

Téngase presente

Excmo. Tribunal Constitucional

CLAUDIA PASCUAL GRAU, chilena, antropóloga, Ex Ministra del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, GABRIEL DE LA FUENTE ACUÑA, chileno, egresado de derecho, Ex Ministro Secretario General de la Presidencia y CARMEN CASTILLO TAUCHER, chilena, médico cirujano, Ex Ministra de Salud, en los autos acumulados Roles 5572-18 CDS/5650-18 CDS, solicitan a S.S. Excma., tenga presente las siguientes consideraciones.

Como es de su conocimiento, un grupo de Senadores por una parte, y un grupo de Diputados, por otra, ambos grupos pertenecientes a la coalición del Gobierno, presentaron sendos recursos en contra del *Decreto Supremo No 67 del Ministerio de Salud, de fecha 23 de octubre de 2018, el cual Aprueba Reglamento para ejercer Objeción de Conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 Ter del Código Sanitario.*

El objetivo del presente escrito es entregar algunas razones para ilustrar a S.S.Excma. para, en definitiva, rechazar tales requerimientos. Ésta presentación se organiza en seis secciones. Primero, se resumen los alegatos de los requirentes. Luego, se entrega una noción previa que informa todo este escrito, a saber, la defensa de los derechos de las mujeres y niñas. A continuación se contestan todas las alegaciones de fondo efectuadas por los requirentes, a saber, la supuesta infracción a derechos constitucionales y a la reserva legal.

I. La impugnación

Los requerimientos impugnan la constitucionalidad del artículo 13 N° 2 del Decreto Supremo N° 67 (en lo que sigue, “Decreto” o “Decreto Supremo”), en virtud del cual se prohíbe ser objetores de conciencia a todos los establecimientos privados de salud que hayan suscrito convenios regidos por las disposiciones del Decreto con Fuerza de Ley N° 36 de 1980 (en adelante “DFL”) cuando contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón. Sostienen los requirentes que esta disposición viola la autonomía de los cuerpos intermedios, la libertad de conciencia, la igualdad ante la ley, el acceso a la salud y el deber de reserva legal.

En cuanto a la autonomía de los cuerpos intermedios, sostienen los requirentes que los establecimientos privados de salud sólo colaboran con el Estado, no lo sustituyen en sus funciones, por lo que no se altera su naturaleza jurídica y no corresponde limitar un derecho fundamental a un

establecimiento que haya celebrado convenios en virtud del DFL N° 36 de 1980. Prohibirle a estos establecimientos el ejercicio de la objeción de conciencia que el mismo Tribunal Constitucional ha autorizado sería vulnerar un derecho fundamental de tales establecimientos. A mayor abundamiento, los requirentes indican que el Decreto impugnado afectaría el “núcleo esencial del Derecho a la Objeción de Conciencia Institucional”, pues la ejecución de prestaciones “relativas al aborto” atentaría directamente contra el ideario de las instituciones.

Tras la vulneración a este derecho, señalan los recurrentes, habría una identificación de lo público con lo estatal que no constituye una correcta interpretación de la Constitución. Por otra parte, al vulnerarse la autonomía de los cuerpos intermedios se vulneraría, también, el respeto a las personas jurídicas.

Por otra parte, agrega el requerimiento, el Decreto impugnado vulneraría el deber de reserva legal, toda vez que se está afectando el contenido de un derecho esencial por medio de un instrumento de jerarquía inferior a la ley, ya que sólo el constituyente o el legislador podrían imponer límites a los derechos fundamentales. En ese sentido, el Decreto llevaría a cabo una tarea que sólo puede acometer la ley.

El Decreto impugnado modificaría la naturaleza jurídica del DFL N° 36, transformándolo en un “contrato de adhesión”, ya que privaría a los establecimientos privados de salud de celebrar el convenio limitándose a la ejecución de determinadas prestaciones.

Se vulneran también, arguyen los requirentes, el derecho a la igualdad de oportunidades y a la igualdad ante la ley de las instituciones privadas de salud, pues la prohibición de ejercer el derecho a la objeción de conciencia por el solo hecho de haber celebrado un convenio según las disposiciones del DFL N° 36 no supera el test de razonabilidad establecido por el mismo TC, toda vez que la diferenciación establecida se basa únicamente en las convicciones o idearios de las instituciones privadas de salud.

Adicionalmente, el Decreto carecería de un adecuado juicio de proporcionalidad que pudiera fundamentar la restricción de derechos fundamentales. Tal juicio sería fundamental para poder limitar un derecho fundamental.

II. Una cuestión previa: los derechos de la mujer frente al Estado

1. Derechos contenidos en la sentencia STC 3729-2017.

El Tribunal Constitucional en su fallo STC 3729-2017 señaló los elementos que guiaron su razonamiento. Éstos son a) una sociedad pluralista, que “impide que se pueda imponer un modelo determinado de pensamiento, de moral, propio de una o más organizaciones, de una o más personas, al resto de la sociedad”; b) el derecho penal como última ratio, es decir, “el legislador, encargado de establecer la sanción penal, puede ponderar la existencia de otros mecanismos regulatorios. Por eso, las leyes penales se aprueban, modifican o derogan, pues el legislador realiza este juicio de cómo se adecua mejor el derecho penal a la realidad que pretende regular, construir o mejorar”; c) los derechos de los pacientes, cuestión que “se expresa en que toda persona tiene ahora el derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su salud”; y d) los derechos de la mujer como persona.

En relación a los derechos de la mujer, el referido fallo realizó un reconocimiento expreso de éstos, declarando que las mujeres son personas y, por ende, titulares de derechos. Así, el considerando 35° declara:

“Que la mujer es persona; como tal sujeto de derecho. Por lo mismo, tiene derechos y puede adquirir obligaciones. Entre los primeros, puede hacer valer en su favor: su libertad e igualdad (artículo 1° inciso primero, 19 N° 2), su condición de igual ante la ley con el hombre (artículo 19 N° 2), su derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (artículo 19 N° 1), su derecho a la salud (artículo 19 N° 9), su derecho a la privacidad (artículo 19 N° 4), su derecho a la mayor realización espiritual y material posible (artículo 1°). La mujer es, en el lenguaje de la Constitución, una persona humana;”.

