



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona



FLACSO
ARGENTINA

Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

DOSSIER SOBRE EL DEBATE POR LA LEGALIZACIÓN DEL ABORTO EN LATINOAMÉRICA

Objeción de conciencia institucional y regulación en salud: ¿existe una excusa legítima frente al aborto en Chile?

Institutional conscientious objection and health regulation: is there a legitimate excuse to abortion in Chile?

Objecció de consciència institucional i regulació en salut: existeix una excusa legítima enfront de l'avortament a Xile?

JAVIERA CABELLO ROBERTSON, ALEXANDER NÚÑEZ NOVA *

OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: www.bioeticayderecho.ub.edu/master. En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

* Javiera Cabello Robertson. Egresada Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Representante de los y las Estudiantes de la Universidad de Chile ante el Tribunal Constitucional por la Ley de Aborto en Tres Causales. E-mail: javiera.cabello@ug.uchile.cl.

* Alexander Núñez Nova. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Investigador Junior en LaPSoS, Laboratorio Transdisciplinar en Prácticas Sociales y Subjetividad de la Universidad de Chile. E-mail: alexander.nunez@ug.uchile.cl.

Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar distintos aspectos de la regulación chilena en materias de salud y la teoría bioética, y esclarecer eventuales conflictos con la objeción de conciencia, en torno a la posibilidad de excusarse de practicar abortos en instituciones privadas de salud. La tesis a desarrollar es que existen poderosos argumentos para que una institución de salud no pueda negarse a la realización de abortos, y que la objeción de conciencia no puede constituirse como excusa para tal negativa a pesar de su reciente consagración normativa para instituciones privadas.

Palabras clave: derecho a la salud; objeción de conciencia; aborto; instituciones privadas de salud; servicio público.

Abstract

The objective of the paper is to analyse the various aspects of Chilean health regulation and Bioethics theory, and to clarify its eventual conflicts with conscientious objection, regarding the possibility of excusing oneself from practising abortions in private health institutions. The idea is to show that there are powerful arguments proving a health institution cannot deny an abortion procedure, and that conscientious objection is not a valid excuse for that denial in spite of its recent legal acceptance.

Keywords: right to health; conscientious objection; abortion; private health institutions; public service.

Resum

L'objectiu d'aquest treball és analitzar diferents aspectes de la regulació xilena en matèria de salut i la teoria bioètica, i esclarir els eventuais conflictes amb l'objecció de consciència pel que fa a la possibilitat d'excusar-se de practicar avortaments en institucions privades de salut. La tesi que s'hi desenvolupa és que existeixen poderosos arguments perquè una institució de salut no pugui negar-se a la realització d'avortaments, i que l'objecció de consciència no pot constituir-se en una excusa per aquesta negativa malgrat la seva recent consagració normativa per a institucions privades.

Paraules clau: dret a la salut; objecció de consciència; avortament; institucions privades de salut; servei públic.

1. Introducción

La objeción de conciencia, se erige en gran parte de sus alusiones como un derecho que permite una protección frente al Estado, una defensa de una prerrogativa que favorece al individuo frente a las exigencias estatales. Es ejemplo de ello que la objeción de conciencia nace como una figura relativa al deber de prestar servicios militares¹.

Sin embargo, no deben dejarse de lado situaciones donde la objeción de conciencia entra en conflicto con otros derechos. Es éste el caso del aborto, donde las convicciones religiosas o creencias de algunos médicos les han hecho excusarse de tal práctica invocando su libertad de conciencia. No sólo eso, sino que ha habido instituciones de salud completas que, invocando su personalidad jurídica, han querido oponerse a la realización de abortos dentro de sus dependencias², de modo que excluyen completamente un servicio médico que podría estar eventualmente garantizado por el Estado.

En relación a la normativa existente sobre el aborto, el Código Sanitario chileno, en su artículo 119 hasta hace poco establecía la prohibición absoluta de éste, pues disponía: “*No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto*”. Bajo el entendido de que una disposición como ésta vulneraba los derechos de la mujer, establecido así por recomendaciones de organismos internacionales que condenaban la realidad que se vivía en el país³, el 31 de enero de 2015 ingresó a la Cámara de Diputados un Proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales: riesgo vital de la mujer, inviabilidad del *nasciturus* y violación. Este Proyecto fue aprobado recientemente, de lo cual se obtiene la Ley N° 21.030, publicada en el Diario Oficial el 23/09/2017.

