

ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL CONTRA el MINISTRO de SALUD,
Sr. EMILIO SANTELICES CUEVAS

Jaime Bassa M., Doctor en Derecho
Profesor titular de Derecho Constitucional
Universidad de Valparaíso

*Cámara de Diputados
Valparaíso, 12 de junio de 2018*

Un grupo de diez H. Diputadas ha iniciado un proceso de acusación constitucional en contra del Ministro de Salud, Sr. Emilio Santelices Cuevas, motivado por el contenido de la Resolución Exenta N° 432, de 2018, a través de la cual se dicta el “*Protocolo para la manifestación de objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario*”. Dicha acusación invoca la causal constitucional de infracción a la constitución, a las leyes o haber dejado éstas sin ejecución, contemplado en el artículo 52.2.b de la norma fundamental.

El fondo de la discusión, luego que la Contraloría General de la República declarara a dicho Protocolo como “contrario a Derecho”, radica en la forma en que el Sr. Ministro ha vulnerado el mandato legal expreso del Código Sanitario (reformado por la Ley N° 20.031), ha invadido la potestad reglamentaria del Presidente de la República (contenida en el art. 32 N° 6 de la Constitución) y ha alterado la voluntad del Legislador al modificar administrativamente las condiciones legales necesarias para el ejercicio del derecho a la salud, específicamente en lo que se refiere a la posibilidad de acceder a prestaciones de salud para la interrupción voluntaria del embarazo en las causales contempladas por la ley. Se trata de acusaciones de consideración, las que deben ser sopesadas con responsabilidad política y con perspectiva de Estado.

La presente exposición consta de tres partes: comenzaré con (i) una breve relación de aquello que caracteriza al control político, para diferenciarlo del control jurídico, profundizando en sus delimitaciones conceptuales, para desprender de ellas las respectivas conclusiones, para luego (ii) revisar los capítulos a partir de los cuales se formula esta acusación constitucional contra el Ministro de Salud; finalmente, (iii) cerraré mi exposición con algunos comentarios generales relativos al conflicto constitucional que nos convoca.

1. Acusación constitucional y control del poder

La acusación constitucional es una institución característica de los regímenes parlamentarios, donde el gobierno lo forma la mayoría parlamentaria. Ello explica que tanto el jefe de gobierno como sus ministros se mantengan en sus cargos mientras cuenten con la confianza de la mayoría parlamentaria que gobierna. En un permanente esfuerzo por moderar los rasgos presidencialistas del régimen de gobierno chileno, se han incorporado diversas instituciones del régimen parlamentario, lo que ha permitido equilibrar, al menos en parte, el poder político entre el Ejecutivo y el Congreso Nacional. De esta manera, la acusación constitucional opera en el marco de un régimen presidencial, donde la confianza de un Ministro o Ministra de Estado reside en el Presidente de la República y no en el Congreso Nacional, generando una suerte de legitimación *dual*, puesto que las Cámaras tienen la competencia para llevar adelante un juicio político sobre la actuación de los ministros del Gobierno, haciendo exigible un tipo de responsabilidad política diferente de la que demanda el Presidente de la República para el nombramiento de funcionarios de su exclusiva confianza. Es, en definitiva, una tipo de contrapeso entre los poderes del Estado, que hace posible fiscalizar los actos del gobierno.

Distintos instrumentos han sido diseñados para controlar la responsabilidad política de los integrantes del Ejecutivo. La intensidad de estos instrumentos de fiscalización, así como de las sanciones vinculadas a cada uno de ellos, es directamente proporcional al grado de responsabilidad que se pretende hacer efectiva. Políticamente, la acusación constitucional apunta al más alto grado de responsabilidad ministerial, especialmente por las causales contempladas por la Constitución: “*haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, por infringir la Constitución o las leyes o haber dejado éstas sin ejecución, y por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno* (art. 52 N° 2.b de la Constitución). La entidad de estas causales, que apuntan a conductas que atentan gravemente contra la Constitución, justifica que la consecuencia de estas acusaciones pueda ser la destitución del cargo, no por haber perdido la confianza política del Congreso Nacional, sino por haber infringido la Constitución.