El fallo también reconoce que nuestro ordenamiento jurídico ha profundizado y desarrollado los derechos de la mujer, generando una institucionalidad destinada a promover la equidad de género y la igualdad de derechos, y procurar la eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres. Con ello destaca, además, la coherencia de tal reconocimiento de derechos con la consagración de medidas de acción afirmativa en favor de las mujeres.

Así, el fallo destaca los cambios constitucionales y legales más relevantes en materia de derechos de las mujeres como avances sustantivos en aras de la igualdad. Entre éstos menciona, en materia constitucional, el establecimiento de que hombres y mujeres nacen libres e iguales en dignidad y derechos (Ley de reforma constitucional N°19.611/1999); en materias civiles, la ley que estableció nuevos regímenes patrimoniales en el matrimonio (Ley N° 19.335/1994), la nueva ley de filiación (Ley N° 19.585/1998) y la ley de violencia intrafamiliar (Ley N°20.480/2010); en el ámbito laboral, la no discriminación en la postulación a empleos (Ley N° 19.739/2001), la ley que prohíbe el acoso sexual (Ley N° 20.005/2005), la ley de igualdad remuneratoria entre hombres y mujeres (Ley N° 20.348/2009); mientras que en lo que se refiere a la seguridad social, el derecho de la madre para amamantar a su hijo (Ley N° 20.166/2007 y 20.367/2008), el bono por hijo para efectos jubilatorios (Ley N°20.255/2008) y el post natal parental (Ley N° 20.545/2011).

Sumado a estas consideraciones, el fallo destaca la promulgación de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (D.S. N° 789, Relaciones Exteriores, 1989) y la promulgación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres (D.S. N° 1.640/1998). Ambos instrumentos internacionales van en el mismo sentido que los cambios legales y constitucionales referidos, reiterando que la mujer tiene ciertos derechos –como libertad y privacidad, “los que puede gozar, ejercer y demandar protección a plenitud”–, al tiempo que avanzan en el reconocimiento de otros nuevos derechos que profundizan los primeros. Así, por ejemplo, se consagra el derecho a la protección efectiva contra todo acto de discriminación, el derecho a ser educada libre de patrones estereotipados, el derecho a una vida libre de violencia, entre otros. Entre los nuevos énfasis, como los califica el Tribunal Constitucional, se destacan también aspectos relacionados con la maternidad. De esta forma, el fallo declara que “[...] la madre no puede ser considerada como un instrumento utilitario de protección del no nacido. El legislador, precisamente y por ese deber primario, no puede ir contra la mujer imponiendo su voluntad e incluso poniendo en peligro su vida o imponiéndole deberes más allá de lo que a cualquier persona se le exige. La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada. No puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer”.

Siendo así, es en el marco del derecho internacional de los derechos humanos que el Tribunal Constitucional reconoce aspectos vinculados a la maternidad, debiendo por tanto interpretarse estas cuestiones de conformidad a los tratados internacionales. De esta forma, el Tribunal concluye que “el embarazo es un estado temporal, propio de la mujer, normalmente voluntario, personalísimo, que

compromete el cuerpo de la mujer. El embarazo compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas”.

De este modo, el Tribunal ya ha fijado un precedente: en materia de regulación legal del aborto, los derechos de las mujeres tienen un rol central. Si ahora decide apartarse de ese precedente, tendrá que justificarlo.

2. Importancia del acceso efectivo a la prestación sanitaria.

La Ley N° 21.030 que Regula la Despenalización de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Tres Causales, se hace cargo de tres situaciones dramáticas relacionadas con el embarazo. La complejidad y naturaleza misma de cada una de estas causales, y la necesidad de supervisión médica especializada de la mujer antes y después de la interrupción del embarazo requiere, indefectiblemente, que dichos procedimientos sean realizados en establecimientos de salud mediante prestaciones sanitarias. Para que dicho acceso sea posible, es necesario que no existan barreras artificiales de acceso que busquen inhibir o limitar a las mujeres de ejercer sus derechos. La garantía de interrupción voluntaria establecida en la Ley N° 21.030 sólo podrá ser efectiva en la medida en que pueda ser ejercida libremente por aquellas mujeres que se encuentren en alguna de las causales establecidas en la ley. Y dicho ejercicio requiere de un establecimiento de salud que brinde eficiente y efectivamente la prestación requerida en tiempo y forma.

Tal como ya lo señalaba con fecha 31 de enero de 2015, el Mensaje N° 1230-362 que dio origen a la ley N° 21.030, el rol de las instituciones prestadores de salud es crucial para la materialización de los derechos garantizados por el Estado en materia de interrupción del embarazo. Sin la colaboración de los prestadores de salud, la ley N° 21.030 no es posible de ser ejecutada a cabalidad, convirtiendo sus garantías en letra muerta. Ello implicaría retrotraer los significativos avances que este proyecto, aprobado con amplio y transversal apoyo, ha entregado a las mujeres de nuestro país. Como veremos a continuación, dicha relevancia se expresa en diversos ámbitos. En primer lugar, los prestadores de salud son claves en la provisión de las prestaciones necesarias para hacer efectiva la garantía de interrupción del embarazo en aquellos casos en que la mujer se encuentre en riesgo vital; cuando el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética letal e incompatible con la vida extrauterina independiente, y o cuando el embarazo sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce o catorce semanas de gestación dependiendo de la edad de la mujer.

En la Ley N° 21.030 el legislador no buscó solamente despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo en estas tres causales, sino también proveer la prestación de dicha interrupción del embarazo. En el espíritu de la ley estuvo la constatación de que la prohibición absoluta, la criminalización y la invisibilización de toda forma de interrupción del embarazo, no han impedido su práctica en nuestro país ni en el resto del mundo. Por el contrario, ello solo ha propiciado la realización de interrupciones en condiciones de riesgo para la vida y la salud de las mujeres, con la correlativa vulneración de sus derechos a la vida, integridad física y psíquica y salud. El legislador también buscó proveer acceso a las prestaciones de salud necesarias que permitan realizar dichas interrupciones en condiciones que respeten la dignidad y derechos de esas mujeres. Así, en la ley N° 21.030, el Estado se compromete a garantizar, a través de su red de salud pública, el acceso efectivo a las tres causales. Asimismo, los prestadores de salud, en tanto colaboradores del Estado tienen la obligación de otorgar información veraz sobre las características de la prestación médica para permitir que las mujeres cuenten con la información sanitaria para tomar conscientemente la decisión de interrumpir su embarazo. Conjuntamente, la ley establece la obligación de entregar información verbal y escrita sobre las alternativas a la interrupción del embarazo como programas de apoyo social, económico y de adopción disponibles.