Precisamente en torno a la objeción de conciencia fue que se generó parte importante de la discusión legislativa. En concreto, la nueva ley altera el Código Sanitario, para disponer lo siguiente:

Artículo 119 ter. El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso primero del artículo 119 podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. (...) El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia. Dichos

¹ ACNUDH, Oficina del Alto Comisionado para los DDHH (2012), pp 2-4.

² EMOL (2015).

³ Citado en Mensaje del Proyecto de Ley N° 21.030, p.13.

protocolos deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo en conformidad con los artículos anteriores. La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución.

(...) En el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del número 1) del inciso primero del artículo 119, quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención."⁴

En cuanto a este artículo, la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 3729-17 alteró la redacción inicial de la norma, modificando la frase “*en ningún caso podrá ser invocada por una institución*” que figuraría en la última oración del primer inciso, quitando las primeras tres palabras e invirtiendo el sentido inicial de la norma, desde la prohibición de la objeción de conciencia institucional a una ambigua permisión. Esto implicó una modificación sustantiva de la operación de la interrupción voluntaria del embarazo y podría limitar un acceso sustantivo de las mujeres y cuerpos gestantes a sus derechos reproductivos. La pregunta que surge es en qué medida esta modificación realizada por el Tribunal Constitucional es objetable, y qué argumentos tanto jurídicos como bioéticos nos permiten llegar a esta conclusión.

El objetivo de este trabajo apunta a revisar los argumentos de carácter normativo que puedan resultar vitales para analizar si resulta válida la invocación de las instituciones privadas de salud de la objeción de conciencia, como manera de excusarse de la práctica de abortos dentro de sus recintos. Nuestra aproximación al respecto es que existen razones potentes, desde un punto de vista jurídico y bioético, que permiten concluir que la objeción de conciencia no resulta ser un modo legítimo de restringir el acceso a la salud reproductiva, y en definitiva, de excusarse de un servicio que cumple con características de servicio público, y por ende, de satisfacción de necesidades de interés general, como ciertamente son las prestaciones de salud.

2. Regulación de la salud en Chile: ¿Puede la salud ser considerada un servicio público?

El Sistema Nacional de Salud en Chile es de carácter mixto y se encuentra compuesto tanto por el Sistema de Salud Público como por el Sistema de Salud Privado. La relevancia de la distinción —y

⁴ Énfasis añadidos.

las consecuencias que de ella derivan— radica en que en Chile hay numerosas instituciones privadas que han manifestado su negativa a realizar abortos⁵; no así instituciones públicas. Al respecto, el Tribunal Constitucional reconoce que los sujetos jurídicos y asociaciones privadas pueden tener conciencia. Si bien no distingue en la modificación normativa, sí lo hace en su argumentación, haciendo referencia a instituciones *privadas*, reconociéndoles conciencia en su autonomía como cuerpos intermedios de la sociedad⁶. Un punto a esclarecer entonces es si estas instituciones privadas pueden reclamar autonomía suficiente como para desentenderse de las regulaciones que puedan condicionar su objeción de conciencia.

A nivel legal, y por mandato constitucional, la regulación tanto para el subsistema público como el privado se encuentra encargada al Ministerio de Salud, el cual tiene como objetivo central, de acuerdo al artículo 1 del Decreto Ley N° 2763 de 1979 el “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 y de rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones.”

Entre las funciones del Ministerio de Salud, se encuentra *velar por el cumplimiento de las normas de salud*⁷. Para ello cuenta, entre otras instituciones, con la Superintendencia de Salud, la cual fue creada por la Ley N°18933, y tiene como función primordial el proteger y promover los derechos en salud de las personas, con relación al servicio público (FONASA⁸), privado (ISAPRES⁹) y prestadores, ejerciendo la fiscalización y sanción *tanto sobre prestadores de salud públicos como privados*.

Otra de las atribuciones encomendadas es la de “establecer los estándares mínimos que deberán cumplir los prestadores institucionales de salud, tales como hospitales, clínicas, consultorios y centros médicos, con el objetivo de garantizar que las prestaciones alcancen la calidad requerida para la seguridad de los usuarios. Dichos estándares se fijarán de acuerdo al tipo de establecimiento y a los niveles de complejidad de las prestaciones, y *serán iguales para el sector público y el privado*”.

⁵ EL MOSTRADOR (2017).

⁶ STC 3729-2017 C. 136 señala que “*la objeción de conciencia puede ser planteada legítimamente por sujetos jurídicos o asociaciones privadas, en este caso, con arreglo a la autonomía constitucional que a los grupos intermedios de la sociedad les reconoce la propia Carta Fundamental, artículo 1°, inciso tercero.*”

⁷ Artículo 4 N°3 Decreto Ley N° 2763 de 1979.

