

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE MUNICIPALIDADES
DIVISIÓN JURÍDICA

REFS.: N°s 51.656/08
FCC 56.230/08
RVV 83.361/08
MTR 85.324/08

SOBRE PRESTACIONES MUNICIPALES DE SALUD QUE SE INDICAN Y SENTENCIA DEL EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

SANTIAGO, 16 JUN 09 *031356

Se ha dirigido a esta Contraloría General la Asociación Chilena de Municipalidades, solicitando un pronunciamiento que determine si procede que las municipalidades, al amparo del artículo 56 de la ley N° 19.378, implementen nuevas prestaciones de salud insertas en planes comunales de esa naturaleza, en los casos en que no exista política pública ministerial, teniendo en cuenta la autonomía de esas corporaciones de derecho público, establecida a nivel constitucional y legal, y las funciones que en dicho ámbito les encomienda la ley N° 18.695.

Asimismo, el señor Jorge Reyes Zapata, como abogado patrocinante del requerimiento parlamentario ante el Excmo. Tribunal Constitucional, causa rol N° 740-2007, relativo a la inconstitucionalidad del decreto supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, solicita que, para los fines de la atención de la consulta precedente, se tenga presente lo resuelto en dicho proceso, por cuanto, por un lado, este fallo habría modificado sustancialmente la política pública referida a las normas sobre fertilidad de las personas, contenidas en dicho decreto y, por otro, que la autonomía municipal no puede implicar una forma de defraudar el contenido material de la Carta Fundamental, respecto a la protección de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Por su parte, la Municipalidad de Los Ángeles por el oficio N° 271, de 2008 -remitido por la Contraloría Regional del Bío-Bío mediante el oficio N° 6.894, de 2008-, solicita se determine la legalidad de lo expresado por la Asociación Chilena de Municipalidades respecto de la sentencia recaída en el aludido proceso, en el informe jurídico de esa Asociación que se acompaña, referido al fármaco Levonorgestrel 0,75 mg., denominado la "píldora del día después".

AL SEÑOR
PRESIDENTE DE LA
ASOCIACIÓN CHILENA DE MUNICIPALIDADES
MONJITAS N° 755
PRESENTE

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

2

En dicho informe se expresa, en síntesis, que el aludido fallo en causa rol N° 740-2007, acogió la inconstitucionalidad de una parte del decreto supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, en lo relativo a la utilización de ese medicamento en los planes de control de fertilidad, pero no se pronunció sobre su utilización en otras normas y su incorporación al registro sanitario nacional del Instituto de Salud Pública, autorizando su venta y distribución; que en atención a la autonomía de las municipalidades y a la facultad de éstas de implementar otras prestaciones más allá de las dispuestas por la autoridad sanitaria, existirían diversas alternativas para los efectos de distribuir dicha píldora que podrían tener sustento legal; y, que a fin de velar por el principio de legalidad de las actuaciones municipales, sería conveniente obtener un pronunciamiento de la Contraloría General, sin perjuicio que el Ministerio de Salud pueda solicitar una aclaración al Tribunal Constitucional acerca del alcance de la sentencia.

Por último, 37 abogados y profesores de derecho, patrocinados por los también abogados señores Alejandro Silva Bascuñán, Francisco Cumplido Cereceda y Eduardo Soto Kloss, tras un extenso análisis jurídico de la normativa atinente a la materia, solicitan un pronunciamiento de esta Contraloría General sobre las materias que indican, vinculadas con el alcance que tendría la declaración de inconstitucionalidad de parte del citado decreto supremo N° 48, de 2007.

El Ministerio de Salud, requerido al efecto, informó en relación con la presentación de la Asociación Chilena de Municipalidades, mediante el oficio N° 5.198, de 2008, en el cual, luego de un análisis de la normativa prevista en el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, y en las leyes N°s 18.695 y 19.378, concluye que en el ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 56 de la última ley mencionada y el principio de autonomía municipal, los municipios pueden realizar acciones de salud destinadas a entregar a la población otro tipo de prestaciones distintas a las que entregan o ejecutan en su calidad de integrantes de las Redes Asistenciales de Servicios de Salud del país, toda vez que se trataría de acciones no comprendidas en los planes y programas del Ministerio y, en definitiva, correspondería al ejercicio de sus facultades de origen constitucional y legal en la materia.

