Modifica el Código Sanitario para establecer que la objeción de conciencia, respecto de la interrupción voluntaria del embarazo, solo puede ser invocada por personas naturales

Boletín N°11741-11

ANTECEDENTES

La Ley N° 21.030 que regula la despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales, permitiendo el aborto en caso de riesgo vital, inviabilidad fetal y violación sexual representa un avance en la garantía de los derechos humanos de mujeres y niñas de nuestro país. No obstante, dicho derecho- que no es sino una concreción del derecho a la vida, integridad física y psíquica, dignidad, y salud, entre otros, amparados en nuestra Constitución y en tratados internacionales ratificados y vigentes en la legislación chilena- ha sido vulnerado, en tanto, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de su función de control preventivo facultativo, excede su mandato y actúa como legislador positivo y agrega la posibilidad de ejercer objeción de conciencia por parte de las instituciones al artículo 119 ter del Código Sanitario, lo que imposibilita en la práctica una atención y protección idónea para quienes acudan a una institución de salud por la necesidad de la interrupción del embarazo en alguna de las tres causales que señala la ley.

I. Sobre las facultades del Tribunal Constitucional y la sentencia Rol N° 3729- 17.

El 28 de agosto de 2017 el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de la Ley N° 21.030, luego de tener que pronunciarse sobre dos requerimientos de parlamentarios[1] presentados durante la tramitación de la ley, acorde a las facultades que le otorga la Constitución en su artículo 93 n°3. La sentencia consta de dos capítulos, el primero referido a la declaración de constitucionalidad de la despenalización de la interrupción del embarazo en las tres causales que contenía el proyecto, y el segundo relativo a la declaración parcial de inconstitucionalidad de la forma en que se regulaba la objeción de conciencia. A pesar que dicha sentencia corresponde a un único cuerpo jurisprudencial, existen manifiestas contradicciones entre lo que se señala en el primer capítulo y el segundo, por los argumentos que se expondrán a continuación.

En el reconocimiento de la constitucionalidad del proyecto de ley, el Tribunal en el Considerando Trigésimo Quinto realiza un listado de todos los derechos de la mujer que debiese considerarse a la hora de tomar una determinación con respecto a la despenalización del aborto en las causales que señala el proyecto de ley, tales como la libertad e igualdad (art. 1 inc. 1° y 19 n° 2), la vida e integridad física y psíquica (art. 19 n° 1), privacidad (19 n° 4), salud (19 n°9), y la mayor realización espiritual y material posible (art. 1°). De este modo, reconoce que “la mujer en el lenguaje de la Constitución es una persona humana”, refiriéndose también al criterio de dinamicidad que debe tomar en cuenta para su decisión, dado que en las últimas décadas, el legislador ha avanzando en el reconocimiento de derechos relativos a la igualdad de género. Además, hace un expreso reconocimiento de Convenciones internacionales de derechos humanos que se encuentran ratificadas por Chile a las cuales se

1 Véase en el expediente de la STC Rol N°3729-51/2017.

les considera derecho vigente. Así las cosas, reconoce como derechos la protección efectiva contra todo acto de discriminación contra la mujer; el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación; el derecho a la vida libre de violencia física, sexual y sicológica; el derecho a una capacidad jurídica idéntica a la del hombre; nuevos aspectos relacionados con la maternidad: acceder a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia; el derecho para contraer matrimonio, elegir libremente al cónyuge, asumir los mismos derechos durante el matrimonio y disolución; y el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos el intervalo entre los nacimientos, es decir a la planificación familiar. Por otro lado, realiza una importante distinción entre embarazo y maternidad.

Por otro lado, sitúa la Ley N° 21.030 dentro del paradigma del consentimiento informado, armonizando esta nueva ley con la Ley N° 20.584 que regula los Derechos y Deberes de los pacientes. El Tribunal señala que toda acción de salud que se establezca a nivel legal debe ser garantizada por el Estado, puesto que de otro modo se vulneraría el mandato del artículo 19 n°9 de la Constitución, estableciendo en el Considerando centésimo tercero: *"Las prestaciones médicas que se derivan de la interrupción del embarazo, en las causales de justificación que se despenalizan, son inherentes e indispensables, no puede entenderse aquella sin una política de salud o sanitaria en esta situación por parte del Estado. Su omisión haría incurrir al Estado en responsabilidad por falta de servicio"*.