⁸ Fondo Nacional de Salud.

⁹ Instituciones de Salud Previsional.

Del conjunto seleccionado de funciones que contempla el Ministerio y sus concreciones legales y reglamentarias es que podemos aproximar una primera conclusión: *el Sistema Nacional de Salud, tanto en su dimensión pública como privada, se rige por normas obligatorias de carácter general y específico, que regulan el marco de acción de ambos sectores de forma idéntica.*

Cabe ahora preguntarse si la salud, como derecho fundamental garantizado por nuestra Constitución y reconocido por diversos tratados internacionales, además regulado estrictamente por el Estado tanto técnica como administrativamente a través del Ministerio de Salud y fiscalizada por sus instituciones, puede ser entendida como un servicio público. De reconocerse esto último, se consagraría definitivamente una forma unificada de concebir las prestaciones de salud, que impide una división público-privado más allá de la propiedad de las instituciones y prohíbe a los últimos desentenderse de la normativa que pueda regirles en materia de abortos.

2.1. El concepto de servicio público

El concepto de servicio público en Chile ha evolucionado de forma escueta en relación a la región. Desde los años 80' se privilegió un concepto establecido por la doctrina francesa que define el servicio público desde una *perspectiva orgánica*, es decir, entendiéndolo como símil a administración del Estado¹⁰. Es entonces, en palabras de Jorge Fernández¹¹, “la labor de carácter técnico que la administración pública realiza por medio de sus órganos centrales o descentralizados con miras a satisfacer permanente, regular, continua, uniforme y adecuadamente, una necesidad colectiva de interés general, con sujeción a un régimen específico de derecho público.”

Sin embargo, lo anterior resulta insuficiente para comprender la complejidad propia de las múltiples actividades y tipologías de administración que existen, siendo entonces necesario repensar un concepto que logre abarcar esta complejidad y reconocer la posibilidad de que entes que no formen parte de la Administración —en sentido restringido— puedan ser considerados servicios públicos, reflejando la necesidad de comprender los servicios públicos desde una *perspectiva funcional*, es decir, dando énfasis en la función que cumple dicho órgano sin considerar en la ecuación su carácter de ente público o privado.

¹⁰ AYLWIN (1996), p.132.

¹¹ FERNÁNDEZ (1982), p. 216.

Así, la doctrina ha intentado dar respuesta al concepto indeterminado de servicio público, estableciendo criterios de servicio público o indicios de éste¹², que podrían guiarnos respecto a la función del servicio público y características que lo diferencian de la mera actividad privada. Así, por ejemplo, tenemos el *criterio funcional*, que dice relación con el carácter material o positivo de la prestación, la cual debe además desarrollarse en condiciones de regularidad y continuidad, condiciones que, en el caso en discusión, han sido establecidas por la Administración a los prestadores de salud en Chile, tanto para instituciones públicas como privadas.

Por su parte el *criterio de control*, según el cual serán considerados como servicio público aquellos servicios en que la gestión de la Administración es indirecta, es relevante en la medida que ésta tiene una supremacía regulatoria frente a quien lleva materialmente la actividad. Así, las facultades expresamente reconocidas en el artículo 4 del DL N° 2763 de 1979 de dictar regulaciones normativas, circulares, establecimiento de obligaciones específicas a los prestadores de salud con correlativas sanciones en caso de incumplimiento —todo ello coordinado por la Administración a través del Ministerio de Salud y fiscalizado por la Superintendencia—, permiten identificar una actividad con características de servicio público.

Finalmente, uno de los criterios más relevantes a nuestro parecer y por el cual se justifica que la Administración actúe a través de sus órganos, es también en virtud del cual se comprende que existan servicios que satisfagan de forma regular y continua una necesidad pública: *el interés general*. Precisamos que se trata de un concepto jurídico indeterminado, que no ha estado exento de polémica en la doctrina y jurisprudencia, por ende no es nuestra intención develar el concepto como uno inequívoco, mas sí poder establecer que precisamente cuando se identifica que una necesidad privada pasa a ser colectiva, debe la administración tomar la decisión de intervenirla, sea satisfaciendo directamente la necesidad, o gestionándola de forma indirecta. La composición de nuestro sistema de salud nos lleva a señalar que desde ambas veredas la Administración ha intervenido en atención a que se cumple una función de salvaguardar un interés público reconocido como esencial en cualquier sociedad moderna. Se reconoce como *servicio público impropio*, también llamado virtual o de interés público, aquel que al igual que los servicios públicos propios satisface necesidades colectivas de manera más o menos continua, sin que sea el Estado quien lo preste o conceda, pero sí quien lo reglamenta.¹³

Esta discusión ha estado presente en los países europeos también, y en particular en España. Guillermo Escobar Roca ha realizado un estudio detallado de la salud como derecho fundamental

¹² PIERRY (1976), p.201.