Esto no es menor, pues los bienes que están en juego son de la mayor importancia. Si una mujer o niña no accede a la interrupción voluntaria del embarazo en forma oportuna y correcta estando en peligro de vida, se la expone a la muerte. Si una mujer o niña, que tiene la certeza de que su embarazo no llegará a término no puede ejercer su opción de interrumpir su embarazo, perderá la posibilidad de elegir de qué forma vive el duelo profundo que tiene aparejada la inviabilidad fetal de carácter letal. Si una mujer o niña que está embarazada producto de una violación no puede elegir si interrumpe o no su embarazo, entonces, nuevamente su voluntad será ignorada y la fuerza se impondrá, otra vez. Y lo común, para todas, es que el Estado habrá fallado en garantizar lo que, por ley, les es derecho: la posibilidad de elegir qué hacer, no en la teoría, sino en la práctica. Ergo, el acceso a una prestación sanitaria es fundamental y su importancia no debe ser soslayada.

Dicho acceso, es tan relevante que incluso en aquellos casos en que un determinado profesional ejerza su legítimo derecho a la objeción de conciencia, existe la obligación de derivar a la mujer a un profesional que no esté afectado por dicha objeción. Esta tarea no puede ser desatendida bajo ningún pretexto y debe ser conciliada de forma armónica con la objeción de conciencia, de forma tal de que ésta no lo inhiba de cumplir su función pública como se verá en la sección siguiente. Debido a lo anterior, es fundamental que la legítima institución de la objeción de conciencia no sea desvirtuada y utilizada como forma de prevenir que las mujeres puedan ejercer efectivamente su autonomía. Por tanto, resulta

indispensable que S.S.Exmas., tengan presente que el efectivo acceso al derecho a la salud, especialmente a la salud pública, constituye una materia de primerísima importancia, la cual no debe ser soslayada y requiere de la colaboración de todos aquellos prestadores que forman parte de la red de salud pública.

3. Restricción de los derechos debe realizarse de forma ponderada y resguardando la debida proporcionalidad.

En una sociedad democrática, donde conviven distintas visiones sobre lo moralmente bueno, los derechos fundamentales de todos deben convivir y para estos efectos, admiten restricciones. Tal es la situación tratándose de los derechos de las mujeres a la interrupción de sus embarazos en las tres causales y la existencia de la objeción de conciencia de las personas a las que la ley reconoce tal prerrogativa y de aquellas instituciones a las que también les es extensible.

No obstante, este ejercicio de ponderación debe considerar el grado de afectación a los derechos, así como la idoneidad de las medidas que se adopten.

Las mujeres que se encuentren en alguna de las tres causales deben tener la certeza absoluta de que el sistema público de salud les permita ejercer sus derechos. Lo anterior, pues no cuentan con esa garantía en el sector privado de salud. Luego, es en el ámbito público donde debe existir especial énfasis en el acceso efectivo a las prestaciones sanitarias sin las cuales los derechos de las mujeres son irrealizables.

Sin el acceso en el sector público a la prestación sanitaria efectiva no hay derecho a la salud y no hay cumplimiento de la ley N° 21.030. Si se permite que la objeción de conciencia de una institución privada que subroga al Estado en el cumplimiento de la función pública de acceso a la salud se abstenga de respetar los derechos de las mujeres que están en las tres causales, ellas, de *facto*, no tendrán derechos. Será el Estado el que les habrá fallado, pues habrá hecho primar el que una organización privada investida de una función estatal, les niegue su derecho por el peso de las convicciones de una persona jurídica. Y no cualquier derecho, las habrá privado de su derecho a la vida, la integridad física y psíquica, la intimidad, y la libertad de conciencia. Sus voces y autonomía cederá completamente frente al ideario, a la libertad de conciencia de una persona jurídica.

Contrariamente, una institución objetora podrá contratar con el Estado en cualquier otro tipo de prestaciones sanitarias. Parece del todo razonable que, si quiere omitirse del cumplimiento de la ley N°

21.030, no busque cumplir con la función pública de otorgar prestaciones gineco-obstétricas en función del Decreto con Fuerza de Ley N° 36.

Luego, los costos que tiene para las mujeres el que se permita que un privado que subroga al Estado en prestaciones de salud ejerza la objeción de conciencia institucional son, indiscutiblemente, altísimos, vitales. Mientras, que para una institución privada objetora, tales costos, incluso si los hubiere, son menores, pues tanto como prestador privado de salud o como público subrogado en prestaciones que no sean gineco-obstétricas, continuará vigente su ideario institucional y su libertad de asociación. Esto dista de ser la realidad para las mujeres que simplemente no tengan acceso a la salud, sin que exista proporcionalidad en uno y otro caso.

III. El decreto no infringe la libertad de conciencia: excepcionalidad de la objeción de conciencia

En su origen, la objeción de conciencia nace como una respuesta al servicio militar obligatorio en aquellos casos, esta fue invocada aquellos individuos que, por motivos de libertad de pensamiento, conciencia o religión, reclamaron el derecho a negarse a realizar el servicio militar. Su alcance, por ende, era restringido y principalmente relacionado a momentos de enrolamiento forzado en el contexto de conflictos armados o guerra. Su uso, también era restringido sólo a aquellos ordenamientos comparados que la contemplan en su legislación vigente. Con el paso del tiempo, y en la medida que el derecho se ha ido complejizando y regulando materias íntimamente relacionadas con las creencias personales, la figura de la objeción de conciencia ha ampliado su ámbito de aplicación. Esa figura normativa ha sido utilizada por individuos para abstenerse de realizar determinadas actividades que consideran reñidas con sus creencias personales. Entre dichas actividades se cuentan tratamientos médicos como la interrupción voluntaria del embarazo o la eutanasia, pero también la celebración y emisión de certificados de matrimonio a parejas del mismo sexo.