En el caso concreto que nos convoca, parece relevante hacer presente cómo se inserta este mecanismo en el diseño constitucional, pues hemos llegado hasta esta instancia luego que diversos mecanismos de control fueran desplegados. El proceso de fiscalización

política ya contiene solicitudes de información al Ministro, una interpelación ministerial y una resolución de la Contraloría General de la República. Se trata de antecedentes relevantes, que evidencian la gravedad de las conductas ministeriales que motivan la presente acusación y marcan una diferencia importante respecto de las anteriores.

En efecto, las acusaciones constitucionales más importantes de la última década estuvieron marcadas por contextos de crisis institucionales más o menos importantes, las que se canalizaron institucionalmente a través de una revisión profunda del quehacer ministerial. Tal es el caso de Educación, Justicia y Salud. Recordemos que en el contexto de movilizaciones estudiantiles, dos ministros fueron destituidos por este Congreso Nacional (Yasna Provoste en 2008 y Harald Beyer en 2013), principalmente por el contexto de cuestionamiento social al sistema de educación escolar y universitaria, antes que al desempeño de las funciones institucionales de Provoste y Beyer. Lo propio puede decirse de las acusaciones contra la Ministra de Salud Carmen Castillo en 2015 y contra la Ministra de Justicia y Derechos Humanos Javiera Blanco en 2016, donde la crisis hospitalaria y la crisis del Sename, respectivamente, fueron procesadas institucionalmente a través de estos instrumentos de fiscalización política del Gobierno.

Según veremos, las condiciones que explican la presente acusación constitucional no se agotan en la crisis institucional o en un cuestionamiento social al sistema público o privado de salud. Por el contrario, lo que explica esta acusación constitucional es un acto específico del Ministro de Salud, el contenido del “*Protocolo para la manifestación de objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario*”, Resolución Exenta N° 432, de 2018. Es decir, su responsabilidad política no emana de la situación de crisis institucional por la que podría atravesar su cartera –como habría sido el caso de las acusaciones de 2008, 2013, 2015 y 2016– sino de actos propios, de una manifestación de voluntad política materializada en una norma jurídica. Es, probablemente, uno de los ejemplos más claros de responsabilidad política individual de un Ministro de Estado.

Ahora bien, para entender el funcionamiento institucional de la acusación constitucional, es crucial señalar que existe una diferencia fundamental entre las competencias de control contempladas en el art. 98 de la Constitución y las contempladas en el art. 52. Las primeras, que habilitan a la Contraloría para controlar la legalidad de los actos de la administración, configuran un típico instrumento de control jurídico, de legalidad, sobre la

Administración del Estado; en virtud de este, la Contraloría verifica que los actos normativos emanados de la Administración se enmarquen dentro de la legalidad vigente. Las segundas, son competencias constitucionales de control al poder político, que habilitan a la Cámara de Diputados para “fiscalizar los actos del Gobierno”, configurando un tipo de control diferente, de carácter político.

Comprender las implicancias prácticas de esta clasificación teórica es fundamental, pues existe una diferencia sustantiva entre el control político y el control jurídico que impacta en el papel que cumplen los órganos de control y, especialmente, en la forma como se configuran las causales que motivan el control. Este binomio que distingue control jurídico y control político y las implicancias que tiene para la ejecución de los distintos mecanismos de control, ha sido profundizado por la doctrina especializada (cfr. ARAGÓN REYES, Manuel: *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999).

El control jurídico supone una configuración normativa del sistema de control, en virtud de la cual el órgano que ejerce la competencia y pone en marcha el mecanismo debe ceñirse a cabalidad a lo que genéricamente obedece al llamado *principio de legalidad*. En este tipo de instrumentos, los elementos constitutivos del control jurídico se encuentran plenamente configurados por la norma respectiva –Constitución o ley–, limitando toda posibilidad a que sea quien ejerce el control quien delimite el mecanismo. Así, (i) *las causales infraccionales están previamente tipificadas*, (ii) *el juicio de oportunidad ha sido previamente verificado por la norma*, por lo que la puesta en marcha del mecanismo depende estrictamente de la verificación de la hipótesis de hecho que la norma contemple y no del órgano que ejerce el control; por último, quizá lo más importante, (iii) *el parámetro de control es absolutamente indisponible para el órgano que controla*, es decir, más allá del margen razonable de interpretación que cabe respecto de toda norma, la configuración de las causales y de las conductas tipificadas no depende de la voluntad del órgano que controla, sino que depende de la norma que las crea.