Sobre el particular, cabe tener presente que el decreto supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, aprobó el texto que establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, a cuyo cumplimiento se encuentran obligados, según lo dispone su numeral 4°, "los organismos, instituciones y los funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de los Servicios de Salud, conforme lo dispuesto en el artículo 2° del decreto con fuerza de ley 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 las leyes N° 18.469 y N° 18.933."

Menester es considerar enseguida que el Excmo. Tribunal Constitucional, en el ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 93, N° 16, de la Constitución Política, de resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, y ante el requerimiento de treinta y seis diputados en ejercicio -que representan más de la cuarta parte de la Cámara de Diputados-, en virtud de

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

3

la legitimación activa prevista en el citado artículo 93, inciso décimo noveno, en sentencia dictada el 18 de abril de 2008 en causa rol N° 740-2007, resolvió "Que se acoge el requerimiento únicamente en cuanto se declara que la Sección C., acápite 3.3, "Anticoncepción Hormonal de Emergencia", así como la Sección D., "Anticoncepción en Poblaciones Específicas", acápite 1, sólo en la parte que se refiere a la "anticoncepción de emergencia", de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, son inconstitucionales."

La Sección C, acápite 3.3, "Anticoncepción Hormonal de Emergencia", señala en su párrafo tercero "**Regímenes usados**" que "Como anticoncepción hormonal de emergencia se usan píldoras de levonorgestrel solo o píldoras combinadas de etinil-estradiol y levonorgestrel. En ambos regímenes se utilizan las mismas hormonas que contienen algunos anticonceptivos hormonales orales de uso regular, pero en dosis más altas y en un plazo de tiempo definido: **Régimen de levonorgestrel.** Se puede emplear de dos maneras, igualmente efectivas: a) La modalidad más conveniente para las usuarias es tomar, lo antes posible, una dosis única de 1.500 mcg de levonorgestrel. En Chile existen dos productos registrados para este fin, Postinor-2 y TACE que consisten en dos pastillas con 750 mcg de levonorgestrel que se pueden tomar juntas. b) La forma tradicional ha sido usar dos dosis de 750 mcg de levonorgestrel (LNG) cada una, la primera lo antes posible y la segunda 12 horas después. Si no están disponibles los productos registrados, se pueden reemplazar por 25 píldoras de levonorgestrel solo (30 mcg cada una) lo antes posible seguidas por otras 25 píldoras 12 horas después. Estas píldoras de levonorgestrel en minidosis se emplean como anticonceptivo durante la lactancia y hay tres presentaciones disponibles en Chile. Hasta hace poco se recomendaba iniciar el uso dentro de 72 horas de la relación no protegida. Un estudio de la OMS mostró que el levonorgestrel, usado en una o en dos dosis, también puede prevenir embarazos si se usa en el cuarto y quinto día después de la relación no protegida, aunque su eficacia anticonceptiva es menor que si se usa en las primeras 72 horas. **Régimen combinado (régimen de Yuzpe)** Se emplean dos dosis de 100 mcg de etinil-estradiol + 500 mcg de levonorgestrel cada una, separadas por un intervalo de 12 horas, iniciándolas lo antes posible dentro de 72 horas de la relación no protegida. En Chile no están disponibles productos dedicados para este fin que contengan la dosis exacta. Como alternativa pueden usarse, por cada dosis, 30 mcg de etinil-estradiol y 0,15 mg de levonorgestrel, las que están disponibles como anovulatorios con baja dosis de estrógenos. También se pueden prevenir embarazos con este régimen si se usa en el cuarto y quinto día después de la relación, aunque su eficacia anticonceptiva es menor que si se usa en las primeras 72 horas y menor que el del levonosgestrel."

Por su parte, la Sección D., "Anticoncepción en Poblaciones Específicas", acápite 1, señala en la parte que se refiere a la "**Anticoncepción de emergencia:** la AE, ya sea en píldoras de progestágeno solo o píldoras combinadas, es una buena opción para casos de emergencia, como cuando la adolescente tuvo relaciones sexuales y no se usó un método anticonceptivo, cuando el método anticonceptivo usado falló (se rompió el condón o se olvidaron las pastillas) y en caso de violación. Este método no protege de las infecciones de transmisión sexual, incluyendo el VIH/SIDA."

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

4

A continuación, cabe tener en cuenta que el artículo 94, inciso tercero, de la Carta Fundamental, ordena que en el caso del aludido N° 16 del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo.

En el contexto descrito, es necesario en primer término precisar, en lo que atañe a la competencia de este Organismo Contralor, que el Capítulo X -artículos 98 a 100- de la Constitución Política y la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, le encomiendan, entre otras, la función fundamental de ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración del Estado.