La libertad de conciencia, libertad de pensamiento, libertad intelectual o libertad de creencia, como su Señoría Excelentísima bien conoce, ha sido definida como aquella capacidad de cada individuo de, en su propia conciencia, adoptar cualquier pensamiento, creencia o conjunto de valores. En ese sentido, ha sido históricamente vinculado a disputa por la libertad religiosa o de culto, y la libertad de opinión o de prensa. Asimismo, es comúnmente considerado dentro de los principales derechos civiles y políticos de los ciudadanos y como parte de los derechos humanos de primera generación. Bajo distintas

denominaciones, este derecho es reconocido en tratados internacionales y en las constituciones políticas de diversas naciones alrededor del mundo. Por ejemplo, este derecho es recogido en el artículo 10 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) que reza “[n]ingún hombre debe ser molestado por razón de sus opiniones, ni aún por sus ideas religiosas, siempre que al manifestarlas no se causen trastornos del orden público establecido por la ley”. Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) proclama en su artículo 18 que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos contempla en su artículo 12 que toda persona tiene derecho a “la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual y colectivamente, tanto en público como en privado”. Finalmente, la Constitución chilena en su artículo 19 N° 6, asegura nuevamente a las personas “[l]a libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”.

La ampliación de la objeción de conciencia desde una objeción circunscrita al servicio militar forzado a otras actividades ha sido ampliamente debatida a nivel internacional. No obstante lo anterior, su naturaleza jurídica sigue siendo clara. La objeción de conciencia constituye una excepción personalísima, propia del ámbito de los derechos de las personas naturales, que no puede constituir la regla general. Es el agravio a las convicciones más profundas de una persona lo que la habilita para exceptuarse de su deber antes la ley. En otras palabras, sólo quienes tengan las más profundas creencias sobre una temática, a quienes el cumplimiento de la norma les provoque un daño moral y psíquico tan profundo que sea a todas luces desproporcionado someterlos a tal agravio son titulares de esta excepción. En tanto la regla general es que todos y todas estamos obligados a cumplir la ley, aquello que nos faculta a no cumplir la ley sin tener por ello una sanción, es precisamente una excepción. Luego, debido a su carácter excepcional la objeción de conciencia debe ser siempre rigurosamente invocada con carácter personal e individual. El permitir a empresas, instituciones o corporaciones invocar la objeción de conciencia conlleva a un error de interpretación constitucional: las personas jurídicas no tienen conciencia, ni libertad de ella.

Habiendo descartado que la objeción de conciencia institucional pueda fundarse en la libertad de conciencia individual, hay quienes han señalado que esta se funda en la libertad de asociación de los individuos que las conforman. En este contexto, la libertad de asociación o derecho de asociación es aquel

derecho que faculta a las personas a unirse en grupos, asociaciones u organizaciones, siempre y cuando sea con objetivos lícitos. Asimismo, la libertad de asociación les faculta para retirarse de ellas. Ello supone considerar que las personas se asocian y comparten en un grupo intermedio como puede ser una persona jurídica debido a una profunda creencia compartida y que, por ende, esa persona jurídica tendría un ideario propio. Esta argumentación presume para arribar a esa conclusión ciertas premisas que no son reales. La primera es que las personas jurídicas siempre se componen de personas con el mismo ideario, si bien el afecto societatis es parte de la decisión de crear una empresa, lo cierto es que la mayoría de las personas jurídicas con fines de lucro tienen como ideal la creación de riquezas, no un compás moral inalterable. En segundo lugar, y suponiendo que una persona jurídica fue creada con un ideario compartido y profundo, quienes ingresaron posteriormente a ese grupo intermedio podrían no compartir ese ideario, es decir, el derecho a la “conciencia” de una empresa podría vulnerar, restringir o limitar, el derecho a la conciencia de una persona. En tercer lugar, esta ficción implica invisibilizar que al menos en la mayoría de los casos existe, entre las instituciones prestadoras de salud y los profesionales de salud, una relación laboral que si bien es insumada por la concurrente voluntad de ambas partes contiene, como toda relación de trabajo, una intrínseca relación jerarquía y subordinación. Si las instituciones ejercen objeciones a partir de su ideario y derecho de asociación, tal ideario puede imponer conductas que supongan la afectación de las conciencias de las personas reales dentro de su institución. No parecería razonable que conciencia de una institución forzaría, por ejemplo, un médico o médica a ir en contra de su conciencia y negarle a una paciente un tratamiento médico. Así, también debe descartarse que sea posible fundar en la libertad de asociación un derecho de las personalidades jurídicas a ejercer la objeción de conciencia. Ello pues, ni la conciencia es un atributo de las personas jurídicas, ni la libertad de asociación se funda en pensamientos, valores, o creencias de suficiente envergadura como para excepcionar a todos quienes componen una determinada persona jurídica del cumplimiento de la ley.

Con estas prevenciones en mente, cualquier interpretación que se realice acerca del contenido y alcance de la objeción de conciencia debe ser restrictiva y prudente, además de tener a la vista las implicancias que genera dotar de un permiso a una persona jurídica de la dispensa del cumplimiento de la ley. Sin vacilaciones, no resulta pertinente realizar una exégesis expansiva de un instituto legal que, *per se*, es uno de excepción.

IV. El decreto no infringe el derecho a la salud

En las presentaciones que han dado lugar a estos autos, los requirentes han pretendido configurar una supuesta vulneración al derecho a la protección de la salud. Sin embargo, en el caso del libelo presentado por los H. Senadores al comienzo del escrito mencionan la vulneración a la garantía constitucional del acceso a la salud, pero posteriormente no se encuentra razonamiento alguno que permita hacer una asociación con el derecho a la protección de la salud, sino más bien se amparan en una supuesta vulneración a la igualdad constitucional. Por su parte, los H. Diputados sostienen que se estaría “forzando” a los cuerpos sociales intermedios a no participar en la protección de la salud de las personas.

Sin embargo, lo efectivamente cuestionado por los Diputados es el hecho que de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 inciso segundo del D.S. N° 67, las instituciones que posean convenios presentes o futuros amparados en el D.F.L N° 36, para la ejecución de una o más acciones de fomento, protección y recuperación de la salud o rehabilitación de enfermos, no podrán hacer valer la objeción de conciencia en el contexto legal del artículo 119 ter del Código Sanitario. Lo cual, a juicio de los requirentes, podría ser considerado atentatorio a los derechos de igualdad, libertad de conciencia y al derecho de asociarse sin permiso previo. Sin embargo, los Diputados pasan por alto que lo establecido en el artículo impugnado se encuentra asentado en la normativa sanitaria de carácter legal y constitucional.

La Constitución Política de la República garantiza en su artículo 19 N° 9 el derecho a la protección de la salud. En este sentido, se establece en el inciso segundo del precepto que el Estado debe proteger el “libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud”, otorgándole a este mismo “la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud”. Asimismo, el inciso cuarto determina como deber preferente del Estado el “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”.

También es necesario tener en cuenta lo establecido en el artículo 1° del D.F.L N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud, el cual determina que será este ministerio el encargado de 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 o de rehabilitación de enfermos, así como, cuando corresponda, la coordinación y control de tales acciones. De acuerdo al artículo 2° de este cuerpo legal, el sector salud se encuentra integrado por “todas las personas, naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que realicen o contribuyan a la ejecución de las acciones mencionadas anteriormente”. Asimismo, estas personas, en el marco de estas acciones, “constituyen el Sistema Nacional de Servicios de Salud”. En tanto que el artículo

3° establece la suscripción de convenios con instituciones privadas para la realización de acciones de salud, encuentra un límite en la forma y condiciones que determine la ley.

En este punto es imperativo hacer un análisis de la normativa establecida en el D.F.L. N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud. Tanto los artículos 2° y 13, establecen que se entiende como convenio, el instrumento por el cual una institución “sustituye al Servicio de Salud” en la ejecución de una o más acciones de fomento, protección y recuperación de la salud o de rehabilitación de enfermos. Por otro lado, mediante la celebración de estos convenios las instituciones privadas quedarán adscritas al Sistema Nacional de Servicios de Salud, y “se sujetarán en su cumplimiento a las normas, planes y programas” que el Ministerio de Salud haya impartido o pueda impartir.

De acuerdo a la normativa expuesta, el Estado se encuentra obligado a ejecutar y garantizar prestaciones de salud. Dentro de estas se encuentra la interrupción del embarazo en alguna de las tres causales establecidas democráticamente por la ley N° 21.030. Por lo que no resulta posible para la Administración excusarse de garantizar las acciones de salud.

Esta provisión de acciones de salud puede llevarse a cabo por instituciones públicas y privadas. En este último caso, la provisión será regulada tanto por el convenio como por las disposiciones establecidas en el referido D.F.L. N° 36 y las instituciones privadas quedan adscritas al Sistema Nacional de Servicios de Salud. Así, es imperativo destacar que, aunque se trata de instituciones de carácter privado, estas sí se encuentran ejecutando una función pública, a la cual han adscrito voluntariamente y en los términos del convenio como de lo establecido en el D.F.L. anterior. Por lo cual, no es constitucionalmente procedente que, al sustituir al Estado en la provisión de prestaciones de obstetricia y ginecología en pabellón, se les pueda reconocer el derecho a ser objetores de conciencia.

Los requirentes mencionan que resultaría inconstitucional obligar a estas instituciones de carácter privado a cumplir con acciones que van más allá del convenio ya acordado. Sin embargo, el D.F.L. N° 36 también extiende a quienes celebren estos convenios, el cumplimiento de las normas, planes y programas presentes o futuros aprobados en la materia por el Ministerio de Salud. En el caso de autos, de manera evidente la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales contempladas en la ley N° 21.030, no pudo haber quedado encuadrada en un convenio anterior, pero es forzoso constatar que dicha prestación sí se encuentra comprendida dentro de las normas, planes y programas dictados por el Ministerio de Salud.

Por último, se debe añadir que la impugnación de autos no genera algún efecto “forzoso” para las instituciones privadas, en cuanto a expandirse a la provisión de nuevas prestaciones de obstetricia y

ginecología que deben llevarse a cabo en pabellón, o que estas deban elegir entre los recursos recibidos desde el Estado y su ideario. La norma impugnada no priva a las instituciones privadas de salud de ejecutar acciones que tengan por objetivo la protección del derecho a la salud por ser objetoras de conciencia. Por un lado, respecto de las prestaciones de salud que deben recibir las mujeres embarazadas que se atienden en establecimiento privados, las instituciones objetoras solo quedarían exentas de la suscripción de convenios que tienen por objeto prestaciones realizadas en pabellones, quedando el resto de prestaciones vinculados al embarazo plenamente vigentes. Por otro, en el caso de las acciones de salud que se realizan en todos aquellos ámbitos fuera de lo obstétrico y ginecológico, estas instituciones se encuentran plenamente amparadas por el ordenamiento legal para el caso de que decidan proveerlas a la población.

V. El decreto no impone una discriminación arbitraria

1. La impugnación

El requerimiento de constitucionalidad incoado por los HH Senadores (5572-18 CDS) sostiene que el decreto N° 67 de 2018, del Ministerio de Salud constituye “una vulneración manifiesta a los principios de inclusión, diversidad y no discriminación arbitraria, pues no sólo teóricamente, sino que en la práctica existe una diferenciación establecida únicamente en base a las convicciones o ideario de las instituciones privadas de salud, lo cual está expresamente vedado por el texto constitucional” (fs. 29, énfasis en el original).

La requirente indica a fs. 26 “para determinar si la diferenciación establecida por el Decreto impugnado es razonable, hay que estarse a lo siguiente: (i) a la finalidad declarada, (ii) la diferencia concreta de trato, y (iii) el criterio de diferenciación. [...] En el primer caso, la finalidad declarada consiste en que para garantizar el acceso a las prestaciones de de aborto en 3 causales, los servicios públicos de salud y aquellos establecimientos privados 'asimilados' a instituciones públicas por entenderse que sustituyen a un servicio a un servicio público de salud, no pueden ejercer la objeción de conciencia institucional. [...] La diferencia de trato establecida por el Decreto Impugnado consiste en que sólo las instituciones privadas de salud que reciben fondos públicos en virtud de la suscripción de Convenios regulados por el DFL 36 de 1980 y que incluyan 'prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón', tienen prohibido ejercer su derecho a la objeción de conciencia”.

Del mismo modo, el requerimiento de constitucionalidad de los HH. Diputados (5650-18 CDS, acumulada al rol 5572-18 CDS) indica a fs. 31 “esta afectación de derechos constitucionales debe estar afecta a un juicio de proporcionalidad que permita identificar la magnitud de la afectación constitucional en contraposición con los eventuales derechos alternativos que la norma cautelaría”.

En efecto, los HH Diputados requirentes sostienen que “1.- el objetivo de salud pública que se busca, el acceso igualitario y masivo a una prestación médica, se puede obtener por vía de los muchos otros prestadores aseguran el servicio [...] 2.- no parece proporcionado ni razonable forzar a todos los centros de salud a ofrecer los mismos servicios, como no todos los centros de educativos deben estar obligados a ofrecer los mismos cursos, por el hecho de haber suscrito un convenio con el Estado o recibir fondos públicos [...] 3.- condicionar el apoyo estatal a la renuncia de los idearios legítimos, es discriminatorio [...] supondría, en la práctica, establecer privilegios especiales a ciertos grupos cuyos idearios son afines al Estatal 4.- resulta evidente que no es un buen criterio de ponderación aquel que obliga a realizar una acción a una institución que no cuenta con el equipamiento, la experiencia, ni la voluntad de hacerlo [...]”.

Los HH Diputados y Senadores requirentes pretenden sostener que el decreto supremo N° 67 de 2018, del Ministerio de Salud, supone discriminación arbitraria visto que impide el ejercicio de distintas garantías constitucionales a determinadas personas. En este sentido, dicho decreto dispone en su artículo 1 “las disposiciones del presente decreto se aplicarán a los convenios que celebren los Servicios de Salud (...), 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 13 del mismo dispone “los establecimientos públicos de salud no pueden invocar objeción de conciencia. Los establecimientos privados de salud, que hayan suscrito convenios regidos por las disposiciones del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud, no podrán ser objetores de conciencia cuando contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón”.

En este caso, el reglamento constitucionalmente cuestionado no es arbitrario ni produce efectos arbitrarios en términos de discriminación injustificada en tanto en cuanto establece condiciones para el ejercicio de un derecho sin afectar el núcleo del mismo, todo lo cual es perfectamente compatible y emana naturalmente del sistema de garantías constitucionales y la ley.

2. Razonabilidad en los actos de la Administración

El estándar de fundamentación con el que debe cumplir la Administración para la dictación de sus actos ha sido abordado por la doctrina y desarrollado en la forma de dos test: el de racionalidad y el de razonabilidad. En efecto, el estándar para calificar la concurrencia o ausencia de arbitrariedad en el acto dictado por la Administración es su racionalidad y razonabilidad.

El test de racionalidad exige a la Administración que la decisión adoptada se siga lógicamente de las razones que se han entregado para fundamentar el acto administrativo. Por su parte, el test de razonabilidad exige determinar si el acto de la Administración adolece gravemente de falta de adecuación al fin que el acto persigue, y si se trata de una intervención desproporcionada.

Lo arbitrario es lo contrario a la razonabilidad. Un acto arbitrario es aquél que no resiste un análisis mínimo que permita su comprensión mediante un proceso normal de análisis intelectual en el contexto en el cual se inserta. Que un acto sea razonable quiere decir que sea proporcionado al fin que persigue y, por tanto, la falta de razonabilidad de un acto es justamente lo contrario.

La falta de razonabilidad de un acto se produce cuando aquél establece una relación desproporcionada entre los medios que dispone para lograr el fin que persigue. Por tanto, el examen de razonabilidad de un acto de la Administración debe examinar que exista idoneidad del medio empleado para alcanzar el fin que se propone. En este sentido, el aseguramiento de la prestación de salud, “prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón”, es un fin que justifica la dictación de la norma contenida en el artículo 13 del reglamento impugnado en tanto se trata de una materia de política pública que la Administración ha decidido relevar en respeto del derecho de las mujeres a la autodeterminación.

El acto en comento es perfectamente razonable en vista de que la Administración, mediante su dictación, realiza una ponderación técnica respecto de dos mandatos legales que operan en la norma delegatoria contenida en el artículo 119 ter, como veremos en el apartado siguiente.

3. Discrecionalidad técnica de la Administración

Las potestades de un órgano administrativo pueden tener carácter reglado o discrecional, en atención al margen que el legislador haya otorgado a la administración para su ejercicio. Dichas potestades serán regladas cuando la norma contemple de manera exhaustiva todas las condiciones de su ejercicio, delineándola tanto en sus requisitos de ejercicio como en sus consecuencias. Serán

discrecionales en aquellos casos en que la ley ha explicitado solo algunas de sus condiciones, otorgando a la Administración la estimación subjetiva, el supuesto de hecho o el contenido concreto en su ejercicio, dentro de los límites legales.

La potestad reglamentaria conforme encuentra su expresión en el artículo 32 N° 6 de la Constitución Política de la República supone el ejercicio de una potestad discrecional que encuentra limitaciones que previenen la arbitrariedad. En este sentido, la existencia de una ley delegatoria establece el marco en que dicha potestad debe ser ejercida, no obstante el contenido del acto reglamentario debe cumplir solamente con la no afectación del núcleo de las garantías fundamentales. En efecto, el artículo 119 ter del Código Sanitario dispone “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”.

Del tenor del artículo citado se desprende que la norma del artículo 13 del reglamento impugnado se encuentra plenamente justificada y completamente bajo las exigencias de la ley, puesto que la ponderación que debe realizar la Administración en orden a armonizar el mandato de la ley en términos de equilibrar la maximización del acceso a la atención médica de las pacientes, descrita en términos de aseguramiento de la prestación, en conjunto con la facultad de una institución de invocar la objeción de conciencia, se encuentran legalmente armonizadas teniendo a la vista la norma que establece el deber por parte de los prestadores privados de salud, que se rijan por el DFL N° 36 de 1980, de que “tomen a su cargo por cuenta de aquellos Servicios, algunas de las acciones de salud que les corresponde ejecutar”.

Es decir, el derecho a formular objeción de conciencia de clínicas privadas que celebren convenios con Servicios de Salud mediante el DFL N° 36 se encuentra delineado por dicha norma, en tanto toman a su cargo la prestación de salud por cuenta de aquellos Servicios las acciones de salud que a éstos corresponde ejecutar, acciones por las cuales el Estado les paga. Asimismo, se encuentra delimitada por la misma ley delegatoria del artículo 119 ter, que vincula el contenido del o los reglamentos de modo que aquellos deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo en conformidad con los artículos anteriores.

