derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia (...)” (art. 1°) y la Ley 20.680 llamada

de “tuición compartida” o de “amor de papá”, que define la corresponsabilidad de los progenitores respecto del cuidado de los hijos en caso de separación (2013). Otro hito relevante es la Ley 19.668 que creó los Tribunales de Familia (2004), ofreciendo por primera vez una instancia especializada y unificada para reunir las causas que antes se veían en diferentes tribunales³².

Entre los cambios más recientes en este ámbito se ubica la antes mencionada Ley 20.830, que establece el Acuerdo de Unión Civil, regulando la convivencia de parejas no casadas, del mismo o distinto sexo, en materias como régimen de bienes (art. 15), derechos sucesorios (arts. 16 a 19), compensación económica en caso de disolución del vínculo (art. 27), entre otros. Como señala el mensaje presidencial que dio inicio a la tramitación del proyecto, el propósito de la norma fue otorgar “un marco jurídico que, al menos, reconozca, respete y otorgue certeza jurídica a los derechos de esos aproximadamente dos millones de compatriotas que viven en pareja sin estar casados, regulando los efectos patrimoniales, sociales y sucesorios de su convivencia³³”. De esta manera se han reconocido a las y los convivientes muchos de los derechos que se reconocen a las familias matrimoniales, aun cuando en una jerarquía jurídica menor a la del matrimonio, que se mantiene como “base principal de la familia”, según marca el artículo 1° de la Ley del Matrimonio Civil. El AUC, por su parte, no resolvió adecuadamente lo relativo al vínculo con los hijos e hijas, ya que, por ejemplo, en caso de muerte de uno de los convivientes el cuidado personal no se entrega directamente al sobreviviente, que solo tiene una preferencia. La norma tampoco se hizo cargo del delito de parricidio, en tanto no hay una figura agravada en este caso.

Por su parte, la protección a la mujer embarazada, además de vincularse con el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, se relaciona con el derecho de protección

30 Artículo 3° de la Ley de Matrimonio Civil: “Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.”

31 Para el Código Civil (Título VII) la filiación puede ser matrimonial o no matrimonial (Art. 179). “La filiación es matrimonial cuando existe matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción o del nacimiento del hijo”, también lo es cuando los padres se casan después del nacimiento, o cuando reconocen a un hijo o hija ante un oficial del Registro Civil (Art. 180). “La filiación no matrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre, la madre o ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación.” (Art. 186).

32 A modo de ejemplo, antes de contar con Tribunales de Familia, los Juzgados Civiles atendían los casos de nulidad y separación y las demandas de alimentos de los cónyuges, en tanto los tribunales de menores atendían las causas relativas a los hijos o hijas, como alimentos, cuidado personal (o tuición) y relación regular y permanente (o derecho de visitas).

33 Mensaje N° 156-359 del 8 de agosto de 2011, con el que el entonces Presidente de la República inició la tramitación del proyecto que dio origen al Acuerdo de Unión Civil.

a la familia, y con el derecho a decidir acerca del número y espaciamiento de los hijos/as. Se trata de una protección regulada por diversas normas en Chile. En particular, la protección a la madre trabajadora muestra una larga trayectoria. Casas y Valenzuela (2012) sitúan como primera ley de protección a la maternidad de las trabajadoras en Chile a la Ley 3.186 sobre el derecho a la sala cuna, publicada en el Diario Oficial el 13 de enero de 1917³⁴. Las autoras observan que durante varias décadas esta protección no tematizó la discriminación, sino el ejercicio de la maternidad. Más recientemente, se promulgó la Ley 19.591 (1998) que prohíbe discriminar a la mujer por estado de gravidez y establece el fuero maternal para la trabajadora de casa particular³⁵. Otras normas laborales relativas a maternidad son la Ley 19.670 de 2000, que extiende el fuero maternal a la mujer que adopta un hijo, y la Ley 20.545 de 2011, que extiende el permiso postnatal para las madres e incorpora el permiso postnatal parental. La prohibición de discriminación a las escolares embarazadas se integró a la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (N° 18.962, art. 2) a partir de la reforma introducida en 2000³⁶ y su posterior reglamentación de 2004³⁷. Por su parte, una estructura y diseño institucional que favorece la discriminación hacia las mujeres en el sistema ISAPRE, asociada a la maternidad real o potencial, ha sido objeto de demandas judiciales, recursos de inconstitucionalidad y propuestas de reforma legal³⁸, siendo este uno de los temas abordados en el Informe de la Comisión Asesora Presidencial para el Estudio y Propuesta de un Nuevo Marco Jurídico para el Sistema Privado de Salud (octubre 2014).