Esta primera parte de la sentencia que reconoce expresamente la interrupción del embarazo en tres causales como una concreción al derecho a la salud, pugna directamente con aquella relativa a la objeción de conciencia, puesto que en este segundo capítulo se señala que la objeción de conciencia sería consecuencia expresa del derecho a la libertad de conciencia que establece la Constitución en el art. 19 n°6, no pudiendo limitarse dicha libertad[2]. En otras palabras, lo que el sentenciador está señalando es que existiría en nuestro ordenamiento jurídico un derecho general a la objeción de conciencia, definida por este como el derecho a negarse a practicar cierto tipo de actuaciones (la interrupción del embarazo), por razones éticas, morales, religiosas, profesionales, u otras de señalada relevancia; como un derecho a rechazar los deberes legales cuando aquellos pugnan con las más íntimas convicciones de las personas, el cual no puede estar limitado legalmente. Esto trae serias consecuencias que pasan por encima del rol que tiene el legislador y nuestro sistema legal en su conjunto, puesto que acorde al art. 19 n°26 los derechos pueden ser limitados- tal como ha reconocido en otras oportunidades el mismo Tribunal Constitucional- , mientras no sean limitados en su esencia, lo cual es justamente atribución del Poder Legislativo, órgano electo democráticamente para estos efectos.

Lo que hace este segundo capítulo es desconocer los acuerdos democráticos y el reconocimiento a los órganos internacionales que se han pronunciado en esta materia, estableciendo que la objeción de conciencia como manifestación del derecho a la libertad de

2 CENTESIMOTRIGESIMOCUARTO. Que, así, es inconcuso que la objeción de conciencia puede ser interpuesta por las personas individuales; tanto más cuando la Carta Fundamental asegura expresamente a todas las personas la libertad de conciencia, en su artículo 19, N ° 6 ° , inciso primero. Misma libertad que el texto constitucional no autoriza limitar (N ° 26 ° del citado artículo 19), máxime cuando -como en este caso- su ejercicio incide, justamente, en el ámbito de la vida de otros seres humanos conforme a la propia convicción que se sustente;

conciencia no puede limitarse, inclusive cuando esto pugne con derechos como la integridad física, psíquica, la salud y la vida de las mujeres y niñas de nuestro país. Esto lo hace sin referirse a cómo es que la objeción de conciencia se desprende como derecho fundamental desde la consagración de la libertad de conciencia, es decir, no se refiere a su estatus constitucional, y los únicos ejemplos que da de ello a nivel comparado son el caso español y paraguayo, en que la objeción de conciencia está admitida únicamente en caso de conscripción, lo cual representa una carga pública que no tiene una restricción de derechos correlativos para ninguna ciudadana o ciudadano. Cuando una persona objeta conciencia para no realizar el servicio militar, no hay personas perjudicadas por dicha decisión, en el caso del médico que no realiza una interrupción de embarazo, en cambio, esto significa la vulneración de derechos esenciales de las mujeres, en caso de no existir la prestación médica.

En esta línea, nuevamente sin justificación alguna, el Tribunal decide ampliar aquel supuesto derecho de objeción de conciencia hacia las instituciones, excediendo las atribuciones que le entrega la Constitución, interpretando la palabra "disposiciones" del art. 94 como "palabras", actuando por esta vía como legislador positivo a través de la conjugación de palabras para lograr consagrar la objeción de conciencia institucional. Decide eliminar la expresión "en ningún caso" del original art. 119 ter del proyecto, reconociendo como única limitación el no escribir palabras nuevas, pero creando con la combinación de estas una regla enteramente nueva, es decir, excediendo las funciones y atribuciones que se le han mandatado a nivel constitucional, lo que provoca una evidente vulneración a nuestro ordenamiento jurídico y a la garantía de los derechos para quienes han decidido optar a la interrupción voluntaria de embarazo en tres causales, cuestión que fue declarada como parte de una concreción del derecho a la salud en el capítulo primero de esta sentencia.

II. Sobre la Objeción de Conciencia personal e institucional y su tratamiento en el derecho internacional de los derechos humanos.