En cambio, el control político obedece a categorías opuestas a las recientemente descritas. Siguiendo el mismo recorrido anterior, podemos ver que (i) aun cuando las causales infraccionales están previamente tipificadas, estas se construyen a partir de conceptos jurídicos indeterminados que no pueden aplicarse sin mediar una interpretación de los mismos, la que está entregada al órgano que pone en marcha el mecanismo de control (tal es el caso de

“*infringir la Constitución o las leyes o haber dejado éstas sin ejecución*”, art. 52.2.b, Constitución); por lo mismo, (ii) el juicio de oportunidad no depende de la verificación de un supuesto de hecho – como sí podría decirse respecto de la causal malversación de fondos públicos–, sino de la valoración que de los mismos hace el órgano competente para controlar; por último, (iii) el parámetro de control no es indisponible al controlador, precisamente porque la interpretación de su estructura normativa es clave para completar su configuración y aplicarlo en un caso concreto; en este tipo de casos, el parámetro depende de la interpretación que se haga de las normas constitucionales en cuestión y, especialmente, de la conducta investigada.

Qué se entiende por dejar las leyes sin ejecución, cuándo se compromete gravemente el honor de la Nación, cuándo el abandono de deberes puede ser calificado de “notable”. Se trata de *conceptos jurídicos indeterminados* que forman parte de la configuración constitucional del propio instrumento de control, que requieren de una concretización – interpretación– para su puesta en marcha. Esta concretización responde a una valoración política tanto del instrumento como de las causales y los hechos a investigar. En definitiva, por tratarse de mecanismos de control político responden a un juicio de oportunidad y no, como en el caso del control jurídico, a un juicio de necesidad. Para evitar interpretaciones arbitrarias o antojadizas, esta valoración –política– reconoce un límite en los propios enunciados normativos de la Constitución: más allá del juicio de oportunidad que debe realizar quien realiza el control, en ningún caso es posible desconocer o ir más allá de lo que expresamente señala el texto normativo.

Sabemos que “infringir la Constitución” no nos remite a una regla jurídica cuyo contenido normativo sea autoevidente para cualquier intérprete. Se trata de una conducta descrita a través de un enunciado normativo abierto e indeterminado, donde la infracción –o, más bien, la configuración definitiva de la infracción como una causal de acusación constitucional– depende del juicio de valor que se haga de la conducta sujeta a reproche político; es decir, depende de la valoración política de la situación que motiva la acusación. En consecuencia, para entender que hubo infracción, no basta que los hechos den cuenta de que la hubo, sino que es fundamental que el órgano competente para ejercer el control considere que la hubo. Es una de las características de los controles políticos y que los diferencia de los controles jurídicos.

Lo relevante de este tipo de instrumentos de control no es la acusación en tanto supuesto *juicio* contra el Ministro, que pueda arrojar un resultado condenatorio o absolutorio, precisamente porque no se trata de un control jurídico sometido al conocimiento de un tribunal. Lo que motiva esta acusación, en definitiva, dice relación (i) con la forma en que se valora políticamente una actuación concreta del Ministro y la forma en que ésta impacta en el estado actual de la cartera y (ii) con el llamado *juicio de oportunidad* de los hechos que motivan la presente investigación. Se trata, en definitiva, de una diferencia importante en la forma en que es valorada políticamente una situación de hecho determinada, en este caso, relativa a la implementación de la ley que despenaliza el aborto en tres causales específicas.

Desde esta perspectiva, lo realmente relevante de una acusación constitucional es el proceso político relativo a la discrepancia sobre una materia determinada entre Gobierno y oposición, así como los argumentos que se levantan a favor y en contra de cada postura en tensión. De esta manera, el eje de este tipo de controles se verifica a nivel argumentativo: cómo se justifican las acusaciones que lo fundamentan.

Dado que este no es un régimen parlamentario y, por consiguiente, la confianza de un ministro no radica en el Congreso Nacional sino en el Presidente de la República, la acusación constitucional tampoco busca verificar si esta Cámara aún confía en el Ministro o no. El foco del conflicto, por tanto, no es el Ministro, sino una actuación concreta: la promulgación de un nuevo Protocolo para la objeción de conciencia vinculada a la interrupción voluntaria del embarazo y la responsabilidad política que emana de él.