34 Lydia Casas Becerra y Ester Valenzuela Rivera en: Protección a la maternidad: una historia de tensiones entre los derechos de infancia y los derechos de las trabajadoras, Revista de derecho (Valdivia) versión online ISSN 0718-0950, vol. 25 no. 1 Valdivia jul. 2012.

35 En el informe anual 2014 de INDH (capítulo “Trabajo no remunerado en el ámbito doméstico”) se analizaron las normas laborales que facilitan la integración de los papás al cuidado de hijos e hijas, mostrando que su efecto práctico es mínimo, debido a su escaso uso por los varones.

36 Ley 19.688, publicado en agosto 2000.

37 Reglamento N° 79 de MINEDUC, 12 de marzo 2004, “Reglamenta inciso tercero del artículo 2° de la ley N° 18.962 que regula el estatuto de las alumnas en situación de embarazo y maternidad”.

38 El punto fue desarrollado en el Capítulo Derecho a la Salud del Informe Anual INDH sobre la Situación de Derechos Humanos 2011, pp. 1153-160.

SITUACIÓN DE DERECHOS EN EL ÁMBITO DE LA FAMILIA

A continuación se revisarán, en particular, algunos planes y políticas referidos a la protección de la familia desde el punto de vista de cómo el Estado apoya la búsqueda de maternidad/paternidad, cómo protege los vínculos familiares y a sus integrantes en caso de ruptura o inexistencia de vínculo conyugal, cómo protege los embarazos en situación de especial vulnerabilidad y la situación específica de las personas privadas de libertad.

APOYO A LA PATERNIDAD/MATERNIDAD

El apoyo del Estado a quienes quieren ser padres o madres y tienen dificultades para procrear se expresa de distintas maneras: una de ellas es la de facilitar el acceso a técnicas de reproducción asistida³⁹, la otra es por medio de la adopción, siempre que se entienda que el derecho principal es el derecho del niño o niña a contar con una familia.

En el país, como en el resto del mundo, se está recurriendo de manera creciente a distintas técnicas de reproducción asistida. El Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RLA)⁴⁰ anotó para 1995 la cifra de 6.744 “ciclos iniciados” (tratamientos de reproducción asistida por distintos métodos) en América Latina y El Caribe, la que subió a 54.825 en 2013. Entre 1990 y 2013 la entidad registró 466.380 ciclos iniciados, que dieron lugar al nacimiento de 128,245 niños y niñas. De este total, 7.227 fueron nacidos en Chile (5,6% del total).

39 De acuerdo a la definición provista por la OMS, se entiende por técnicas de reproducción asistida “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado solo a, la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero surrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante.”

40 Red Latinoamericana de Reproducción Asistida: Estado actual de la reproducción asistida en Latinoamérica y el mundo http://www.redlara.com/PDF_RED/Situacao_atual_RED_LARA_no_mundo.pdf

Según FONASA, en Chile, cerca de 250 mil parejas tienen problemas de infertilidad⁴¹. Las bajas tasas de natalidad de Chile otorgan mayor relevancia a este problema, reconocido por la OMS como una enfermedad del sistema reproductivo. La mayoría de los casos pueden ser resueltos con tratamientos de baja complejidad (estimulación ovárica e inseminación artificial) y otros requieren técnicas de alta complejidad, como la fertilización *in vitro*, que tiene un alto costo económico, por lo que hasta hace poco tiempo había sido utilizado mayormente por personas de alto nivel de ingresos. En este ámbito han tenido lugar algunos cuestionamientos a la manipulación de embriones, al respecto existe como antecedente lo estipulado por la Corte IDH, en 2012, en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, en el marco de un debate acerca de fecundación *in vitro*.

Los problemas de infertilidad fueron abordados por el INDH en el Informe Anual 2014 (pp.194-195). Allí se dio cuenta del creciente apoyo del Ministerio de Salud a la fertilización asistida. En mayo de 2014 la Superintendencia de Salud anunció que FONASA entregaría cobertura de tratamiento de infertilidad de baja complejidad, el que sería obligatorio para las ISAPRES en todos sus planes. Para el 2015 FONASA garantiza a todos sus usuarios acceso a ambos tipos de tratamiento, tanto en la red pública de salud como por medio de prestadores privados en convenio⁴², cubriendo el Estado el 100% del costo de los tratamientos de baja complejidad para todos los usuarios de FONASA y el 100% de los de alta complejidad para los usuarios de los niveles A y B.

En cuanto a la adopción, aun cuando la ley vigente desde 1999 representó un avance para el ejercicio del derecho de niños y niñas a crecer en una familia, su aplicación ha mostrado limitaciones que restringen este derecho, motivando la presentación de un proyecto de Reforma Integral al Sistema de Adopción, actualmente en discusión en el Congreso⁴³. Entre las dificultades que justifican la reforma, el men-

saje con que se presenta anota el largo tiempo promedio de permanencia institucional de los niños y niñas antes de concretarse la adopción, que fue de 2 años con 15 días en 2012. Otra dificultad es la larga permanencia en el registro de postulantes una vez reconocida la idoneidad de las/los interesados: SENAME consigna que en 2013 el tiempo de espera de los solicitantes desde que son reconocidos como idóneos hasta que se produce el enlace adoptivo fue de 434,7 días en promedio para niños/as menores de un año, de 386,6 para niños/as de entre 1 y 2 años, y de 264,8 días para niños/as de 3 o más años⁴⁴.

La reforma propuesta apunta a agilizar los procedimientos de adopción con la incorporación de mecanismos más eficientes y plazos más acotados para dar respuesta con mayor celeridad a las necesidades en la materia. A su vez, se establecen requisitos y condiciones tanto para que un niño, niña y adolescente pueda ser adoptado como para que las personas interesadas en adoptar puedan convertirse en madres y/o padres. Entre las observaciones que ha recibido el proyecto se señala que, entre las personas que pueden solicitar la adopción, no se encuentran los convivientes civiles⁴⁵. Pese a su avanzada tramitación el proyecto ha sido postergado con la finalidad de asegurar su adecuación al proyecto de ley de garantías de los derechos de la niñez, presentado el 21 de septiembre de 2015⁴⁶.

EMBARAZOS VULNERABLES

Desde la perspectiva de los derechos humanos, el embarazo constituye para las mujeres un estado que requiere, por parte del Estado, de una especial protección. Esto es especialmente evidente en contextos de pobreza, durante el embarazo adolescente y en casos de riesgo médico. Las políticas públicas han puesto especial atención en las situaciones de vulnerabilidad para el núcleo madre/hijo-a, particularmente en el período de gestación, parto y lactancia.

41 http://www.fonasa.cl/portal_fonasa/site/artic/20140711/pags/20140711030056.html

42 *Ibíd.*

43 Boletín N° 911918 del 2 de octubre de 2013. Posteriormente el Ejecutivo presentó indicaciones sustitutivas y nuevos artículos orientados a mejorar la adecuación a la Convención de Derechos del Niño, a agilizar los procedimientos y a precisar las normas de adopciones nacionales e internacionales. (Boletines N° 9.119-18 del 12 de junio de 2015, y N° 9.119-18 del 31 de julio de 2015).

44 SENAME, Anuario Estadístico 2014, Tabla 20: Tiempo de espera de solicitantes nacionales desde su idoneidad hasta el enlace según edad del niño@ al enlace, p. 27.

45 El proyecto identifica a los posibles adoptantes por su estado civil, señalando: "Podrán ser adoptantes los cónyuges, las personas solteras, divorciadas o viudas con residencia permanente en Chile", omitiendo el nuevo estado civil de convivientes, que no existía cuando el proyecto ingresó al Congreso.

46 Ver sección sobre institucionalidad democrática en este mismo informe.

Embarazo, maternidad y pobreza. La mayor vulnerabilidad de los hogares en situación de pobreza dificulta el acceso de todo el grupo familiar a los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos por Chile⁴⁷. Según el Ministerio de Desarrollo Social⁴⁸, 30,5% de los hogares con jefatura femenina registrados en la Ficha de Protección Social tienen niños y niñas menores de 5 años. En este contexto, los programas de salud de control del embarazo y del niño sano, así como los de vacunación universal, han contribuido significativamente a la reducción de la vulnerabilidad de los hogares de menores ingresos⁴⁹. En el primer gobierno de la presidenta Bachelet (2006-2010) se estableció el Programa Chile Crece Contigo como uno de los principales componentes del Sistema de Protección Integral a la Infancia (Ley 20.379, de 2009) que tiene por misión acompañar, proteger y apoyar integralmente a todos los niños y sus familias. Chile Crece Contigo articula y amplía las prestaciones pre-existentes y las que se suman a esta finalidad, para un período que va desde el primer control de gestación para todas las mujeres que se atienden en el sistema público de salud, hasta que el niño o niña ingresa a prekínder. El acompañamiento incluye: (a) un Programa de Apoyo al Desarrollo Biopsicosocial, entregado por los servicios de salud, desde la gestación hasta los cuatro años; (b) un Programa de Apoyo al Recién Nacido, que entrega, a todas las familias que atienden su parto en la red pública de salud, elementos prácticos y educativos como un paquete de cuna-corral, estimulación, apego y vestuario. (c) Incluye también la expansión del acceso gratuito a salas cuna, y jardines infantiles de jornada extendida y parcial, destinado al 60% de los hogares más vulnerables, según la ley que crea el sistema, con lo que se propone tanto el desarrollo temprano de niñas y niños para mejorar sus oportunidades como otorgar facilidades para la incorporación al mercado de trabajo por parte de