A su vez, el artículo 93 de la Constitución Política, a través del otorgamiento de las atribuciones que allí se establecen, le encarga al Tribunal Constitucional la misión de conservar la supremacía e integridad de la Constitución, mediante la facultad de resolver conflictos jurídicos de constitucionalidad, dictando al efecto sentencias que, en su caso, con autoridad de cosa juzgada expulsan del ordenamiento jurídico el acto estatal contrario a ella, trazando de esta manera, además, líneas de demarcación para los poderes normativos en sus diferentes niveles jerárquicos y orgánicos -como sucede con la potestad reglamentaria entregada al Presidente de la República en el artículo 32, número 6 de la Constitución-, fijando igualmente límites interpretativos para todos los operadores jurídicos.

En este orden de ideas, debe señalarse que las sentencias pronunciadas por órganos que ejercen jurisdicción, fijan irrevocablemente el derecho aplicable y su acatamiento es obligatorio, debiendo agregarse, que tratándose de la jurisdicción constitucional, en lo específico, de un pronunciamiento de inconstitucionalidad de un acto administrativo normativo, como consecuencia de un requerimiento de esa especie, la resolución respectiva constituye también una peculiar fuente del derecho, por cuanto la eliminación de la norma viciada de inconstitucionalidad implica también una actividad de integración creadora del derecho.

Ahora bien, efectuadas las precisiones precedentes y relacionando de manera coherente las disposiciones constitucionales citadas con el ámbito de competencia de esta Contraloría General, teniendo en consideración el carácter sistemático del ordenamiento jurídico, menester es señalar que corresponde a este Organismo Contralor velar por la juridicidad de las actuaciones de los órganos integrantes de la Administración del Estado sometidos a su fiscalización, directamente vinculados al acto administrativo impugnado declarado inconstitucional, sin que ello de modo alguno implique entrar a determinar el alcance de la sentencia, yendo más allá de lo que ésta expresamente señale, labor del todo ajena a la competencia de esta Entidad.

En este sentido, es posible puntualizar que en la especie es manifiesto que lo declarado en el ya mencionado pronunciamiento del Excmo. Tribunal Constitucional, resulta obligatorio para todos los organismos, instituciones y funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud,

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

5

según se verifica del solo tenor del numeral 4º del decreto supremo N° 48, de 2007, acto administrativo normativo sobre el cual aquél recae.

Al efecto, el artículo 2º, inciso segundo, del citado decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, señala que constituyen el Sistema Nacional de Servicios de Salud "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."

Procede a continuación considerar que el artículo 17, inciso primero, del mismo decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, precisa el concepto de Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, señalando que "la Red Asistencial de cada Servicio de Salud estará constituida por el conjunto de establecimientos asistenciales públicos que forman parte del Servicio, los establecimientos municipales de atención primaria de salud de su territorio y los demás establecimientos públicos o privados que suscriban convenios con el Servicio de Salud respectivo, conforme al artículo 2º de esta ley, los cuales deberán colaborar y complementarse entre sí para resolver de manera efectiva las necesidades de salud de la población."

Luego, el artículo 18 del referido texto legal, regula la Red Asistencial de cada Servicio de Salud, estableciendo, en lo que interesa, que se organizará con un primer nivel de atención primaria y que los establecimientos de esta especie, sean consultorios, sean dependientes de municipios, de servicios de salud o tengan convenios con éstos, deben atender en el territorio del Servicio respectivo, la población a su cargo. Añade este precepto legal, que estos establecimientos, tanto públicos como privados, estarán supeditados a las mismas reglas técnicas y aportes financieros por tipo de población, de servicios brindados y calidad de éstos, y serán supervisados y coordinados por el Servicio de Salud respectivo, prestando con los recursos físicos y humanos de que dispongan, la atención de salud programada y de urgencia, además de las acciones de apoyo y docencia cuando correspondiera.

A su turno, los artículos 118, inciso cuarto, de la Constitución Política y 1º, inciso segundo, de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, establecen que estas últimas son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

A continuación, el artículo 4º, letra b), de la ley N° 18.695, previene que las municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con la salud pública. En armonía con lo expresado, el artículo 23 de este texto legal, señala, en lo pertinente, que la unidad de servicios de salud tendrá la función de asesorar al alcalde en la elaboración de las políticas concernientes a esta materia, para cuyo fin elaborará y ejecutará los programas relacionados con la salud pública y administrará los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para ello.