Visto que el decreto N° 67 de 2018, del Ministerio de Salud, ejecuta la norma del artículo 119 ter respetando los límites de aquella, existiendo a todas luces una relación de proporcionalidad entre los

medios dispuestos para la consecución del fin de la norma, todo lo cual excluye la falta de razonabilidad, es que ambos requerimientos de constitucionalidad deben ser rechazados por ese Excmo. Tribunal.

VI. El decreto no infringe la reserva legal

1. El alegato de los requirentes

Los Honorables Senadores y Diputados afirman en sus respectivos requerimientos presentados ante este Excelentísimo Tribunal, que el Decreto Supremo N° 67 del Ministerio de Salud, de fecha 23 de octubre de 2018, el cual Aprueba Reglamento para ejercer Objeción de Conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 Ter del Código Sanitario vulnera la reserva de ley.

2. El decreto cumple los requisitos exigidos por este Excelentísimo Tribunal

La reserva legal o reserva de ley contemplada en nuestra constitución debe ser entendida como una delimitación de competencias que distingue aquellas que deben ser distinguen aquellas materias que deben ser reguladas por la ley y luego complementadas por el reglamento, de aquellas que pueden ser abordadas de manera independiente por la potestad reglamentaria autónoma. Nuestra carta fundamental distingue en su artículo 63 que “sólo” son materias de ley aquellas áreas enumeradas en esta disposición. Con ello, el constituyente ha querido señalar el carácter mínimo del régimen de reserva legal. En ese sentido, nuestro ordenamiento permite a la potestad reglamentaria regular y limitar derechos fundamentales. Así de hecho ocurre diariamente en la aplicación de cientos de reglamentos que pormenorizan la regulación legal, como es de conocimiento de este Excelentísimo Tribunal. No obstante lo anterior, esta habilitación del constituyente a la potestad reglamentaria no ha estado exenta de matices. Debe hacerse conforme a ciertos requisitos que han sido establecidos paulatinamente por la jurisprudencia constitucional.

En un primer momento, la jurisprudencia de este tribunal consignó la tesis de la imposibilidad de intervención del reglamento de ejecución en la regulación de materias de reserva de ley. Lo anterior, fue especialmente desarrollado en relación al derecho de propiedad. En una segunda etapa, la jurisprudencia del tribunal revisó sus aproximaciones iniciales dando paso a una mayor intervención reglamentaria, siempre y cuando no se desvincule de la norma legal que ejecuta. Finalmente, en una tercera etapa, la jurisprudencia constitucional ha señalado que los actos emanados de la potestad reglamentaria deben reunir los requisitos de ‘determinación’ y ‘especificidad’, y que no puedan ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones que impidan su libre ejercicio. Cumplidas que sean dichas exigencias, ha reiteradamente establecido el Tribunal Constitucional, “es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso

de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para hacer así posible el mandato legal” (STC 465/2006). Por un lado, con determinación, el Tribunal se ha referido a señalar en forma explícita los derechos que podrán ser regulados a través de estos actos administrativos, mientras que, por otro lado, con especificidad este se ha referido a indicar las medidas precisas que se podrá adoptar mediante ellos.

Específicamente, en relación al derecho a la salud, el numeral segundo esta disposición señala que sólo son materias de ley aquellas que la Constitución exija que sean reguladas por una ley. En materias de salud, dichas materias están contempladas en el numeral 9 del artículo 19. En él, se establece el deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, en la forma y condiciones que determine la ley, sea tanto prestadores públicos como privados.

3. El decreto impugnado cumple con el requisito de la determinación y especificidad

El decreto no establece una privación generalizada del derecho legal a objetar en conciencia. Por el contrario, el decreto actualiza para el caso concreto una limitación que ya está prevista en la ley y que se ha explicado antes.

En efecto, por una parte, la limitación al ejercicio del derecho depende de una calidad especial, previamente definida en la ley y voluntariamente aceptada por el destinatario de la limitación. Esto es, ser un prestador de salud que ha celebrado con el Estado un convenio en virtud del cual asume la obligación de realizar prestaciones de salud relativas propias del servicio público de salud a cambio de una contraprestación en dinero entregada por el Estado. Los prestadores de salud no son forzados a celebrar este convenio, ni realizan las debidas prestaciones por mera liberalidad. Los prestadores de salud afectados por la regulación impugnada en autos prestan un servicio, de primera necesidad y extrema relevancia, que puede y debe ser debidamente garantizado por el Estado. La regulación atacada por los requirentes no hace más que permitir el libre acceso de las ciudadanas de nuestro país a dichas garantías ya descritas.

Por otra parte, se trata de una limitación aplicable sólo a una parte de las actividades que realiza el establecimiento respectivo. Por un lado, excluye las actividades *privadas* que efectúa el prestador de salud. Las prestaciones de salud así como también otros servicios ofrecidos por los prestadores, pueden seguir siendo desarrollados sin verse compelidos por el decreto N° 67 de 2018, del Ministerio de Salud, de acuerdo con el estatuto privado que les sea aplicable, y haya sido debidamente pactado por las partes. En contraste, el decreto decreto N° 67 previamente citado sólo se aplica a las actividades *públicas*. Esto

es, sólo rige para ciertas prestaciones médicas que están regidas por el contrato recién señalado, y en las cuales hay un interés primordial del Estado de garantizar el derecho a la salud y a las prestaciones accesorias que la ley garantiza a las y los ciudadanos, de manera efectiva, eficiente y continua.

Por otra parte, tampoco regula todas las prestaciones públicas en cuestión, sino que solo las de carácter esencial para permitir el acceso al derecho a interrumpir el embarazo en tres causales. La regulación del decreto N° 67 de 2018, del Ministerio de Salud, no se extiende a todas las prestaciones públicas en cuestión, sino que sólo se aplica para las siguientes. Por un lado, regula las prestaciones de obstetricia y ginecología, mientras que, por otro lado, regula aquellas prestaciones que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón. De este modo, en todo lo demás, las prestaciones de los prestadores privados de salud se regirán por las reglas generales.