las mujeres. El esfuerzo se ha mantenido en los gobiernos posteriores, llevando la tasa de asistencia neta de niños y niñas de 0 a 3 años a la educación parvularia desde el 26% al 28,4% entre 2011 y 2013⁵⁰. (d) Además, el programa coordina las prestaciones preferentes para las familias con niños que formen parte del 40% de hogares más vulnerables de la población: Subsidio Único Familiar (SUF), desde el quinto mes de gestación hasta los 18 años de edad; nivelación de estudios; atención de salud mental; prevención y atención de la violencia intrafamiliar y maltrato infantil; incorporación al mundo del trabajo; mejoramiento de las viviendas; asistencia judicial; y dinámica familiar.

Embarazos de riesgo. Desde el punto de vista sanitario, el cuidado del período pre y postnatal de protección a la madre y su hijo/a ha constituido por décadas un eje de las políticas de salud, plasmado en servicios, normas y protocolos de atención, que han reducido notablemente la mortalidad materna e infantil desde hace algunas décadas, dando cumplimiento a los derechos de protección a la mujer embarazada establecidos en diversas convenciones. No obstante, MINSAL (2015) observa que el descenso de la mortalidad materna⁵¹ ha tendido a estabilizarse a partir del 2000, "(...) alcanzando el 2012 una Razón de Mortalidad Materna (RMM) de 17,2 /100.000 nacidos vivos"⁵². La cifra, que no es mala en el contexto regional, está lejos de la meta de 9,9 muertes por 100.000 nacidos vivos al 2015, que se había propuesto Chile en los Objetivos del Milenio. El documento alerta acerca de dos situaciones especiales de riesgo médico de los embarazos: aquellos que se presentan en menores de 20 años –sobre todo los de menores de 15– y los que se dan en mujeres mayores de 40, que tienden a aumentar con la postergación de la fecundidad.

También han surgido propuestas de ley que buscan garantizar el apoyo médico, psicológico y social en situaciones especialmente difíciles. Entre ellos puede mencionarse el que "[e]stablece un régimen de protección integral de la

47 Los hogares en situación de pobreza y pobreza extrema habían bajado a 12,8% en 2013, los que reunían al 14,4% de las personas. Ministerio de Desarrollo Social, Informe de Desarrollo Social 2015, Cuadro N° 3.1.2 Personas y Hogares en situación de pobreza y pobreza extrema por ingresos, según zona urbana y rural. 2013, p. 28.

48 Ministerio de Desarrollo Social, Informe de Política Social, 2015, pág. 115.

49 Como referencia, para diciembre de 2014 el Fondo Nacional de Salud, FONASA, atiende el 73% de niños entre 0 y 4 años y el 80% de mujeres entre 15 y 34 años, la mayor parte de los cuales se ubican en los tramos de menores ingresos. FONASA (2015), Cuenta Pública Participativa 2014, p. 24.

50 Ministerio de Desarrollo Social, CASEN 2013, Niños, niñas y adolescentes, Síntesis de Resultados.

51 Las cifras incluyen muertes maternas hasta los 42 días después de terminado el embarazo.

52 MINSAL (2015) Guía Perinatal 2015, Subsecretaría de Salud Pública, División Prevención y Control de Enfermedades, Departamento de Ciclo Vital, Programa Nacional Salud de la Mujer, p. 12.

mujer con embarazo vulnerable y del hijo que está por nacer; y modifica la Ley que Establece Medidas Contra la Discriminación”⁵³. El proyecto define como embarazo vulnerable (art. 4°) aquel “(...) que, por circunstancias provenientes del contexto social en que se desarrolla la mujer o de su propia individualidad —ya sean factores psicosociales o propias de su embarazo, como el abandono de la pareja, la coerción, violencia, embarazo por violación, expectativas de vida, feto con malformaciones congénitas letales, expulsión del hogar, adolescencia, riesgo asociado para la vida de la madre, entre otros—, no pueda ser vivido con normalidad o represente especiales dificultades para dicha mujer y requiera, por esta razón, de un acompañamiento especial”. Medidas en esta dirección pueden constituir apoyos valiosos para las mujeres embarazadas, siempre que se desarrollen en el marco del respeto de sus derechos.