Enseguida, debe recordarse que en conformidad con lo dispuesto en los artículos 9º y 10 de la referida ley N° 18.695, las municipalidades deberán actuar, en todo caso, dentro del marco

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

6

de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva actividad y en coordinación con el resto de los organismos de la Administración del Estado, lo que deberá efectuarse sin alterar las atribuciones y funciones que correspondan a los organismos respectivos.

Luego, el artículo 56, inciso primero de la ley N° 19.378, Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, citado por la Asociación Chilena de Municipalidades como eventual sustento jurídico para la entrega de "la píldora del día después", sea Levonogestrol o el método combinado Yuzpe -en concordancia con las normas contenidas en los artículos 118, inciso segundo, de la Constitución y 1°, inciso segundo, y 4°, letra b), de la ley N° 18.695, ya citados-, previene que "Los establecimientos municipales de atención primaria de salud cumplirán las normas técnicas, planes y programas que sobre la materia imparta el Ministerio de Salud. No obstante, siempre sin necesidad de autorización alguna, podrán extender, a costo municipal o mediante cobro al usuario, la atención de salud a otras prestaciones."

Por su parte, el artículo 58 de la aludida ley N° 19.378, regula el procedimiento a que debe someterse, para su aprobación, el proyecto de programa de salud municipal, el cual es formulado por la entidad administradora de salud municipal y debe "enmarcarse dentro de las normas técnicas del Ministerio de Salud", las que deben ser comunicadas por éste, a través de los respectivos Servicios de Salud, a las entidades administradoras de salud municipal, a más tardar, el día 10 de septiembre del año anterior a su ejecución.

Cabe añadir, que de conformidad al artículo 2° de la misma ley N° 19.378, las dependencias a través de las cuales los municipios realizan las acciones de salud, son, a) "Establecimientos municipales de atención primaria de salud: los consultorios generales urbanos y rurales, las postas rurales y cualquier otra clase de establecimientos de salud administrados por las municipalidades o las instituciones sin fines de lucro que los administren en virtud de convenios celebrados con ellas."; y, b) "Entidades administradoras de salud municipal: las personas jurídicas que tengan a su cargo la administración y operación de establecimientos de atención primaria de salud municipal, sean éstas las municipalidades o instituciones privadas sin fines de lucro a las que la municipalidad haya entregado la administración de los establecimientos de salud, en conformidad con el artículo 12 del decreto con fuerza de ley N° 1-3.063, del Ministerio del Interior, de 1980."

Como es posible advertir de las disposiciones citadas, lo que por lo demás ha sido reconocido por esta Entidad de Control en el dictamen N° 28.768, de 2000, los municipios, con el objeto de promover la salud y el desarrollo comunal, cuentan con atribuciones legales y una infraestructura orgánica para desarrollar la implementación de nuevas prestaciones de salud, insertas en planes comunales de esa naturaleza, en los casos en que no exista política pública ministerial, en la medida que tales prestaciones sean financiadas directamente por el paciente particular o haciéndose cargo el propio municipio de asumir su costo y no se las considere dentro de aquellas que sirven de base a la determinación del aporte estatal, para la atención primaria de salud municipal.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

7

No obstante, conforme al principio de legalidad establecido en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política y 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, es condición sine qua non que dichas acciones se ajusten a la juridicidad vigente.

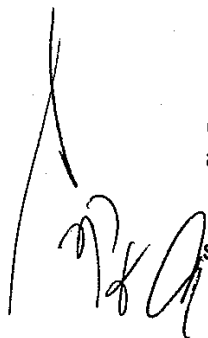
Pues bien, en la situación en análisis y considerando lo ya asentado por el Excmo. Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete jurídico supremo de la Constitución, en orden a que constituye una vulneración a la Carta Suprema la realización por parte de los entes integrantes de la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, de acciones que impliquen la utilización del fármaco Levonogestrol y el método combinado Yuzpe, denominados "píldora del día después", conforme a la resolución recaída en el requerimiento de inconstitucionalidad causa rol N° 740-2007 y teniendo en cuenta que entre aquéllos se encuentran los municipios, necesario es informar que las municipalidades quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha sentencia y, en consecuencia, están jurídicamente impedidas de implementar planes o programas o realizar actividades o acciones que impliquen la utilización o entrega a cualquier título de ese fármaco, ni aun a costo municipal o mediante cobro al usuario.

De igual modo, cabe hacer presente que, de conformidad con la normativa antes comentada -en especial la contenida en los artículos 2°, inciso segundo, 3°, 17, inciso primero y 18 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud y 2° de la ley N° 19.378-, se encuentran en la misma situación antes descrita, los demás entes públicos o privados que suscriban convenios con los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud, por cuanto, en su virtud, constituyen asimismo dicho sistema.