Por lo tanto, estamos ante una limitación -no privación-, que está suficientemente determinada en forma específica por el decreto impugnado, y que es desarrollada por un reglamento que ejecuta -no crea- dicha limitación.

4. Los requirentes impugnan el acto jurídico equivocado.

No obstante lo anterior, es posible observar que los dos requerimientos incurren en un serio problema lógico. Pareciera ser que el requerimiento cuestiona un decreto supremo por condiciones que se encuentran establecidas en un decreto con fuerza de ley. Como es evidente, no es el decreto impugnado el que crea las categorías de *tomar a cargo*, la *sustitución* del Estado por la entidad privada, ni tampoco la actuación de ésta *por cuenta* del Servicio de Salud. Estos efectos, a los que los requirentes le imputan inconstitucionalidad, no son creados por el decreto N° 67 de 2018, del Ministerio de Salud, sino por el DFL N° 36 de 1980, contra el cual no se ha realizado ningún reproche de constitucionalidad, ni en este ni en ocasiones anteriores.

Por el contrario, es el DFL 36 la norma que recoge esos efectos para configurar la relación entre el Estado (Servicio de Salud) y la entidad privada para efectos de que ésta se haga cargo de acciones de salud que el Estado debe otorgar. De este modo, tales efectos los impone *la ley* al reglamento, de modo que los reparos de inconstitucionalidad que se promueven debieran dirigirse al DFL 36, que es la fuente jurídica que tendría la virtud de hacer que la entidad privada “pierda” su identidad de tal por “imponérseles” una función pública o incluso por “ser transformada en órgano estatal”, vulnerando -supuestamente- sus garantías constitucionales; misma fuente en virtud de la que, además, el Estado *paga* por las acciones de salud que esas entidades privadas toman a cargo por cuenta del primero.

Es decir, los requirentes despliegan una serie de argumentos en contra de un decreto en circunstancias de que éste no hace más que ceñirse o enmarcarse en los presupuestos y alcances que se derivan o desprenden del inequívoco tenor literal de la ley - DFL 36 de 1980 -, sin que les merezca el menor reparo los elementos mencionados que condicionan la restricción impuesta en el decreto.

Por su puesto, al poner el foco de su argumentación en el decreto y no en el DFL 36 se soslaya la necesidad de explicar cómo clínicas privadas que voluntariamente celebran convenios con Servicios de Salud para realizar acciones de salud por cuenta de estos, debieran cumplir con ese DFL, al llevar a cabo y sustituir - remuneradamente - a los Servicios de Salud en acciones de salud que forman parte de la función pública de estos últimos.

Esta forma de presentar su argumentación, evitando impugnar la norma legal en virtud de la que el Estado puede contratar y pagar la ejecución de acciones de salud por clínicas privadas, deja incólume el DFL N° 36 a cuyo amparo se pagan las acciones de salud que el Estado encomienda realizar por su cuenta; y se corresponde bastante con el interés de clínicas privadas en conservar dichos convenios y, al mismo tiempo, sustraerse del cumplimiento de la ley en virtud de la objeción de conciencia institucional que pretenden hacer valer.

En efecto, el DFL N° 36 de 1980, que establece Normas que se Aplicarán en los Convenios que Celebren los Servicios de Salud, dice que *“Las disposiciones del presente decreto se aplicarán a los convenios que celebren los Servicios de Salud (...), 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.”* (artículo 1). Es decir, clínicas privadas que celebren convenios con Servicios de Salud vía DFL N° 36, toman a su cargo por cuenta de aquellos Servicios las acciones de salud que a éstos corresponde ejecutar, acciones por las cuales el Estado les paga.

Por tratarse de una encomendación o mandato contractual del Servicio de Salud a la clínica privada, voluntario para ésta, el DFL N° 36 de 1980, establece además 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, sin perjuicio*

de la atención que podrá prestarse a otras personas conforme al convenio y de acuerdo a las normas que rigen al Servicio.”. (artículo 2).

Las argumentaciones relativas a la función pública y su delegación o encomendación en virtud de la que el Estado financia el encargo de realizar acciones de salud por su cuenta a clínicas privadas que lo sustituyen en dicha función, no está regulada ni comprometida ni impuesta por el Reglamento del Ministerio de Salud que se impugna, sino en la ley, y en más de una regla legal.

Así, además de los artículos citados del DFL N° 36, cabe agregar el artículo 13 inciso primero, según el cual, *“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. Cuando se trate de programas no contemplados a la fecha de celebración del convenio, el Servicio de Salud aportará los recursos correspondientes.”*. Este es el efecto legal que produce el convenio firmado vía DFL 36: adscripción al Sistema y sujeción a normas, planes y programas ministeriales.

Y también el artículo 2 del DFL N°1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto ley N°2.763, de 1979, y de las leyes 18.933 y 18.469: *“Para los efectos del presente Libro, integran el sector salud todas las personas, naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que realicen o contribuyan a la ejecución de las acciones mencionadas en el artículo 1°. Las personas naturales o jurídicas, públicas y privadas que laboran en salud coordinadamente, dentro de los marcos fijados por el Ministerio de Salud para el cumplimiento de las normas y planes que éste apruebe, constituyen el Sistema Nacional de Servicios de Salud, en adelante el Sistema.”*. Asimismo, su artículo 3 prescribe que *“Las personas, instituciones y demás entidades privadas, gozarán de libre iniciativa para realizar acciones de salud, en la forma y condiciones que determine la ley, así como para adscribirse al Sistema, suscribiendo con los organismos que lo integran los convenios que corresponda.”*

Es decir, en el sistema de normas del Sector Público de Salud, la participación de las clínicas privadas con convenios vía DFL N° 36 está reconocida con rango legal en las primeras disposiciones de su regulación orgánica. En consecuencia, con toda la argumentación vertida por los requirentes en relación con la función pública y el rol de las clínicas privadas con convenios al amparo del DFL N° 36, antes de ocuparse de la inconstitucionalidad del Reglamento, cuyo contenido es tributario de las normas

legales citadas, debieran dirigirse contra éstas pues son ellas las que inducen la forma de colaboración, adscripción, integración y actuación por cuenta del Estado que ellos reprochan al Reglamento.

POR TANTO,

RUEGO A S.S.EXCMA. tenerlo presente.