



Salud, aborto en tres causales, objeción de conciencia, protocolo

| | |
|-------------------------------------|--------------------------------------|
| NÚMERO DICTAMEN 011781N18 | FECHA DOCUMENTO 09-05-2018 |
| NUEVO: SI | REACTIVADO: NO |
| RECONSIDERADO: NO | RECONSIDERADO PARCIAL: NO |
| ACLARADO: NO | ALTERADO: NO |
| APLICADO: NO | CONFIRMADO: NO |
| COMPLEMENTADO: NO | CARÁCTER: NNN |

DICTAMENES RELACIONADOS

Aplica dictámenes 97773/2014, 44822/2011

| Acción_ | Dictamen | Año | Enlace documento | al |
|---------|----------|------|-----------------------|----|
| Aplica | 97773 | 2014 | Abrir | |
| Aplica | 44822 | 2011 | Abrir | |

FUENTES LEGALES

Ley 21030, CSA art/119 ter, DFL 1/2005 salud art/4 num/14, POL art/32 num/6, POL art/35,

DFL 36/80 salud art/1, POL art/19 num/9 inc/2, POL art/19 num/9 inc/4, DFL 1/2005 salud art/1,

DFL 36/80 salud art/2, DFL 36/80 salud art/13, CSA art/119 num/1

MATERIA

No se ajusta a derecho el protocolo aprobado por la resolución exenta N° 432, de 2018, del Ministerio de Salud, por las razones que se indican.

DOCUMENTO COMPLETO

Se han dirigido a esta Contraloría General, a través de diversas presentaciones, los senadores señoras Isabel Allende Bussi, Adriana Muñoz D'Albora y Ximena Órdenes Neira, y los señores Álvaro Elizalde Soto, Alfonso De Urresti Longton, Juan Pablo Letelier Morel, Carlos Montes Cisternas, Rabindranath Quinteros Lara, José Miguel Insulza Salinas, Pedro Araya Guerrero, Felipe Harboe Bascuñán, Jaime Quintana Leal, Guido Girardi Lavín, Ricardo Lagos Weber, los diputados señoras Karol Cariola Oliva -conjuntamente con otros diputados y personas que suscriben-, Marisela Santibáñez Novoa, Cristina Girardi Lavín y Carolina Marzán Pinto, y los señores Ricardo Celis Araya y Rodrigo González Torres; don Eduardo Álvarez Reyes; doña Claudia Dides Castillo, a nombre de la Corporación Miles; doña María Carolina Carrera Ferrer, a nombre del Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, Corporación Humanas; y doña Magaly Paredes Cárdenas, a nombre de la Federación Nacional de Profesionales Universitarios de los Servicios de Salud, solicitando un pronunciamiento acerca de la legalidad de la resolución exenta N° 432, de 2018, del Ministerio de Salud, que Aprueba Protocolo para la Manifestación de Objeción de Conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario y deja sin efecto la resolución exenta N° 61, del mismo año y origen, que contenía el anterior protocolo sobre la materia.

Ello, toda vez que estiman que la autoridad administrativa incurrió en una serie de irregularidades en su dictación, que se detallan en sus correspondientes presentaciones.

Requerida la Subsecretaría de Salud Pública, ésta emitió el correspondiente informe sobre la materia -con fecha 30 de abril del año en curso-, indicando, en lo sustancial, que la existencia de convenios suscritos en el marco del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud, no puede constituir un impedimento para que las instituciones de salud privadas manifiesten su objeción de conciencia a la luz de lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario. Añade que la dictación del protocolo en cuestión obedece a un mandato expreso del legislador.

Como cuestión previa, cabe indicar que con fecha 23 de septiembre de 2017 se publicó la ley N° 21.030, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

El artículo 1 de dicha ley modificó el Código Sanitario, incorporando el artículo 119 ter, cuyo tenor señala "El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso primero del artículo 119 podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. De este mismo derecho gozará el resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención".

Agrega el mismo precepto que “El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia. Dichos protocolos deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo en conformidad con los artículos anteriores. La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución”.

En cumplimiento de lo dispuesto en dicha norma, el Ministerio de Salud dictó, con fecha 22 de enero del presente año, la resolución exenta N° 61, que aprobó el “Protocolo para la Manifestación de Objeción de Conciencia Personal y para la Objeción de Conciencia Invocada por Instituciones en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario”.

Luego, mediante la resolución exenta N° 432, de fecha 22 de marzo de 2018, esa secretaría de Estado dejó sin efecto su homónima N° 61, del mismo año, y aprobó un nuevo protocolo sobre el particular, alterando algunos de los aspectos regulados por su antecesor.

I.- Naturaleza jurídica del protocolo de objeción de conciencia.

En primer lugar, cabe recordar que el mencionado artículo 119 ter del Código Sanitario ha encargado al Ministerio de Salud la elaboración de los “protocolos” necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia, los que deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo, de acuerdo a la ley.