Enseguida, en cuanto a lo solicitado por el grupo de 37 abogados y profesores de derecho recurrentes, cabe precisar que a través de la respectiva presentación se requiere, por una parte, que este Organismo Contralor declare que, como consecuencia del fallo de la especie, se habrían derogado tácitamente todos los cuerpos normativos que, sea por su materia o fines próximos, contrarían el decreto supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, como sucedería con la resolución exenta N° 527, de 2004, y el decreto supremo N° 194, de 2005, ambos de la misma Secretaría de Estado -el primero sobre Normas y Guía Clínica para la Atención en Servicios de Urgencia de Personas Víctimas de Violencia Sexual y que autoriza la distribución de "la píldora del día después" a las mujeres que hayan sido víctimas de violación y, el segundo, que aprueba el Reglamento del Formulario Nacional de Medicamentos, en la parte que incorpora el cuestionado producto-

A su vez, e igualmente, fundamentados en la misma sentencia, los aludidos solicitantes requieren que se precise que la autoridad sanitaria ha quedado impedida de promover, realizar o permitir, en su caso, la fabricación, distribución, importación y comercialización de todo producto elaborado en base al aludido principio activo, conocido como "píldora del día después".

En relación a estas materias, debe señalarse que las mismas implican determinar los efectos del



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

8

pronunciamiento jurisdiccional de inconstitucionalidad, de parte del decreto N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, respecto de otros actos administrativos de esa Secretaría de Estado y, asimismo, precisar los alcances que esa sentencia tendría sobre las funciones que los artículos 59 y 70 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, le asignan a otras entidades del sector salud, cuales son, el Instituto de Salud Pública y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, respectivamente.

Por ende, esta Contraloría General debe abstenerse de emitir pronunciamento, acerca de dichos asuntos, en atención a que ellas exceden su ámbito de competencia, puesto que tal calificación importa determinar en sede administrativa los alcances de una sentencia de jurisdicción constitucional.

Es necesario destacar que tratándose de un fallo del Tribunal Constitucional, la referida imposibilidad de efectuar una calificación en los términos solicitados, está en concordancia con lo previsto en el artículo 94, inciso primero, de la Carta Fundamental, en cuya virtud contra las resoluciones de dicho órgano no procede recurso alguno, salvo la rectificación de errores de hecho que realice el mismo Tribunal conforme a la ley, precepto que apunta a mantener inalterado y dar cabal cumplimiento a lo resuelto por éste.

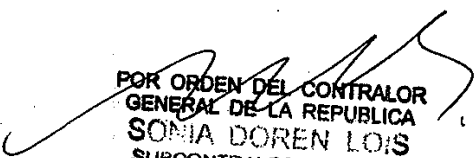
En igual sentido, la Constitución Política en el inciso tercero del mismo artículo, ha consagrado el efecto directo -sin ninguna mediación o alteración de lo resuelto- de la declaración acerca de la inconstitucionalidad de un decreto, atribución que ha sido ejercida en este caso.

De esta manera, es la propia Carta Suprema, la que otorga una competencia exclusiva al Tribunal Constitucional en cuanto a la decisión e interpretación de las materias que abarca su ámbito de atribuciones.

Finalmente, igual criterio procede sostener respecto de la solicitud que asimismo efectúan los últimos recurrentes, respecto del eventual sometimiento de entidades privadas a la referida declaración de inconstitucionalidad de los métodos de anticoncepción hormonal de emergencia fabricados en base al principio activo y método combinado mencionados -situación en la que se encontrarían, a modo de ejemplo, las farmacias, droguerías, almacenes farmacéuticos, botiquines y depósitos de productos farmacéuticos-, considerando que se trata de una controversia surgida acerca de los alcances de una sentencia, sin perjuicio que, además, tales establecimientos están fuera del ámbito de fiscalización de esta Contraloría General conforme a la Constitución Política y su Ley Orgánica.

Transcribese al señor Ministro de Salud, al señor Jorge Reyes Zapata, a la Contraloría Regional del Bío-Bío, a la Municipalidad de Los Ángeles y al señor Alejandro Silva Bascuñán y otros.

Saluda atentamente a Ud.


POR ORDEN DEL CONTRALOR
GENERAL DE LA REPUBLICA
SONIA DOREN LOÍS
SUBCONTRALOR GENERAL