El derecho a la objeción de conciencia en la prestación de servicios de salud implica- según los estándares revisados por tres sistemas internacionales de protección de derechos humanos: el Sistema Interamericano, el Sistema Universal, y el Sistema Europeo- que los profesionales de la salud tienen la legítima posibilidad de negarse a proporcionar ciertos servicios de salud por considerarlos contrarios a sus convicciones personales. No obstante, dicha negativa no puede potencialmente implicar la restricción o anulación al goce de derechos humanos de las mujeres y niñas.

El ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, por tanto, está sujeto a ciertos límites, que constituyen reglas vigentes en el derecho internacional de los derechos humanos con el objetivo de establecer cuáles son los estándares aplicables, o no, a la objeción de conciencia en la provisión de servicios de salud:

1. El derecho a la objeción de conciencia en servicios de salud se desprende del derecho a la libertad de conciencia[3] y no es un derecho absoluto en cuanto no puede constituirse en una barrera de acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva[45].

3 Centro de los Derechos Reproductivos. *Objeción de Conciencia y Derechos Reproductivos. Estándares Internacionales de Derechos Humanos*. CIDH, Acceso a la información en materia reproductiva, supra nota 28, párr. 93.

2. La objeción de conciencia es un derecho que sólo puede ser reconocido a personas naturales, no pueden ser titulares personas jurídicas o el Estado[5].

3. La objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional o colectiva. Procede cuando se trate realmente de una convicción debidamente fundamentada y debe presentarse por escrito[6].

4. La objeción de conciencia sólo aplica a prestadores directos del servicio y no a personal administrativo[7].

5. El médico que alegue objeción de conciencia tiene la obligación de remitir inmediatamente a la mujer a un médico que sí pueda proporcionar el servicio médico[8].

6. Los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal[6] y por lo tanto son responsables de regular el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva de tal manera que la objeción de conciencia no vulnere los derechos a la vida y a la integridad personal de las mujeres.

Los estándares fijados en la sentencia T-388/09 de la Corte Constitucional de Colombia[7] reconoce límites concretos respecto de quién puede ejercer la objeción de conciencia al aborto, estableciendo que son titulares del derecho sólo las personas que intervienen directamente en el procedimiento, no las instituciones. Estos límites, señala la Corte, tienen efectos específicos en cuanto a lo que cuenta como una verdadera objeción de conciencia —contenido— y en lo relativo a las condiciones de ejercicio. Respecto de las condiciones, indicó la Corte, existe la obligación de remitir a un prestador dispuesto y disponible y que, en casos de que este no exista, el objetor pierde la posibilidad de alegar la objeción, así como en aquellos casos de emergencia médica.

Estos estándares evidencian el criterio de que el ejercicio de este derecho no puede constituir un mecanismo de discriminación y vulneración de lo derechos fundamentales de las mujeres y niñas.

En el último examen que rindió el Estado de Chile ante el Comité CEDAW celebrado en marzo de 2018 el Comité celebró la promulgación de la ley 21.030, sin embargo, expresó su preocupación por los abortos clandestinos e inseguros que seguirán ocurriendo por fuera de las causales aprobadas; por el hecho que la objeción de conciencia personal e institucional

---

4 Corte Constitucional, febrero 28, 2008, Sentencia T 209/08, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] ([5]Colom.), citado en CIDH, Acceso a la información en materia reproductiva, supra nota 28, párr. 97. Ibídem. [6] Ibídem.

5 Ibídem

Ibídem.

6 Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte IDH (ser. C) No. 257,párr. 148 (Nov. 28, 2012).

7 Women´s Link Worldwide y O’Neill Institute for National and Global Health Law de Georgetown University. T-388/2009. Objeción de Conciencia y Aborto. Una perspectiva Global sobre la experiencia Colombiana. 2014.

pueda constituirse en una barrera para el acceso a las mujeres al aborto seguro, especialmente en zonas rurales y remotas; por las altas tasas de embarazos adolescentes; entre otras.