Como señalaba previamente, lo que ha sucedido con el Ministerio de Educación en los últimos años puede ser un buen ejemplo para separar conceptualmente el control jurídico del político: en términos de control jurídico, ni Yasna Provoste ni Harald Beyer infringieron la Constitución en el desempeño de sus cargos ni dejaron leyes sin ejecución. Sus destituciones obedecen a un contexto político de una profunda crisis en el sistema educacional chileno que, como resultado de los cambios culturales experimentados por la sociedad, llegó a un punto en el que aquello que era aceptado como normal, dejó de serlo. La manifestación institucional de este conflicto político y social, fueron estas destituciones, en un contexto de profunda revisión de las bases institucionales, que ya lleva más de una década. Estas destituciones se justifican a partir del contexto político y social que marca el juicio de oportunidad de cada acusación constitucional.

En resumen: la acusación constitucional es un típico ejemplo de control político, no de control jurídico en sentido estricto, configurando un estatuto de control diferente. No se trata del tipo de control que se puede ejercer desde la Contraloría General de la República o el Ministerio Público, puesto que la estructura normativa del mecanismo está conceptualmente diseñada para dejar un amplio margen a la valoración política de sus elementos a quien ejerce el control, bajo ciertos parámetros normativos que impiden su uso arbitrario. Es un control político, cuyo objetivo es hacer efectiva la responsabilidad política de, en este caso, un Ministro de Estado por la gestión de su cartera.

Teniendo lo antedicho en consideración, revisaré las acusaciones específicas formuladas al Ministro de Salud, desde la óptica del Derecho Constitucional.

2. Sobre el mérito constitucional de los capítulos acusatorios

La presente es una acusación constitucional bastante especial, que la distingue de las que han sido presentadas a lo largo de la última década, como lo demuestra la profusa argumentación de la causal invocada por las acusadoras. En efecto, el libelo invoca una misma causal, a saber, “*infringir la Constitución o las leyes o haber dejado éstas sin ejecución*”, contenida en el artículo 52.2.b de la Constitución, y la argumenta desde tres perspectivas diferentes, cada una de las cuales es razón suficiente para dar curso a la presente acusación constitucional. Pero hay un antecedente que realmente distingue a esta acusación de las presentadas en los últimos años: esta es la primera acusación constitucional motivada por una actuación normativa de un Ministro de Estado. Lo que está en discusión en esta instancia no es la eventual responsabilidad política del Ministro en relación al estado de su cartera, la situación de la salud pública, el régimen de las Isapres o sus utilidades. Tampoco lo es el contenido de la última cuenta pública del Presidente de la República, sea por su insuficiencia o por haber omitido gravemente cuestiones sensibles para la ciudadanía. Lo que motiva esta acusación es un acto concreto del Ministro, que ya ha sido objetado jurídicamente por la Contraloría General de la República, lo que configura un antecedente absolutamente novedoso en la historia de esta institución y condiciona la tarea de esta Comisión.

Cuando la motivación de una acusación constitucional radica en el estado de deterioro de una cartera ministerial o en la eventual responsabilidad política que emana de una gestión deficitaria o conflictiva, el juicio de valor tiende a estar teñido por la filiación política de quienes están llamados a pronunciarse. Eso explica que, muy mayoritariamente, las coaliciones políticas tienden a priorizar sus identidades y a operar en bloque, cerrando filas junto al Ministro acusado cuando son de Gobierno, apoyando la acusación cuando son de oposición. Dado que se trata de un instrumento de control político, este tipo de práctica institucional no presenta ningún problema para el funcionamiento de los poderes del Estado ni de las carteras involucradas.

a. El acto contrario a Derecho

El caso que nos convoca es diametralmente diferente, lo que debiera ser razón suficiente para considerar las implicancias institucionales que tiene esta acusación en concreto, no solo para la implementación de la legislación que despenaliza el aborto en tres causales, sino para el ejercicio de las potestades normativas de los órganos políticos. Lo que está en juego es el sistema constitucional de distribución de competencias normativas y, muy específicamente, el respecto del principio de legalidad por parte de los órganos políticos, en concreto, del Ministro de Salud. La acusación se sostiene en las críticas al contenido del ya citado Protocolo que, como ha declarado la Contraloría General de la República, ha sido promulgado con infracción a la ley. Se trata de una infracción grave, fuente de responsabilidad política para el Ministro.