¹³ FERNÁNDEZ (1982), p. 216.

social, y al respecto ha caracterizado ciertos elementos relevantes de lo que denomina asistencia sanitaria. Respecto a la disponibilidad del derecho, señala que la sanidad no es un servicio público en un sentido formal, pero sí en un sentido material. Esto es, que sin existir un monopolio público ni la necesidad de un concurso público para operar en el sector a modo de entidad privada, la creación y el mantenimiento de una red sanitaria pública viene desde la Constitución española, y reforzada por la legislación vigente¹⁴.

En suma a lo anterior, Escobar considera que respecto a servicios sanitarios privados que quieran adscribirse al su sistema nacional de salud, debe introducirse a nivel legal una garantía previa de efectividad del derecho a la salud en tales servicios. Ello muestra que la importancia de este derecho requiere que se permita la existencia de un mercado privado, pero que la actividad de ese mercado sea vigilada con cautela, y le sean impuestas obligaciones básicas al ser calificados como servicios públicos en un sentido material o impropio.

2.2. Jurisprudencia nacional

Frente a la crisis del concepto de servicio público, desde la década del 60' la jurisprudencia administrativa chilena comienza reconociendo la posibilidad de que entes que no formen parte de la Administración puedan ser considerados servicios públicos¹⁵, abriendo con ello paso al desarrollo del concepto por tribunales.

Al respecto, nos parecen relevantes dos fallos que evidencian el desarrollo del concepto de servicio público. Uno de ellos es el “fallo Norgener” de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 3857-98, confirmado por la Tercera Sala de la Corte Suprema en 1999, del cual ha derivado un análisis interesante de la evolución jurisprudencial del concepto. Por otro lado, el fallo de la Corte Suprema Rol 566-2011 referido a las alzas de los planes de salud privados ha reconocido expresamente que la actividad prestacional de salud se rige por normas de orden público, cumpliendo una función de servicio público. Ambos fallos y su análisis aportan a la discusión fundamentos para establecer que la Salud es un servicio público, y que por ende, queda sujeta al control de la Administración del Estado.

Como señala Carmona, tradicionalmente la actividad que se llamase a sí misma “servicio público”, requería de una declaración, llamada *publicatio*, donde la titularidad de una propiedad o

¹⁴ ESCOBAR (2008), p. 134.

¹⁵ Contraloría General de la República, Dictamen 27.864 de 1960.

su ejercicio se traslada a la esfera pública, y luego el Estado entrega la gestión de tal propiedad a un privado. Es así como *publicatio* y servicio público se hicieron equivalentes¹⁶.

Sin embargo esta noción entra en crisis por doble partida: por un lado, por el desarrollo de actividades económicas por parte del Estado con el objeto de satisfacer el interés general, y por ello realizando actos de derecho privado en el marco de lo que se denomina actividad empresarial del Estado. A ello se le suma una segunda crisis relativa a servicios públicos realizados sin *publicatio* o publicación. En concreto, en estas actividades económicas hay una regulación especial, en la cual se le impone a los particulares ciertas obligaciones de servicio público, reemplazando la lógica de la *publicatio* por aquella de la *ordenatio*, lo cual implica que “en vez de que el Estado declara la titularidad pública de una actividad, se opta por regular una actividad privada intensamente por el interés público envuelto en ellas”¹⁷.

En definitiva, lo que Carmona aprecia en la evolución jurisprudencial es que el carácter privado de una actividad que pueda tener un interés general no impide que este ámbito quede sujeto a una reglamentación minuciosa, reemplazando la necesidad de la *publicatio* por obligaciones de servicio público¹⁸. La crisis de la noción tradicional de servicio público es un punto vital, por cuanto rompe con la lógica estrictamente dualista donde aquello que se entiende como actividad privada se encuentra exento de eventuales regulaciones y obligaciones que miren a la tutela de un cierto interés general, que en este caso bien puede significar la restricción de la objeción de conciencia a nivel institucional si así se estimara conveniente.

Por otro lado, la Corte Suprema en fallo Rol 566-2011, ha reconocido a través de los contratos privados de salud, que la relación con el subsistema privado de salud se encuentra a dos niveles, uno constitucional y otro legal-reglamentario-contractual; este último sólo procede por la habilitación constitucional para la ejecución de un servicio público que limita la autonomía contractual, redefiniendo así el *derecho (a la salud) como un servicio público*¹⁹.

Esto último, refuerza la posibilidad de que, invocando un plano normativo constitucional, puedan establecerse normativas que hagan improcedente la aplicación institucional de la objeción de conciencia aún frente a su reciente reconocimiento legal. Dada la dimensión de servicio público de la salud, aun existiendo una vertiente privada esta última no podría reclamar una normativa especial para sí.

¹⁶ CARMONA (2000), p. 320.

¹⁷ CARMONA (2000), pp. 320-321.

¹⁸ CARMONA (2000), p. 321.

¹⁹ JORDÁN (2013), p. 347.

2.3. Ejemplos recientes de limitaciones a la objeción de conciencia

El problema que resta es que sin una regulación específica, poco importa que el sector privado deba regirse por las mismas normas que el sector público de salud: sin limitaciones concretas, lo que queda es la ambigua idea del “podrá” del artículo 119 ter, en torno a la objeción de conciencia institucional. Por ello es que se ha dictado la Resolución N°61 Exenta, del 22 de enero del 2018²⁰, que aprueba el “Protocolo para la manifestación objeción de conciencia personal y para la objeción de conciencia invocada por instituciones en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario”²¹, que establece las formas de ejercer este derecho de maneras separadas. Creemos que esta es una manifestación concreta de las restricciones que pueden emanar de la salud considerada como servicio público.

Entre las obligaciones que establece este protocolo, se encuentra en su letra b) el que “El establecimiento de salud debe contar con al menos un equipo de salud disponible para realizar interrupción voluntaria del embarazo”, y que pudiendo derivar de manera excepcional a la paciente a otro establecimiento de salud, “Todo mayor costo que se produzca por la derivación o se derive de ésta será de cargo del establecimiento de salud”.

En particular, en torno a la objeción de conciencia institucional, el protocolo señala en su apartado IV, que “Los establecimientos públicos de salud no pueden invocar objeción de conciencia.”, en coherencia con lo dictado por el Tribunal, pero dejando en ambigüedad las restricciones a privados. Sin embargo, a continuación y en el numeral 2) indica que:

“Los establecimientos públicos de salud así como aquellos privados que se encuentren adscritos al Sistema Nacional de Servicios de Salud mediante la celebración de convenios a los que se refiere el decreto con fuerza de ley N° 36 de 1980, del Ministerio de Salud, no pueden invocar objeción de conciencia, en la medida en que el objeto de dichos convenios contemple prestaciones de obstetricia y ginecología.”²²

Considerando que el DFL referido regula “convenios que celebren los Servicios de Salud creados por el capítulo II del DL 2763, de 1979, 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

²⁰ <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1114188>.

²¹ https://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20180208/asocfile/20180208121312/protocolo_objecion_conciencia.pdf.

²² Énfasis añadidos.

acciones de salud que les corresponde ejecutar”²³, el espectro de entidades involucradas es amplio y bien abarca a toda institución privada que preste servicios afines a un procedimiento de interrupción del embarazo.

Así, desde el Gobierno chileno, se ha hecho uso de la idea de la salud como servicio que exige a toda institución que pretenda darlo el que deba someterse a normas especialmente detalladas, que restringen derechos tales como el ejercicio de la libertad de conciencia.

3. Consideraciones frente a la objeción de conciencia

Por último, cabe estudiar la objeción de conciencia como institución propiamente tal. Ella se obtiene del derecho a la libertad de conciencia, que figura en el artículo 19 número 6 de la Constitución chilena vigente. En lo relevante, el numeral señala lo siguiente:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

(...) 6º.- La 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.

Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas (...)

En la norma no existe una consagración expresa de la objeción de conciencia; de hecho la mayor parte de la redacción se centra sobre la regulación de iglesias o templos. Así, sólo el primer inciso es relevante para nuestro análisis, y con todo no tiene una protección explícita de la institución en estudio. Este primer párrafo presenta similitudes con la consagración internacional de la libertad de conciencia —en este caso, del PIDCP y de la CADH—, en dos elementos: primero, en que la objeción de conciencia no es sino un derecho derivativo, por cuanto se obtiene de la interpretación pero no del tenor literal de la libertad de conciencia y culto; y segundo, que es un derecho que sí señala posibles limitaciones *ex ante* y con ello ciertos bienes jurídicos que pueden acortar el alcance de la libertad de conciencia: en este caso, la moral, las buenas costumbres o el orden público.

Luego, reconocemos la existencia de una distinción entre dos tipos de objeción de conciencia: por un lado, la objeción de conciencia individual, y por otro una objeción de conciencia

²³ Artículo 1º, Decreto con Fuerza de Ley N°36, 1980.

a nivel institucional²⁴, siendo aquella última la que sirve de argumento para la negación de realizar abortos de parte de ciertas instituciones privadas en Chile, incluso antes de cualquier proyecto de ley que pretendiera la regulación de la objeción de conciencia. Cabe preguntarse entonces si ambos tipos de objeción, individual e institucional, tienen la misma legitimidad o el mismo respaldo normativo, de modo de que si ello es cierto, entonces una clínica privada estaría en el mismo pie de derechos que un médico particular.

Adela Montero y Electra González entienden que la objeción de conciencia tiene múltiples definiciones posibles, siendo una de ellas la “forma de incumplimiento de una obligación de naturaleza legal, cuyo acatamiento o realización produciría en la persona una grave lesión de su conciencia, en base a motivaciones de índole ético, moral, religioso, axiológico o en justicia del individuo objetor”, pero que entendiendo la conciencia como perteneciente a la esfera individual e inherente al ser humano, entonces la objeción de conciencia es “aquella negación vinculada al contexto privado del hombre, planteándose como una obligación personal, *no pudiendo ser en ningún caso de índole colectiva ni institucional*”²⁵.

Más adelante, las autoras indican que la objeción de conciencia genuina no es un acto hacia una persona —por ejemplo, la mujer que desee o necesite abortar— sino que hacia una acción directa en específico —en este caso, la realización concreta de un procedimiento de aborto—, de lo cual se sigue que no debe negarse la asistencia necesaria que sirva de apoyo a la situación del paciente, de donde se entiende que el profesional encargado puede objetar de conciencia, pero le está prohibido negarse al cuidado médico o colaboración antes o después del procedimiento²⁶. Este punto resulta interesante pues, limitando el alcance específico de la objeción de conciencia personal a un acto, y no al tratamiento de una persona, presume que la operación correcta de la objeción de conciencia se realiza en torno a un *equipo o personal médico donde se presentan tanto objetores como no objetores*, donde en todo caso existe alguien que puede realizar la atención médica que los demás se niegan a hacer. Esta argumentación invalida aún más la posibilidad de una objeción en bloque de toda una institución de salud, al presuponer que existe un contexto donde de todos modos y en miras a los derechos del paciente, debe realizarse una cierta prestación de salud. Esto no está resuelto por la Ley recientemente aprobada, y dada la forma de intervención del Tribunal Constitucional en ella, queda en suspenso la forma de resolver este conflicto, por ejemplo, en los casos de emergencia del último inciso del artículo 119 ter del Código Sanitario chileno.

²⁴ PEÑA (2014).

²⁵ MONTERO y GONZÁLEZ (2011), p. 124. Énfasis añadidos.

²⁶ MONTERO y GONZÁLEZ (2011), p. 127.

En definitiva, las autoras señalan que la objeción de conciencia es una práctica que, siendo dependiente del concepto de conciencia, es de carácter individual, de lo cual se sigue que las instituciones no pueden declararse ni reconocerse como objetoras. Esto abarca el caso en el que un jefe administrativo decida objetar de conciencia respecto de cierta intervención, pues no puede involucrar al resto de la unidad o del servicio de salud, estando obligados por el contrario a garantizar el mejor estándar de salud posible y el cumplimiento de la normativa legal vigente²⁷. De tal modo, la objeción institucional está imposibilitada, incluso de forma indirecta, donde los altos cargos de un servicio de salud digan estar objetando en nombre de toda su institución. Aún a nivel individual, el nivel jerárquico de una persona no le da el poder para extender su objeción al resto del equipo médico.

En una línea similar escriben otros autores, como Juan Pablo Beca y Carmen Astete, señalando que la objeción de conciencia no puede considerarse absoluta o como un derecho prioritario frente a otros derechos, estando limitada cuando puede vulnerar otros derechos o valores en juego. Luego, la objeción de conciencia debe circunscribirse a una decisión personal, separada de decisiones colectivas, las cuales a su parecer tienen más el carácter de desobediencia civil para la defensa de una causa que una objeción de conciencia propiamente tal²⁸. Ahora bien, la opinión de estos autores es matizada, puesto que creen que existe una forma de conciencia moral institucional, la cual se hace aplicable a todos los profesionales que trabajan en la entidad sanitaria, pero que esta sólo es posible respetando la ley (dentro de la cual deberían considerarse “los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia” que contempla el ya mencionado artículo 119 ter). Así, las instituciones privadas pueden establecer normas para proteger su libertad ideológica y religiosa, limitando ciertas prestaciones, pero el fundamento de esta acción ya no sería la libertad de conciencia, sino que el ser respetadas en sus criterios éticos establecidos por estatutos²⁹.