Embarazo de adolescentes. En cuanto a los nacimientos de hijos/as de madres adolescentes, puede notarse un leve descenso en los nacidos de mujeres menores de 19 años, que pasó del 13% del total de nacimientos en 2013 al 11,8% en 2014⁵⁴. No obstante, la maternidad temprana sigue siendo una problemática relevante para la población de menor ingreso. Según Casen 2013⁵⁵, para el 39% de las personas menores de 18 años del primer quintil de ingresos y para el 28,1% de las personas menores de 18 años del segundo quintil de ingresos, sus madres tenían menos de 18 años de edad al momento de su nacimiento. El embarazo en las adolescentes conlleva un mayor riesgo médico, especialmente en las edades más bajas, y constituye una preocupante limitación a las opciones de desarrollo de las niñas. Además de la atención preferencial que ofrece en estos casos el Ministerio de Salud, el Ministerio de Educación cuenta con normas contra la discriminación a las escolares embarazadas y madres, mencionadas más arriba⁵⁶. Existe el Programa de apoyo a la retención escolar de madres, padres y embarazadas adolescentes realizado por JUNAEB en establecimien-

tos focalizados por la institución dentro de las regiones de Antofagasta, Valparaíso, Metropolitana y La Araucanía, que incorpora a los padres escolares y desarrolla estrategias para abordar los factores que potencian la deserción y, al mismo tiempo, promover aquellos que son protectores⁵⁷. No se cuenta con registros respecto de la cobertura de todos estos programas o concernientes a la permanencia de prácticas discriminatorias contra las escolares embarazadas o madres⁵⁸.

PROTECCIÓN A LOS INTEGRANTES DE LA FAMILIA EN AUSENCIA DE VÍNCULOS DE CONVIVENCIA

Cuando se rompen los vínculos de convivencia entre parejas, o bien cuando no existen vínculos legales entre los progenitores, se dificulta la exigencia de los derechos a cuidados y a la permanencia de los lazos familiares. La magnitud del problema puede observarse en la cifra de 49.619 causas de divorcio terminadas en los tribunales el 2014⁵⁹, pero más aún en el alto porcentaje de niñas y niños que nacen fuera del matrimonio, llegando a más de 70% de nacidos/as en una situación de reconocimiento no matrimonial, como se observa en la Tabla siguiente:

TIPO DE RECONOCIMIENTO DE INSCRITOS EN EL REGISTRO CIVIL, 2014

TIPO DE RECONOCIMIENTO	N°	%
Dentro del matrimonio	76.204	28,5
Fuera del matrimonio	161.337	60,4
Reconocidos por madre	25.408	9,5
Reconocidos por padre	2.182	0,8
Por ninguno	1	0
Filiación indeterminada	1.821	0,6
Total nacimientos	266.953	99,8

Fuente: Servicio de Registro Civil e Identificación. Estadísticas con Enfoque de Género. (Datos a diciembre de 2014).

53 Boletín N° 9873-11.

54 Estimación propia con base en información del Servicio de Registro Civil, Estadísticas con Enfoque de Género, 2015.

55 Ministerio de Desarrollo Social, Casen 2013, Niños, Niñas y Adolescentes, p.13.

56 Artículo 2° de la ley N° 18.962, introducido por la Ley 19.688, publicada en agosto 2000 y Reglamento N° 79 de MINEDUC, 12 de marzo 2004.

57 Información recuperada en <http://www.junaeb.cl/programa-de-retencion-escolar-de-madres-padres-y-embarazadas-adolescentes>, el 18 de noviembre de 2015.

58 Entre septiembre de 2012 y agosto de 2013 la Superintendencia de Educación registra 1003 denuncias por discriminación, y 2322 por cancelación de matrícula, pero no detalla las causales específicas.

59 Información proporcionada por la Corte Suprema en Oficio N° 466-2015 del 21 de octubre 2015.

Hay que tener presente que todos los niños y niñas, bajo cualquier modalidad de reconocimiento, tienen los mismos derechos, en virtud de la ley que establece la igualdad de todos los hijos e hijas. La elevada cifra de nacimientos por fuera del matrimonio, aún más que la de divorcios, puede explicar la gran cantidad de demandas de alimentos, cuidado personal y relación directa y regular que llegan al sistema de justicia: solo en el Sistema Nacional de Mediación⁶⁰ fueron ingresadas 288.051 solicitudes en estas materias durante 2013, destacando la mayor proporción –62,7% del total– de las solicitudes de alimentos, como se aprecia en la Tabla que sigue.