Respecto de esta materia el Comité le recomendó al Estado de Chile;

a) Extender el alcance de la Ley N ° 21.030 para despenalizar el aborto en todos los casos;
b) Aplicar requisitos de justificación estrictos para evitar el uso generalizado de la objeción de conciencia por parte de los médicos que se niegan a realizar abortos, en particular en casos de embarazo adolescente, y garantizar que dichas medidas también se apliquen al personal médico en clínicas privadas;
c) Asegure el acceso de las mujeres, incluidas las niñas y las adolescentes menores de 18 años, a los servicios de aborto seguro y atención posterior al aborto; y asegurar además que los servicios de salud proporcionen apoyo psicológico a las niñas y adolescentes que han sido víctimas de violencia sexual;
d) Asegurar que los anticonceptivos modernos sean accesibles, asequibles y estén disponibles para todas las mujeres y niñas, particularmente en áreas rurales o remotas;
e) Adopte medidas para garantizar que los servicios de salud, especialmente los servicios de ginecología, sean accesibles para todas las mujeres, en particular las mujeres con discapacidad;
f) Asegure la plena aplicación de las Directrices nacionales sobre regulación de la fertilidad (2018) garantizando que el personal médico busque sistemáticamente el consentimiento plenamente informado antes de que se realicen las esterilizaciones, que los profesionales que realizan esterilizaciones sin dicho consentimiento sean sancionados y que se pague una compensación financiera están disponibles para mujeres víctimas de esterilización no consentida.[8]

III. Sobre el dictamen de la Contraloría General de la República que declaró ilegal la Resolución Exenta N°432 de 2018 MINSAL Protocolo para la Manifestación de la Objeción de Consciencia.

Con fecha 9 de mayo del presente año, la Contraloría General de la República emitió el dictamen Nº11.781, que se pronuncia sobre la Resolución Exenta N°432 de 2018 MINSAL Protocolo para la Manifestación de la Objeción de Consciencia, a pedido de un grupo de senadores, diputados y representantes de organizaciones de la sociedad civil. En dicha oportunidad, el órgano contralor declaró la ilegalidad de dicho protocolo en razón de los siguientes argumentos:

1. El protocolo excede el ámbito regulable a través de una Resolución y se avoca a aspectos que van más allá de la Ley, para lo cual se requiere la dictación de un Reglamento, conforme al artículo 32 Nº6 de la Constitución Política de la República.
2. La Constitución y las leyes reconocen la salud y el acceso a prestaciones de salud como un derecho fundamental, el que está primeramente resguardado por los establecimientos públicos de salud. Por tanto, estos no pueden invocar la objeción de conciencia.
3. El Decreto con Fuerza de Ley Nº36 de 1980, que regula los convenios entre los servicios de salud y entidades privadas de salud, señala que cuando se encarga a la segunda funciones de los primeros, estos son sustituidos por la entidad privada, la que

8 Comité CEDAW, Observaciones Finales sobre el Séptimo informe periódico de Chile, párrafo 38 y 39, 9 de marzo de 2018. CEDAW/C/CHL/C0/7 (traducción propia).

pasa a cumplir funciones públicas. Por tanto, estas instituciones no pueden voluntariamente ponerse en una situación que les impida cumplir funciones a las cuales el Estado se encuentra obligado, es decir, tampoco pueden invocar la objeción de conciencia.

4. Finalmente, la objeción de conciencia, tanto en el derecho comparado como en la regulación nacional, es un derecho de carácter excepcional y ninguna norma de carácter inferior al legal puede invertir dicha relación. El protocolo en ocasiones no respeta este carácter excepcional de la objeción de la conciencia, como el establecimiento de presunciones ante la falta de manifestación expresa de voluntad.

Con todo, y en base a los antecedentes que nos aporta la sentencia del Tribunal Constitucional y Contraloría General de la República respecto a la ley 21.030 y en virtud de los estándares para asegurar el pleno respeto a los derechos humanos de las mujeres y niñas; se requiere derogar la objeción de conciencia institucional introducida por el Tribunal Constitucional en la legislación nacional.

Por estas consideraciones proponemos:

PROYECTO DE LEY

Artículo único.- Modifica el Decreto con Fuerza de Ley 725 de 1968, Ministerio de Salud, Código Sanitario, en los términos siguientes:

Sustitúyase en la oración final del inciso primero del artículo 119 ter después de la letra "y" y antes del punto, la frase "podrá ser invocada por una institución" por la frase "solo podrá ser invocada por personas naturales".