Si bien se defiende la posibilidad de ciertas limitaciones en las prestaciones de salud, en la misma lógica expuesta basta que la ley señale una obligación general para las instituciones de salud de realizar ciertas prestaciones como el aborto, para que la conciencia moral institucional pierda peso. Por otro lado, si solo la libertad de conciencia tiene protección constitucional, y la normativa de la institución privada no se acoge a ella, entonces no se precisa el bien jurídico o el principio constitucional que puede justificar la inobservancia de la ley. Los estatutos de la

²⁷ MONTERO y GONZÁLEZ (2011), p. 128.

²⁸ BECA y ASTETE (2015), p. 494.

²⁹ BECA y ASTETE (2015), pp. 495-496.

institución no tienen el peso suficiente como para reclamar un espacio de libertad normativa. Lo anterior se refuerza en cuanto la objeción es un acto personal que no tiene expresión colegiada o de grupo, y en particular frente a prestaciones como el aborto o la anticoncepción de emergencia³⁰. En definitiva, se observa que la objeción de conciencia institucional, de existir en algún modo, solo podría operar dentro de lo que la ley permite como legítimas opciones de un privado. Esta cuestión, como vimos en el apartado anterior, puede implicar una severa restricción en cuanto a la prestación de un servicio público.

Una pregunta que puede surgir en este punto se plantea como sigue: ¿por qué enfocarse en la objeción de conciencia institucional, y no preocuparse de ambas modalidades de objeción? Más aún, ¿acaso los profesionales de salud no tienen un rol importante en la posibilidad de acceder a una interrupción del embarazo segura y legal? Esto puede atenderse tomando en cuenta ciertas cuestiones.

En primer lugar, la objeción de conciencia personal tiene una protección mucho más clara —aunque derivada de la libertad de conciencia— que su variante institucional. Al respecto, creemos que debe existir un justo respeto a la libertad de conciencia que permita que los individuos puedan disentir de ciertas cargas que resulten moralmente insoportables para ellos, pero en todo caso esto no puede extenderse para una institución. Así como existen derechos humanos que no son extensibles a instituciones, como el Derecho a la Vida del artículo 4 CADH, la Libertad de Conciencia y de Religión del artículo 13 solamente puede entenderse aplicable a la persona humana, ya que siguiendo la línea argumental de los autores previamente citados, una institución no tiene una conciencia, al menos separada de las personas humanas que pertenezcan a ella, lo que es reconocido y citado por nuestro Tribunal Constitucional, que, sin embargo, sin mediar mayor argumentación, decide reconocerle conciencia a las instituciones privadas³¹.

Luego, la variante institucional de la objeción de conciencia en Chile se considera de una entidad tal que hay quienes pretenden que se superponga incluso a la personal. Así, existen instituciones educativas y de salud que pretenden que parte de sus profesionales no puedan hacer abortos, ni siquiera en otras instituciones o centros de salud³². La objeción de conciencia institucional tiene una relevancia política a nivel nacional que hace que sea necesario enfocarse particularmente en ella, no obstante los problemas que puedan surgir de su variante personal. Creemos al respecto, que la mejor garantía de una objeción de conciencia personal es justamente

³⁰ BECA y ASTETE (2015), pp. 495.

³¹ STC 3729-2017 C.129.

³² EMOL (2017).

que las instituciones deban contar con no objetores, como de hecho exige el protocolo recientemente aprobado en Chile, respetando en paralelo las creencias del personal y la salud de los individuos.

4. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo, hemos presentado los argumentos que nos parecen más potentes en términos jurídicos y bioéticos para negar la posibilidad de objetar de conciencia institucionalmente frente a la práctica del aborto, aún frente a la ambigüedad de la Ley N°21.030.

Al describir el sistema de salud que opera en la actualidad en Chile, señalamos que la salud cumple una función pública de interés general de la cual derivan obligaciones especiales, y una regulación especialmente minuciosa que deja atrás la tradicional lógica público/privado, con una eventual inmunidad de la segunda frente a las determinaciones del Estado. Existen, como lo reconoce nuestra jurisprudencia, ciertos elementos de interés general que justifican que la Administración intervenga y pueda limitar y regular la actividad no sólo en cuestiones técnicas sino también en zonas grises como son las prestaciones que conllevan una arista religiosa, haciendo que en estos casos la protección de la salud prime como bien protegido frente a la demanda de autonomía de instituciones privadas.