MATERIAS INGRESADAS AL SISTEMA NACIONAL DE MEDIACIÓN, AÑO 2013

MATERIA	N° INGRESOS	%
Alimentos	180.510	62,7
Cuidado personal	31.587	11
Relación directa y regular	75.767	26,3
Otros	187	0,1
Total	288.051	100

Fuente: elaboración propia con base en Anuario Estadístico Justicia Familiar; Ministerio de Justicia 2013, Tabla N° 25, Materias ingresadas al sistema nacional de mediación en 2013, por materia y región. Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia, p. 99.

En la familia matrimonial se suele presumir que, en general, la madre se queda con los hijos en caso de ruptura del vínculo, dejando al padre con la obligación de asegurar una pensión de alimentos y el derecho a “visitas”. Por otra parte, muchos de los hogares encabezados por una mujer (39% del total, según CASEN 2013) no cuentan con un padre responsable, cifra aún más alta en los sectores de mayor pobreza. En consonancia con la corresponsabilidad entre padre y madre respecto del cuidado de los hijos establecida en la Ley 20.680 de 2013, las madres pueden ser demandadas

para asignar alimentos a los hijos, si estos viven con el padre, quien puede demandar el cuidado personal de los hijos con igual derecho que la madre⁶¹. Sin embargo, las diferencias de género se mantienen en el cumplimiento y exigencia de estos derechos. Como lo muestra la Tabla siguiente, el Sistema Nacional de Mediación en 2013 recibió 358.517 solicitudes, de estas 64,2% fueron presentadas por mujeres, en tanto que 376.356 solicitados, 60,9% fueron hombres.

SOLICITANTES Y SOLICITADOS POR SEXO EN EL SISTEMA NACIONAL DE MEDIACIÓN, AÑO 2013

	SEXO	NÚMERO	PORCENTAJE
Solicitantes	Mujeres	230.186	64,2
	Hombres	128.331	35,8
	Total	358.517	100
	SEXO	NÚMERO	PORCENTAJE
Solicitados	Mujeres	147.056	39,1
	Hombres	229.300	60,9
	Total	376.356	100

Fuente: elaboración propia con base en Anuario Estadístico Justicia Familiar; Ministerio de Justicia 2013, Tabla N° 23 Cantidad de solicitantes y solicitados en el sistema nacional de mediación según género y región, p.64.

PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Una situación de especial vulnerabilidad respecto de la protección de la familia es la de personas privadas de libertad, en particular de mujeres embarazadas o madres. Al 30 de junio de 2015, Gendarmería registraba 3.202 mujeres internas, equivalentes al 7,2% del total de la población penal del país. Del total de mujeres, 2.038, es decir 63,6%, informaron tener hijos menores de edad al momento del ingreso a prisión. Algo menos de la mitad de estas madres prisioneras (1.309 equivalentes al 40,9%) se encuentran en cuatro centros penitenciarios femeninos y un centro femenino semiabierto. Las restantes se distribuyen en 35 cárceles, compartiendo la prisión con los hombres condenados, si bien en estos casos, de acuerdo al reglamento penitenciario, deben

60 La Ley que crea los tribunales de familia instauró el sistema de mediación familiar, definido como “(...) aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos” (Art. 103). La ley precisa qué materias pueden o deben someterse a mediación, así como los principios y procedimientos a seguir, y establece un Registro oficial de mediadores que será proporcionado por el Ministerio de Justicia a las Cortes de Apelaciones. Una parte de las materias se deriva a los tribunales, cuando no se logra un acuerdo.

61 Las mujeres también pueden ser demandadas para demostrar su maternidad, según la ley N° 20.030 de 2005.

permanecer separadas de los demás reclusos⁶². En el caso de los varones privados de libertad, 40,5% había declarado tener hijos menores de edad (16.728 sobre un total de 41.337) al momento de ingresar a la cárcel.

La protección de la gestación y del lazo materno con hijos e hijas está contemplada en el artículo 19 del Reglamento Penitenciario⁶³ que dispone que en los Centros Penitenciarios Femeninos (C.P.F.) “(...) existirán dependencias que contarán con espacios y condiciones adecuados para el cuidado y tratamiento pre y postnatal, así como para la atención de hijos lactantes de las internas”. Esos espacios, que también deben ser provistos cuando sea el caso en todos los recintos mixtos, se agrupan bajo la denominación de Programa de Residencias Transitorias el que, al 30 de junio de 2015, contaba con 117 internas, de estas, 87 se encontraban en período de lactancia y 29 estaban embarazadas, en tanto una reunía ambas condiciones⁶⁴. La atención de las madres y sus hijos se realiza por medio del Programa de Atención a Mujeres Embarazadas y con Hijos Lactantes (PAMEHL), que incluye cuidados médicos, nutricionales y de desarrollo formativo de los niños.

El reglamento dispone que cuando “(...) ingrese una interna con hijos lactantes, el Jefe del Establecimiento deberá comunicar de inmediato este hecho al Servicio Nacional de Menores para los efectos de la respectiva subvención y de los programas o medidas que dicha Institución deberá desarrollar para el adecuado cuidado de los niños”. Gendarmería mantiene para estos fines un convenio con SENAME⁶⁵, entidad que subsidia hasta 120 plazas de lactantes, condicionadas al cumplimiento de las normas del sistema de instituciones colaboradoras⁶⁶. De acuerdo con cifras del Servicio Nacional de Menores (SENAME), en 2014 la línea

de trabajo Residencias de Protección para hijos lactantes de madres internas en establecimientos penitenciarios (RPR) realizó 254 atenciones en la Región Metropolitana, correspondientes a 245 niños/as (153 menores de 1 año, 90 entre 1 y 3 años, 1 niño/a entre 4 y 5) y 9 en período de gestación⁶⁷.

En este contexto, Gendarmería de Chile trabaja en convenio con organismos como JUNJI e INTEGRA⁶⁸. Esta última entidad, por ejemplo, informa que durante el 2014, 32 niños y niñas de hasta dos años de edad participaron del Programa *Sala cuna en recinto penitenciario*, en centros penitenciarios de Arica, Valparaíso y Santiago. Un ejemplo es el de la Sala Cuna Castorcitos, ubicada al interior del Centro Penitenciario de Arica, el que además de proveer un programa educativo y alimentario a los niños y niñas que residen al interior del penal junto a sus madres, proporciona atención a las mujeres que se encuentren embarazadas, independiente de su calidad procesal, para efectos de fortalecer el vínculo y la estimulación durante el proceso gestacional.

Además de la situación de mujeres y lactantes al interior de las prisiones, es necesario considerar la especial vulnerabilidad de niños/as y adolescentes que estando en libertad, tienen a sus padres/madres o tutores privados de libertad. El INDH pudo determinar, en particular, que “[e]sta realidad no la consideraría el sistema educacional chileno, que no se flexibiliza ante un contexto precario”. Por ejemplo, el caso de un niño/a que tenga a su mamá detenida: ‘Son 38 semanas de clase. 38 semanas serán 38 días que él va a faltar porque va a ir a ver a su mamá. La visita del miércoles y la del domingo. ¡Cómo le digo al niño que no vaya a ver a su mamá! Ese niño ya excedió, con solo esa razón. Sin contar que se va a enfermar, faltó más de lo que está permitido por ley en términos de la entrega de la subvención, y además, la posibilidad de la repitencia’ (mujer entrevistada)”⁶⁹.

62 Información proporcionada por Gendarmería de Chile en Oficio 1338/2015, en respuesta a Oficio N° 458 de 18/08/2015.

63 Decreto 518 de 1998, Ministerio de Justicia: Aprueba “Reglamento de Establecimientos Penitenciarios”, art. 19.

64 Información proporcionada por el Departamento de Reinserción Social en el Sistema Cerrado; programa de Residencias Transitorias al 30-06-2015.

65 Resolución exenta Dirección de SENAME, N° 4657, del 14 dic 2010 y “Protocolo ingreso, permanencia y egreso de niños y niñas lactantes” (convenio SENAME - GENCHI, Septiembre 2011).

66 Ley N° 20.032 de 2005, que Establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME, y su régimen de subvención.

67 Para más información ver: http://www.sename.cl/wsename/otros/Anuario_Estadistico_2014_Ax3.pdf, La cifra de SENAME sobre número de lactantes atendidos es mayor a la de Gendarmería, debido a que la base de estimación es diferente: SENAME incluye los atendidos durante todo el año 2014. Gendarmería incluye la información de mujeres con condena vigente al 30 de junio de 2015.