Con la dictación del referido Protocolo, el Ministro de Salud ha excedido el ámbito de sus competencias legales y constitucionales, vulnerando las normas constitucionales que determinan las atribuciones de los Ministros de Estado e invadiendo las potestades normativas del Legislador y del Presidente de la República. Lo ha declarado expresamente la Contraloría General de la República en su Dictamen N° 11.781 de 9 de mayo del año en curso, al afirmar que dicho Protocolo va más allá de los límites que le impone el mandato legal, toda vez que “*regula ciertos aspectos no desarrollados por la ley*”. Entre esos aspectos, destacan “*normas sobre obligaciones de los establecimientos de salud y requisitos que se deben cumplir para adquirir la calidad de objeto 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*”, según señala la misma

Contraloría. Esta vulneración supone invadir el ámbito de competencias normativas del propio Presidente de la República, al tratarse de materias que corresponden a su potestad reglamentaria de ejecución. Concluye la Contraloría afirmando que este Protocolo “*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*”. Es decir, no solo vulnera los límites que emanan del mandato legal de la reforma al Código sanitario, sino que vulnera la propia Constitución, en dichos del Contralor General de la República.

Este antecedente constituye un argumento de Derecho, propiamente jurídico, que viene a fortalecer las razones de este control político, al fijar un marco objetivo desde el cual debe ser evaluada la responsabilidad política del Ministro Santelices. Como he señalado previamente, esta acusación constitucional no se formula desde los problemas de gestión que pueda tener la Cartera o desde alguno de sus aspectos más conflictivos, como podría ser la atención primaria, la salud pública o el sistema de Isapres. Por el contrario, esta acusación se formula a partir de un acto normativo dictado por el propio Ministro, cuya ilegalidad e inconstitucionalidad ha sido declarada por la Contraloría General de la República.

Desde esta perspectiva, se trata de una instancia de control diferente de las que esta Cámara ha conocido en la última década, lo que supone elevar el estándar de la argumentación constitucional. Básicamente, esta Cámara debe considerar que estamos en presencia de un acto que ha sido declarado como contrario a Derecho por la autoridad competente –la Contraloría– tanto por vulnerar la ley (Código Sanitario) como la Constitución. Por tanto, debemos preguntarnos qué razones son suficientes para justificar la irresponsabilidad del Ministro Santelices ante estos hechos, pues la regla general en el Derecho Público es que los actos ilegales generen responsabilidad. Lo hemos visto recientemente en España, donde todo el Gobierno ha caído como consecuencia de actos de corrupción asociados al que fuera partido gobernante, debidamente sancionados por la autoridad judicial competente.

En el caso que nos convoca, estamos en presencia de un acto objetivamente “contrario a Derecho” y no veo razones que permitan justificar la irresponsabilidad política de la autoridad jurídicamente responsable de su dictación. El Dictamen de la Contraloría es un antecedente irrefutable para configurar la responsabilidad política del Ministro Santelices, cuya

actuación impacta las reglas constitucionales más básicas relativas a las competencias de los órganos del Estado con potestades normativas. El argumento contenido en el libelo acusatorio es bastante contundente: “*la Resolución Exenta N° 432 del Ministerio de Salud no solo ha vulnerado los límites establecidos en el Código Sanitario, sino que ha invadido el campo competencial del Presidente de la República, al regular materias propias de la potestad reglamentaria de ejecución. Se trata de un simple protocolo que no cumple con los requisitos y formas propias de un Decreto Supremo; al dictar normas generales, abstractas y permanentes para reglamentar la ejecución de una ley, el Ministro de Salud no sólo rebajó el estándar normativo del instrumento en cuestión (lo que le permitía sortear el trámite de toma de razón), sino que invade las competencias normativas del Presidente y vulnera los límites establecidos en la ley*”.

En suma, estamos en presencia de una evidente infracción al principio de juridicidad al que se someten los actos de los órganos del Estado (arts. 6° y 7° de la Constitución; art. 2° Ley 18.575), en la medida que el Protocolo en cuestión vulnera tanto los límites que supone el mandato legal contenido en el art. 119 ter del Código Sanitario, como los límites constitucionales que determinan el ejercicio de las potestades normativas de los poderes políticos (art. 32 N° 6 en relación con art. 63; art. 35). De esta infracción, el Ministro es responsable constitucionalmente.

b. La afectación al ejercicio del derecho a la salud

Sin perjuicio de las evidentes infracciones al ordenamiento jurídico vigente, tanto de normas legales como constitucionales, que es posible advertir en el Protocolo en cuestión, lo cierto es que lo más grave dice relación con el impacto de su contenido en las condiciones normativas que hacen posible el ejercicio del derecho a la salud. A este respecto, tanto el texto de la acusación como el Dictamen N° 11.781 de la Contraloría están bastante contestes en la configuración de las infracciones en las que ha incurrido el Ministro Santelices, por lo que no me extenderé en demasía en el análisis de este punto.

En materia de derecho a la salud, la Constitución es explícita en señalar 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*” (art. 19 N° 9 inc. 4°). Sin perjuicio que el desarrollo legal del contenido de este deber constitucional del Estado ha sido considerado por la Contraloría en el Dictamen citado *supra*, me parece necesario profundizar

en el significado propiamente constitucional de este deber. A través de diversas sentencias de control represivo de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de explicitar el contenido de este “deber preferente del Estado” y del impacto que éste tiene en las prestaciones de salud realizadas por privados, ni más ni menos que a la luz del principio de subsidiariedad¹.

El Tribunal Constitucional interpretó el principio de subsidiaridad a la luz de la fuerza normativa que caracteriza a la Carta Fundamental y en relación a la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales, obligación que no solo recae en los órganos del Estado, sino también en los particulares, por cuanto existe un mandato expreso de la Constitución. En esa línea, reconfigura el contenido constitucional de este derecho social: en materia de derechos sociales, los particulares (v.gr., Isapres) se encuentra obligados a respetar y promover los derechos fundamentales que se satisfacen mediante sus prestaciones limitando, de paso, el contenido de la libertad empresarial (STC 976, C. 36°). El Tribunal ha reconocido el efecto de irradiación que caracteriza a los derechos fundamentales en su comprensión contemporánea, efecto que se verifica no solo sobre el ordenamiento jurídico infraconstitucional, sino también en las relaciones entre particulares y en sus actos normativos de efecto particular. Ello ha significado relativizar la preponderancia del principio de subsidiaridad en su aplicación a las relaciones de protección de derechos de carácter social, que ha cedido ante los valores constitucionales de orden público en el ejercicio de los derechos fundamentales.

De esta forma, la obligación que tienen los particulares de respetar los derechos fundamentales se desprende del análisis que el Tribunal Constitucional realiza del derecho a la protección de la salud: la Constitución utiliza la expresión “preferente” respecto al deber que tiene el Estado en su protección. El Tribunal invierte la dimensión obligacional del principio de subsidiaridad, reconociendo que el primer obligado a proteger y satisfacer el pleno ejercicio de los derechos fundamentales es el Estado, siendo los particulares que participan como prestadores meros agentes que actúan en subsidio del Estado: *“el establecimiento de este deber significa que el sector privado asume un rol subsidiario en relación con la actividad estatal y no como se entiende en el contexto del orden público económico que ampara la Constitución, en que el Estado se repliega o limita ante el principio de la libre iniciativa o del derecho de toda persona de desarrollar cualquier actividad económica,*

¹ Los dos párrafos que siguen forman parte de Bassa, Jaime y Aste, Bruno (2015): “Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile”, *Revista Chilena de Derecho* (vol. 42 N° 1): 235-236.

permitiendo así que los particulares asuman un rol de promotores de ésta última” (STC 1710, C. 121°). La actividad que pueda materializar un particular en función de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, se encuentra condicionada por la dimensión iusfundamental del valor protegido, explicando por qué el efecto irradiación de los derechos afecta a los contratos privados de salud.

Tan importante es la vigencia del derecho a la salud en tanto derecho constitucional, que el propio Tribunal Constitucional ha estado en condiciones de relativizar al principio de subsidiariedad para garantizar su ejercicio. Eso le da una mayor perspectiva al impacto que genera el contenido del Protocolo dictado por el Ministro Santelices, puesto que supone alterar las condiciones normativas para el ejercicio del derecho a la salud. Recordemos que por expreso mandato constitucional, solo el Legislador es competente para regular el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 19 N° 26). Ese es el alcance que tiene el ya citado Dictamen de Contraloría, al afirmar que una institución privada de salud *“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”*. Esa función pública, cuyo obligado principal es el Estado, debe satisfacerse con pleno respeto a los límites que suponen tanto la Constitución que reconoce el derecho a la salud, como la ley que regula las condiciones para su ejercicio (en este caso, tanto el Código Sanitario como el DFL N° 36 de 1980), sea que las prestaciones sean realizadas por una institución pública directamente, o bien, por una institución privada en convenio con el Estado.

En este último caso, dicha entidad privada sustituye al servicio de salud con el que ha firmado convenio para otorgar las prestaciones de salud convenidas, en la misma lógica utilizada por el TC. Eso lleva a la Contraloría a 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”*, por lo que *“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”*.

Las normas referidas, así como los argumentos dados por la Contraloría (de los cuales se hace eco la acusación), así como la línea jurisprudencia que emana de diversas sentencias del Tribunal Constitucional y que vienen a reforzar dichos argumentos, no queda mucho margen para interpretar la intención del Ministro Santelices en la dictación del

Protocolo objetado: o estamos en presencia de una negligencia inexcusable para un cargo público de tan alta jerarquía, o bien existe una voluntad positiva de vulnerar y contravenir la voluntad del Legislador en la implementación de la ley que despenaliza el aborto en tres causales (en coherencia con la normativa que regula la prestación de servicios de salud por instituciones privadas, DFL N° 36 de 1980). En cualquiera de las dos hipótesis, no hay forma de excusar la responsabilidad del Ministro Santelices.

En efecto, una interpretación sistemática de las normas legales vigentes permite identificar con claridad cuál es la voluntad del Legislador respecto a cómo las prestaciones de salud deben entenderse desde la garantía constitucional del derecho a la salud, lo que justifica que las instituciones privadas no se puedan excusar de cumplir con esta función pública – precisamente porque se entiende que éstas sustituyen a los Servicios de Salud con los cuales tienen convenios vigentes. Esta misma voluntad del Legislador ya estaba presente en la Ley N° 20.031, al incorporar al Código sanitario que “*la objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución*”. Dada su coherencia sistemática con el DFL N° 36 de 1980, esta voluntad forma parte del ordenamiento jurídico, a pesar que el Tribunal Constitucional oficiara como legislador positivo al reformar la Ley N° 20.031, eliminando las palabras “*en ningún caso*”. Es por eso que aunque el Tribunal Constitucional abriera la posibilidad a la objeción institucional con su reforma, lo cierto es que dicha objeción, especialmente para las instituciones privadas en convenio con el Estado, está prohibida desde 1980.

Estas consideraciones revisten de una gravedad todavía mayor a la actuación del Ministro Santelices puesto que, salvo que medie una negligencia grave, todo indica que su intención era generar las condiciones normativas que hicieran posible la objeción de conciencia institucional, vulnerando gravemente la voluntad del Legislador y afectando el ejercicio del derecho a la salud. En concreto, este Protocolo establecía ciertas condiciones para la interrupción voluntaria del embarazo que atentan tanto contra el DFL N° 36 de 1980 como contra la reforma al Código Sanitario de la Ley N° 20.031. Esto constituye razón suficiente para concluir que el Ministro ha infringido la Ley y que ha dejado alguna de ellas sin ejecución, causales constitucionales de responsabilidad política (art. 52.2.b).

c. Sobre la excepcionalidad de la objeción de conciencia

El tercer y último argumento con el que se fundamenta la acusación constitucional en contra del Ministro de Salud, Sr. Emilio Santelices, y en concordancia con lo señalado por el citado Dictamen N° 11.781 de Contraloría, dice relación con el carácter excepcionalísimo que tiene la objeción de conciencia como institución del ordenamiento jurídico. El órgano contralor expresamente cuestionó la legalidad del Protocolo, por cuanto 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”*.

Nuevamente, existe un sólido antecedente de Derecho, que emana de un organismo que ejerce un control jurídico, que viene a respaldar los fundamentos de esta instancia de control político que es la acusación constitucional. A este respecto es necesario ser lo más claros posibles: la regla general debe ser el cumplimiento irrestricto de todo mandato legal, de modo tal que las excepciones no amenacen la vigencia del ordenamiento jurídico ni el imperio de la ley. La regla general es que las personas no nos podemos exceptuar de cumplir con los mandatos legales. De esta manera, la única forma que la objeción de conciencia sea compatible con la vigencia del ordenamiento jurídico, es desde su expresa condición de excepción.