En cuanto al estudio específico de la institución de la objeción de conciencia, notamos que a nivel personal es una institución con gran legitimidad y consagración en el derecho, pero que no puede decirse lo mismo de la objeción de conciencia institucional. No parece siquiera procedente el presentar una supuesta colisión entre esta última y la prestación de servicios de salud como el aborto, en tanto las instituciones carecen de los atributos esenciales que les permitirían señalar que su conciencia les impide actuar en la interrupción del embarazo.

Dejamos abierta la posibilidad de que estas líneas de trabajo no se dirijan solamente a una eventual ley de aborto terapéutico, tal como la que fue expuesta en lo relevante, sino que en definitiva sean invocadas en la posibilidad de establecer el aborto como un derecho reproductivo pleno, más allá de la regulación específica que éste pueda tener. Lo que se ha intentado defender entonces es que, sin perjuicio de otras discusiones, tales como la del financiamiento público y privado de instituciones de salud, existen motivos de sobra tanto jurídicos como bioéticos como para poner en cuestión la aplicación razonable de la objeción de conciencia institucional, incluso a la luz de la normativa recientemente aprobada en Chile.

Bibliografía

- ◆ ACNUDH, Oficina del Alto Comisionado para los DDHH. *Conscientious objection to military service*, Ginebra y Nueva York: Naciones Unidas, 2012.
- ◆ AYLWIN, Patricio, *Manual de Derecho Administrativo*, Santiago: Universidad Andrés Bello, 1996.
- ◆ BECA, Juan Pablo; ASTETE, Carmen. “Objeción de conciencia en la práctica médica”, en *Revista Médica de Chile*, N°143, 2015, pp. 493-498.
- ◆ CARMONA, Carlos. “Comentario N°1 Fallo Norgener”, en *Revista de Derecho Público*, N° 62, 2000, pp. 308-321.
- ◆ EL MOSTRADOR. “Objeción de conciencia: ¿Pueden los centros de salud negarse a realizar abortos en las tres causales?”, 2017. Fecha de consulta: 4 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/braga/2017/08/25/objecion-de-conciencia-pueden-los-centros-de-salud-negarse-a-realizar-abortos-en-las-tres-causales/>.
- ◆ EMOL. “Rector UC: Ninguna ley nos obligará a contratar personas que realicen abortos”, 2015, fecha de consulta: 6 de febrero de 2017. Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/nacional/2015/02/02/701999/rector-uc-insiste-en-que-no-habra-abortos-en-su-red-clinica-es-clara-nuestra-postura-pro-vida.html>.
- ◆ EMOL. “Rector Sánchez advierte incompatibilidad para los docentes UC que quieran hacer abortos en otra institución”, 2017, fecha de consulta: 17 de febrero de 2018. Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2017/08/29/873083/Rector-Sanchez-advierte-incompatibilidad-para-los-docentes-UC-que-quieran-hacer-abortos-en-otra-institucion.html>.
- ◆ ESCOBAR ROCA, Guillermo. “Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud”, en *Revista de Derecho Político*, N° 71-72, 2008, pp. 113-148.
- ◆ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *El estado empresario*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- ◆ JORDÁN, Tomás. “El cambio del eje referenciador del derecho a la protección de la salud a partir de la jurisprudencia constitucional sobre el subsistema privado de salud”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, n°1, 2013, pp. 333-380.

- ◆ MONTERO VEGA, Adela; GONZÁLEZ ARAYA, Electra. “La objeción de conciencia en la práctica clínica” en *Acta Bioethica*, vol. 22, N°1, 2011, pp. 123-131.
- ◆ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Departamento de asuntos económicos y sociales División Población. *Population Facts 2014/1*, 2014, fecha de consulta: 21 de diciembre de 2016. Disponible en:
http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/popfacts/PopFacts_2014-1.pdf.
- ◆ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. “Aborto y objeción de conciencia”, 2014, fecha de consulta: 6 de febrero de 2017. Disponible en:
<http://www.elmercurio.com/blogs/2014/05/28/22218/Aborto-y-objecion-de-conciencia.aspx>.
- ◆ PIERRY, Pedro. “El servicio público en Chile”, en *Actas de las VII Jornadas de Derecho Público*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

Fecha de recepción: 10 de noviembre de 2017

Fecha de aceptación: 5 de marzo de 2018