Se debe tener presente que según lo dispuesto en el artículo 4°, N° 14, del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, se comprende entre las funciones de esta secretaría de Estado, establecer, mediante resolución, protocolos de atención en salud, entendiéndose por tales las “instrucciones sobre manejo operativo de problemas de salud determinados. Estos serán de carácter referencial, y sólo serán obligatorios, para el sector público y privado, en caso de que exista una causa sanitaria que lo amerite, lo que deberá constar en una resolución del Ministerio de Salud”.

En conformidad con lo anterior, cabe afirmar que lo que ordenó el legislador a la autoridad administrativa en el referido artículo 119 ter, fue establecer instrucciones operativas para hacer efectiva la objeción de conciencia.

Sin embargo, como se puede advertir del protocolo aprobado por la resolución exenta N° 432, de 2018, este instrumento, además de contemplar instrucciones para operativizar la objeción de conciencia -entre ellos los documentos y medios a través de los cuales se deberá manifestar-, regula ciertos aspectos no desarrollados por la ley. Lo mismo se observa respecto del protocolo anterior.

En efecto, en el protocolo impugnado -del mismo modo que en su antecesor- se establecen normas sobre obligaciones de los establecimientos de salud y requisitos que se deben cumplir para adquirir la calidad de objetor de conciencia y para efectuar la correspondiente manifestación, tanto aquella personal como institucional, además se regulan sus efectos, su eventual revocación, los derechos de las pacientes, y se establecen prohibiciones, entre otros aspectos que exceden las instrucciones sobre manejo operativo, a que se refiere el citado artículo 4°, N° 14.

A este respecto, cabe precisar que en conformidad con lo dispuesto en el artículo 32, N° 6, de la Constitución Política, las normas de carácter general y abstracto que tienen por objeto complementar y desarrollar la regulación legal, han de ser dictadas por el Presidente de la República, en ejercicio de su potestad reglamentaria de ejecución (aplica dictamen N° 97.773, de 2014).

Teniendo presente las anteriores consideraciones, es posible colegir que la anotada resolución exenta N° 432, de 2018 -así como aconteció también con la citada resolución exenta N° 61, de ese año-, no se ajusta a derecho, pues además de aprobar meras instrucciones operativas, aprueba un instrumento que reviste las características propias de un reglamento, sin cumplir con las formalidades del artículo 35 de la Constitución Política y sin haber sido remitido a esta Contraloría General para su control preventivo de legalidad.

II.- Objeción de conciencia de las instituciones que cuenten con convenios celebrados al amparo del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud.

Sobre este punto cabe precisar, como primera cuestión, que el derecho a la protección de la salud se encuentra garantizado por la Constitución Política en su artículo 19, N° 9.

El inciso segundo de dicha norma indica que “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud”. En la misma línea, su inciso cuarto prevé, en lo pertinente, que “Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley”.

Luego, el artículo 1° del citado decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, dispone que compete al Ministerio de Salud ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones.

En conformidad con lo anterior, los establecimientos públicos de salud no pueden invocar la objeción de conciencia, pues se encuentran en el imperativo de cumplir la

obligación del Estado de otorgar las acciones de salud definidas por el legislador. En consecuencia, sólo las entidades privadas pueden invocar la objeción de conciencia institucional, como por lo demás lo reconoce el protocolo cuya legalidad se examina.

A su vez, es necesario tener presente que el citado decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, según su artículo 1°, regula los convenios que celebren los Servicios de Salud creados por el capítulo II del decreto ley N° 2.763, con universidades, organismos, sindicatos, asociaciones patronales o de trabajadores y, en general, con toda clase de personas naturales o jurídicas, a fin de que éstas tomen a su cargo por cuenta de aquellos servicios, algunas de las acciones de salud que les corresponde ejecutar.

El artículo 2° de ese decreto con fuerza de ley dispone que “Los convenios regidos por este decreto serán aquellos en cuya virtud un organismo, entidad o persona distinta del Servicio de Salud sustituye a éste en la ejecución de una o más acciones de fomento, protección y recuperación de la salud o de rehabilitación de enfermos, sea por delegación, mandato u otra forma que les permita actuar y administrar por cuenta del Servicio para atender a cualquiera de los beneficiarios de éste”.

Como se puede advertir, cuando una entidad suscribe un convenio al amparo del citado decreto con fuerza de ley con los mencionados Servicios de Salud, aquélla toma el lugar del respectivo servicio para los efectos de otorgar las prestaciones de salud convenidas, es decir, al ejecutar la acción de salud de que se trate, la entidad contratante se encontrará desarrollando una función pública.

Reafirma lo expresado el artículo 13 del mismo texto legal, al señalar que los “organismos, entidades o personas que celebren los convenios regidos por las disposiciones del presente decreto, quedarán adscritos al Sistema Nacional de Servicios de Salud, y se sujetarán en su cumplimiento a las normas, planes y programas que haya impartido o pueda aprobar en la materia el Ministerio de Salud, en uso de sus facultades legales”.