68 Reporte Integra 2014. p. 79

69 INDH. Estudio de caso: Violencias y Derechos Humanos en La Legua, 2015.

Un problema adicional, relacionado con el alejamiento de los hijos o hijas de sus padres/madres o tutores privados de libertad, es el planteado por algunas internas al INDH en el marco de un estudio de las condiciones carcelarias en Chile (2013)⁷⁰, las que en ocasiones prefieren que sus hijos/as menores no las visiten debido a que no quieren someterlos a las revisiones que realiza Gendarmería, las que pueden ser vejatorias. En este ámbito, además, el INDH “pudo constatar que el traslado a unidades penales lejanas es utilizado por Gendarmería de Chile como una forma de sanción para aquellos/as internos/as más refractarios al régimen (ibidem: 92)”, por períodos que pueden prolongarse por seis meses o hasta por años, vulnerando así varios derechos del interno, incluido el de mantener contacto con su familia. El Informe señala: “En particular, los traslados desde Santiago a los recintos penitenciarios del sur del país, especialmente a aquellos que cuentan con celdas de máxima seguridad, constituyen una práctica bastante frecuente y que trae consecuencias como el alejamiento del interno/a del grupo familiar. Como se desprende de los relatos de los/as internos/as, estos traslados suponen un agravamiento de su condición de reclusión pues dejan de recibir visitas debido al traslado. Lo anterior se observa en las entrevistas a internos/as reclusos/as en el CCP de Puerto Montt”⁷¹.

Una observación general es que con la excepción de los beneficios referidos a lactancia, las normas y prácticas penitenciarias no ofrecen mayores condiciones para desarrollar los vínculos de padres, madres o tutores privados de libertad con los niños o niñas a su cargo. En la reciente revisión realizada al Estado de Chile por el Comité de Derechos del Niño, se preguntó por la forma en que el Poder Judicial considera el interés superior del niño (Art. 3 de la CDN⁷²)

70 INDH, (2013) Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos, pp. 132-133.

71 Ibidem, p. 92.

72 Los incisos 1 y 2 del art. 3 de la CDN señalan: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

al momento de dictar sentencias privativas de libertad, teniendo en cuenta los riesgos que corren los niños y niñas al permanecer en las cárceles, en sus hogares o en la calle sin cuidados parentales, o incluso si son integrados al sistema de SENAME. Además, señaló la importancia de privilegiar penas alternativas en estos casos (incluido el arresto domiciliario) y de brindar posibilidades de generar ingresos dentro de la cárcel, a los fines de cumplir con el pago de obligaciones de alimentos.

En cuanto a los y las jóvenes menores de edad privados de libertad, de acuerdo con información proporcionada por SENAME, al 30 de junio 2015 había 1.482 hombres y 65 mujeres adolescentes (desde 14 a 18 y más años) en los Centros de Internación Provisoria (CIP), Centros Cerrados (CRC) y Centros Semicerrados (CSC) en todo el país. Dentro de este total, se informa que hay 5 adolescentes embarazadas y 13 –25% del grupo– que son madres, en tanto que se registra a 176 hombres (el 12%) como padres. El reglamento de los centros de reclusión de SENAME⁷³ contiene medidas especialmente dirigidas a proteger a las adolescentes embarazadas y madres, y el vínculo con sus hijos o hijas, incluyendo el cuidado profesional de las “necesidades nutricionales, higiénicas y sanitarias específicas” de las adolescentes embarazadas y en período de lactancia (art. 95) así como la atención del parto en un hospital público, incluyendo el traslado y las gestiones necesarias (Art. 96). El artículo 99 indica que “[l]as adolescentes con hijos lactantes serán alojadas en dependencias especiales destinadas al efecto, para facilitar el contacto materno filial”⁷⁴, mientras el artículo 100 permite a los hijos/as permanecer con sus madres o padres (si no hay madre u otro familiar que se haga cargo) hasta la edad de dos años, y compromete el “(...) apoyo de personal especializado a las madres en su relación materno filial”(art. 100). El artículo 103 dispone la existencia de guardería y salas cuna “(...) en cada centro donde haya adolescentes mujeres que convivan con sus hijos”, y el acceso de estos a Jardines de la JUNJI.

73 Reglamento de la Ley 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

74 “Las normas del presente artículo también serán aplicables a los adolescentes varones, cuando tengan el cuidado personal del niño y éste no sea compartido con la madre, y no exista algún adulto que pueda encargarse de su cuidado” (Art 99).

A pesar de haberla solicitado, el INDH no cuenta con información que permita evaluar estas condiciones. SENAME informa que "no existe registro de número de niñas y adolescentes mujeres que tienen hijos/as lactantes residiendo con ellas al interior de los centros, ni tampoco del número de niñas y adolescentes que dieron a luz"⁷⁵. La ausencia de registro de datos tan relevantes pone una luz roja respecto

del debido resguardo de los derechos de la madre y el niño o niña recién nacido en el sistema de SENAME, organismo que tiene como misión la protección de los mismos. Es imprescindible contar con información pública completa, veraz y oportuna para evaluar la garantía de derechos de la madre privada de libertad y su hijo o hija, mientras permanecen reclusos.

75 Oficio N° 1795 de fecha 2.10.15.