El objetado Protocolo incorpora dos elementos que generan las condiciones para que la excepción pase a ser la regla general: elimina la exigencia de fundamentación de la objeción de conciencia y establece valor jurídico para el silencio administrativo una vez que ésta ha sido manifestada, pues transcurrido el plazo de cinco días y ante el silencio del Ministerio, se entenderá que la institución es objetora de conciencia. Esta decisión del Ministro no solo contraviene la excepcionalidad de la objeción de conciencia, sino del valor positivo del propio silencio administrativo conforme a lo señalado por la Ley N° 19.880 de Procedimiento Administrativo. En consecuencia, una institución privada podría ser objetora de conciencia sin expresión de causa y como consecuencia de la mera pasividad del Ministerio, vulnerando la voluntad del Legislador. Es muy difícil justificar que estas infracciones no generen responsabilidad en el Ministro Santelices, especialmente dado el antecedente jurídico que supone el Dictamen N° 11.781 de la Contraloría General de la República.

3. Comentarios generales

a. Sobre la responsabilidad política ante actos ilegales

El caso que nos convoca, como ha sido señalado previamente, presenta una característica que lo distingue de las acusaciones constitucionales presentadas contra Ministros y Ministras de Estado de los últimos 10 años, pues estamos en presencia de un acto normativo concreto (un Protocolo aprobado mediante Resolución Exenta) cuya juridicidad ha sido objetada por la Contraloría General de la República por no ajustarse a Derecho. Se han verificado, por tanto, infracciones a normas de rango constitucional y legal, simultáneamente. No se trata, por tanto, de una acusación constitucional motivada por el estado de deterioro de una cartera determinada o de una de las reparticiones que dependen de ella (como fue el caso del Sename en 2016); no se trata de una acusación motivada por un estado generalizado de cuestionamiento a las tareas que debe llevar adelante un ministerio (como ocurrió con Educación en 2008 y 2013). Por el contrario, el caso que nos convoca ha sido configurado a partir de una actuación positiva de un Ministro de Estado; es decir, estamos en presencia de un caso típico de responsabilidad que emana de un acto imputable al sujeto cuya responsabilidad se persigue.

En efecto, se trata de un acto que ya ha sido declarado “contrario a Derecho” por el órgano contralor. Este antecedente nos plantea una interrogante que no había sido discutida previamente en esta sede de acusación constitucional, y es la siguiente: cuál es, y cómo debe hacerse efectiva, la responsabilidad política de un Ministro de Estado ante actos ilegales. En principio, no parece razonable argumentar en favor de la impunidad o de la irresponsabilidad política, dada la vigencia de deberes funcionarios que emanan de principio constitucionales tales como probidad y juridicidad. No se trata, evidentemente, que estos sean principios de aplicación directa; pero dado que existe un mecanismo formal para hacer exigible la responsabilidad política y considerando, además, que existe una declaración jurídica que respalda la ilegalidad del acto sujeto a control, parece razonable interpretar las normas del ordenamiento jurídico de manera armónica y concluir en que debe hacerse efectiva la responsabilidad constitucional del Ministro Santelices. Lo contrario sería afirmar que hay actos que pueden quedar impunes, lo que mellaría significativamente la vigencia del ordenamiento jurídico.

b. La trivialización de la acusación constitucional como instrumento de control

La práctica política de los últimos años ha trivializado los instrumentos de control político, especialmente los incorporados en la Constitución luego de la reforma de 2005, como la interpelación ministerial. Sus resultados dependen de la correlación de fuerzas políticas al interior de la Cámara, que de los argumentos esgrimidos a través de los mecanismos de control. Eso, en parte, trivializa el mecanismo. La política contingente le hace perder la potencia simbólica, especialmente para levantar argumentos propositivos, argumentos que permitan identificar las causales de la crisis institucional y enfrentarlas adecuadamente.

Dado que se trata de un instrumento de control político, su configuración final queda entregada a (i) la interpretación que la Cámara haga de las normas y causales constitucionales y (ii) al juicio de oportunidad que la propia Cámara realiza, es decir, a la forma en que se valoran políticamente los acontecimientos que motivan la acusación. En esta configuración, la teoría del control del poder político exige coherencia entre las conductas descritas, los hechos investigados y la forma en que estos son interpretados o valorados, siempre bajo el límite que supone la norma constitucional en sí.

En el caso que nos convoca, nos encontramos frente a un Protocolo emanado de un Ministro de Estado que ha sido objetado por la Contraloría por tratarse de un acto normativo contrario a Derecho. Este antecedente constituye un argumento difícil de contradecir y se encuentra en la base de la responsabilidad política del Ministro.

Jaime Bassa Mercado
Valparaíso, 12 de junio de 2018