En este sentido, la jurisprudencia administrativa de este Organismo de Control ha sostenido a través del dictamen N° 44.822, de 2011, que las redes asistenciales están constituidas, entre otros, por aquellos establecimientos públicos o privados que celebren convenios con el Servicio de Salud respectivo, y que el decreto con fuerza de ley en comento autoriza y regula precisamente el traspaso de funciones públicas propias de los Servicios de Salud a otras entidades públicas o privadas.

Pues bien, considerando, por una parte, que las entidades que celebran convenios en el marco del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, sustituyen a los Servicios de Salud en la ejecución de las respectivas acciones de salud, cumpliendo una función pública con recursos del mismo carácter y, por otra, que el Estado se encuentra en el deber de garantizar la ejecución de las acciones de salud, sólo cabe concluir que

las mencionadas entidades contratantes, en el cumplimiento del respectivo convenio, no pueden adoptar una posición que les impida realizar las prestaciones de salud a que se encuentra obligado el Estado.

De esta forma, al haber suscrito una institución privada un convenio regido por el citado decreto con fuerza de ley, para la ejecución de acciones de salud que eventualmente la sitúen en el deber de interrumpir un embarazo por alguna de las causales del artículo 119 del Código Sanitario, aquélla no puede acogerse a la objeción de conciencia institucional en tanto se encuentre vigente la respectiva convención, pues si bien se trata de una entidad de carácter privado, tiene el deber de dar cumplimiento a una función pública -a la que voluntariamente se ha comprometido- y para cuyos efectos le han sido entregados recursos públicos.

Una conclusión contraria implicaría que el Estado dejaría de garantizar el otorgamiento de las prestaciones de salud -incidiendo ello en el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud- y, en definitiva, se configuraría una infracción al artículo 19, N° 9, de la Constitución Política.

Finalmente, en cuanto a lo señalado por el Ministerio de Salud en su informe, en orden a que las instituciones de salud privadas que han suscrito los convenios de que se trata sólo tienen una sujeción técnica respecto de esa secretaría del Estado, aplicándoseles una normativa distinta de aquella que rige a los organismos de la Administración del Estado, citando al efecto el dictamen N° 71.906, de 2012, de este origen, cumple precisar que ese pronunciamiento se refiere a una situación distinta.

En efecto, dicho dictamen se limita a establecer que las trabajadoras de una institución privada que mantiene un convenio regido por el referido decreto con fuerza de ley no tienen la calidad de funcionarias públicas que les permita acceder al beneficio estatutario que indica en las condiciones que señala. Sin perjuicio de ello, reafirma que tales entidades privadas sustituyen a los Servicios de Salud en la ejecución de una o más acciones de fomento, recuperación o protección de la salud, conforme al tenor del artículo 2° de ese texto legal.

En mérito de lo expuesto, y atendido que por aplicación del aludido decreto con fuerza de ley las instituciones privadas se encuentran impedidas de acogerse a la objeción de conciencia institucional, no puede una regulación de rango inferior contrariar dicho cuerpo normativo.

III.- Excepcionalidad de la objeción de conciencia.

La objeción de conciencia constituye una figura jurídica de carácter excepcional, tanto a nivel nacional como en el derecho comparado, puesto que se trata de un

mecanismo establecido para justificar que determinadas personas puedan dejar de cumplir una obligación legal.

Siendo así, la regulación de la objeción de conciencia debe respetar, en todo caso, dicha excepcionalidad, de manera que -salvo que el legislador disponga expresamente lo contrario- la autoridad administrativa no puede dispensar del cumplimiento de requisitos, condiciones, o establecer presunciones o cualquier elemento que signifique alterar ese carácter de excepción.

Tal carácter se confirma del tenor del inciso tercero del citado artículo 119 ter, el cual contempla una contraexcepción a la objeción de conciencia, señalando que quien la haya manifestado no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención, en el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del N° 1 del inciso primero del artículo 119 del Código Sanitario.

En este orden de ideas, y no obstante que el protocolo contenido en la aludida resolución exenta N° 432, de 2018, no se ajusta a derecho por las razones antes anotadas, es pertinente señalar que, además, éste contiene algunos elementos que desatienden la condición de excepcionalidad de la objeción de conciencia, como es el caso del establecimiento de presunciones ante la falta de manifestación de voluntad expresa por parte del objetor o ante la ausencia de una formalidad en el procedimiento correspondiente, que no tienen fundamento legal, lo que tampoco resulta procedente.

En consecuencia, atendido lo expuesto, la autoridad administrativa deberá adoptar las medidas necesarias a fin de dejar sin efecto la citada resolución exenta N° 432, de 2018, por ser contraria a derecho.

Saluda atentamente a Ud.,

Jorge Bermúdez Soto
Contralor General de la República

**POREL CUIDADO Y BUEN USO
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS**