

INFORME RESPECTO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE LAS
INSTITUCIONES PRIVADAS FRENTE AL DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

1. ANTECEDENTES

La ley 21.030 sobre la interrupción del embarazo en 3 causales, incorporó entre otras normas el artículo 119 ter en el Código Sanitario, texto que originalmente señalaba la objeción de conciencia sólo respecto de profesionales de la salud, impidiendo en caso alguno la objeción de conciencia institucional.

Con fecha 2 de agosto de 2017, más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio del Senado dedujeron un requerimiento de inconstitucionalidad de la ley 21.030 por tres aspectos: La inconstitucionalidad de las causales reguladas, la obligación a efectuar aborto cuando este por vencer el plazo en la causal de violación aun habiendo objeción de conciencia, la limitación de la objeción de conciencia sólo a “profesionales” de la salud y el impedimento de objeción de conciencia institucional.

El Tribunal Constitucional con fecha 28 de agosto de 2017, falló dicho requerimiento de inconstitucionalidad de la siguiente forma: Respecto a la primera causal alegada, se rechazó la solicitud. Respecto a la segunda causal alegada, se eliminó esa frase del cuerpo legal, quedando sólo obligados los funcionarios de salud a prestar sus servicios en casos urgentes de riesgo de vida de la madre. En cuanto a las causales 3 y 4, relacionadas a la objeción de conciencia, el Tribunal señaló que debía eliminarse la palabra “profesionales” para hacer extensible la objeción de conciencia a otros funcionarios de la salud relacionados al procedimiento de aborto y respecto a la objeción institucional, esta debía ser incorporada y solamente las instituciones privadas, en virtud de la obligación del Estado a brindar acceso a la salud, podrían ser objetores de conciencia.

Que luego de la resolución del Tribunal Constitucional el artículo referido quedó en los siguientes términos:

*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. **De este mismo derecho gozará el resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención.** En este caso, el establecimiento tendrá la obligación de reasignar de inmediato otro profesional no objetante a la paciente. Si el establecimiento de salud no cuenta con ningún facultativo que no haya realizado la manifestación de*

*objeción de conciencia, deberá derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia. Dichos protocolos deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo en conformidad con los artículos anteriores. **La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución.***

Si el profesional que ha manifestado objeción de conciencia es requerido para interrumpir un embarazo, tendrá la obligación de informar de inmediato al director del establecimiento de salud que la mujer requirente debe ser derivada.

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."

Como se desprende del cuerpo legal, no existe distinción alguna respecto a qué instituciones pueden ser objetoras de conciencia. Sin embargo, ya lo señaló el TC en su considerando CENTESIMOTRIGESIMOSEXTO, que la objeción de conciencia puede ser planteada legítimamente por sujetos jurídicos o asociaciones **privadas**.

Con fecha 22 de enero de 2018 el Ministerio de Salud dictó la resolución exenta N° 61, que aprueba el “protocolo para la manifestación de 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”, la cual fue publicada con fecha 27 de enero de 2018. En el protocolo aprobado por esta resolución, en el punto IV, se señalaba 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**”.

Esta resolución exenta fue objeto de duras críticas por parte del sector privado, puesto que ni la ley ni el Tribunal Constitucional hicieron distinción alguna entre las diversas instituciones privadas, siendo absolutamente arbitraria la limitación impuesta por el Ministerio de Salud.

Frente a la reacción del sector privado y ante el inminente término a convenios con instituciones de salud privada que pretendían acogerse a la objeción de conciencia institucional, el MINSAL con fecha 22 de marzo de 2018 dictó la resolución exenta N° 432, la cual pasó a reemplazar la resolución exenta N°61. En esta nueva resolución, respecto a la objeción de conciencia institucional señala como único impedimento que “los

establecimientos públicos de salud no pueden invocar objeción de conciencia”. Con esto, se subsanó la resolución anterior, eliminando las limitaciones existentes a los establecimientos privados.

2. EL DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA

El 9 de mayo del presente año, la Contraloría General de la República emitió un dictamen en el cual decretaba la ilegalidad de la resolución exenta N°432.

Los fundamentos de esta resolución de acuerdo a lo señalado por el mismo contralor son los siguientes:

- a) El protocolo de objeción de conciencia aprobado por el MINSAL reviste características propias de un reglamento, sin cumplir con las formalidades del artículo 35 de la Constitución Política de la República, por cuanto no sólo establece lo que la ley encomienda al ente regulador que es fijar un protocolo, sino que también fija normas sobre obligaciones de los establecimientos de salud y de los funcionarios, asimismo como los requisitos para adquirir la calidad de objetor de conciencia.
- b) Las instituciones de salud privadas que cuenten con convenios celebrados al amparo del decreto con fuerza de ley N°36 de 1980 del Ministerio de Salud no pueden invocar objeción de conciencia, pues en virtud de dicho decreto, estas instituciones sustituyen a los Servicios de Salud del Estado en la ejecución de las respectivas acciones de salud, cumpliendo una función pública con recursos del mismo carácter.
- c) El protocolo contenido en la resolución exenta N°432 contiene elementos que desatienden la condición de excepcionalidad de la objeción de conciencia, como por ejemplo al establecer presunciones ante la falta de manifestación de voluntad del objetor o ante la ausencia de una formalidad en el procedimiento correspondiente.

3. CRÍTICAS AL DICTÁMEN DE LA CONTRALORÍA

Si bien podemos señalar que el Dictamen emitido con fecha 9 de abril de 2018 no es del todo erróneo, contiene indicaciones que no sólo son equívocas, sino también vulneradoras de derechos fundamentales, imponiendo una interpretación normativa que no se condice con los hechos en cuestión.

Analizando los 3 fundamentos por los cuales el Contralor procedió a decretar la ilegalidad de la resolución exenta del Ministerio de Salud podemos señalar lo siguientes:

- a) Efectivamente en el protocolo aprobado por la resolución exenta N°432, el MINSAL desarrolla más de lo que le fue encomendado en el artículo 119 ter del Código Sanitario, configurándose en su estructura como un reglamento, sin haber cumplido con las formalidades que requiere. Sin embargo, con una simple lectura del referido protocolo se aprecia que si bien se señalan obligaciones y requisitos para los objetores de conciencia, todo esto no es fruto de una creación jurídica del Ministerio de Salud como lo señala la Contraloría, sino más bien una reproducción de las normas ya existentes en el Código Sanitario. El único elemento novedoso que incorpora este órgano estatal es el señalar que las instituciones públicas no pueden ser objetoras de conciencia. Sin embargo, esto está derechamente ligado a la obligación constitucional que se impone al Estado respecto a garantizar el acceso a la salud.
- b) Es del todo equívoco por parte de la Contraloría señalar que las instituciones privadas que cuenten con convenios celebrados al amparo del decreto con fuerza de ley N°36 de 1980 del Ministerio de Salud no pueden invocar objeción de conciencia. Esto pues, bajo el amparo de este decreto, las instituciones privadas lo que hacen es suplir al Estado en sus funciones como prestador de salud por cuanto no cuenta con los recursos para solventar esta necesidad tan primordial. La interpretación que hace el Contralor del DFL N°36 no considera ciertos elementos que de haberlos incorporado, la interpretación sería del todo contraria a la expuesta.

El primer punto a considerar es que el cuerpo legal citado no señala en ninguna de sus disposiciones que los establecimientos de salud privados que celebren estos convenios se registrarán por las normas de las instituciones de salud pública. Lo que expresa esta norma es que *“quedarán adscritos al Sistema Nacional de Servicios de Salud, y se sujetarán en su cumplimiento a las normas, planes y programas que haya impartido o pueda aprobar en la materia el Ministerio de Salud en uso de sus facultades legales”*. Si analizamos el tenor literal de esta norma, lo que señala es que estas instituciones deberán obedecer a lo que el Ministerio de Salud instruya. Esto no significa ni que sean considerados como establecimientos públicos ni que los rijan las limitaciones que a estos se les imponga. Lo que se infiere de esta norma es que estos establecimientos quedan bajo la supervisión, al alero y al mando del Ministerio de Salud en todo lo referente al convenio celebrado. En este punto, cabe hacer mención que estos convenios pueden estar referidos a prestaciones determinadas, pudiendo excluirse algunas en virtud del artículo 2 del DFL N°36, el cual señala que el organismo sustituye al Servicio de Salud en el ejecución de una o más acciones de fomento, protección y recuperación de la salud. En esta misma línea es del todo sinsentido que se prohíba a una institución privada ser objetor de

conciencia, considerando: Primero, no pasan a ser entes públicos por suscribir un convenio con el MINSAL, sino que solamente deberán cumplir las normas que ESTE ÓRGANO DEL ESTADO establezca. Además, no hay norma expresa alguna que prohíba a las instituciones privadas ser objetores de conciencia, por lo que a falta de norma expresa, rige la disposición general que establece el artículo 119 ter del Código Sanitario que reza que la objeción de conciencia podrá ser invocada por una institución. Segundo, permitiéndose por el artículo 2 del DFL N°36 que las instituciones sustituyan al Servicio de Salud en algunas prestaciones de salud, lo cual se verifica en la práctica, es del todo lógico que puedan haber instituciones que no presten el servicio de aborto, haciendo uso de su libertad como institución privada de objetar conciencia.

Las instituciones privadas no dejan de ser tales, y esta distinción queda evidenciada por el dictamen N°71.906 de 2012, que señala que los funcionarios de las instituciones privadas que mantengan un convenio con el MINSAL no son funcionarios públicos, por lo que no pueden acceder al beneficio estatutario que dicha norma indica. Si bien en el Dictamen se intenta descartar este argumento, es evidente que si un establecimiento privado no puede acceder a los beneficios de las instituciones públicas aun celebrando los convenios referidos, a contrario sensu sí puede acceder a los beneficios propios de las instituciones privadas, reconociéndose de esta forma su carácter de privado.

Habiendo analizado las normas citadas y utilizando el elemento gramatical en la interpretación de estas normas, y bajo las palabras del mismísimo Código Civil “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”, es evidente que no existe limitación alguna para las instituciones privadas de ser objetores de conciencia, habiendo o no celebrado convenio con el Ministerio de Salud, puesto que las normas que las rigen además de las que rigen a todos los Servicios de Salud, son las que el Ministerio dicte, y en caso alguno hay norma expresa de este órgano estatal que les prohíba objetar conciencia.

- c) El tercer elemento que rechaza el contralor respecto del protocolo aprobado por la resolución exenta N°432 es que en virtud de este, se desatiende la condición de excepcionalidad de la objeción de conciencia. Esta observación esta poco profundizada en el Dictamen y sólo se mencionan dos eventuales situaciones en que se verificaría esta irregularidad: el establecimiento de presunciones ante la falta de manifestación de voluntad expresa por parte del objetor y la ausencia de una formalidad en el procedimiento correspondiente, aludiendo que esto no tiene

fundamento legal. Como sólo se señalan estas dos situaciones aludiremos a cada una de ellas.

En primer lugar, respecto a las presunciones ante la falta de manifestación expresa, lo único que señala el referido protocolo es que si el objetor no manifiesta su calidad de tal por escrito, no se considerará objetor. Eso es del todo contrario a lo señalado por el Dictamen en cuestión, pues lo que hace es darle fuerza al carácter excepcional de la objeción de conciencia. En resumidas cuentas, por tratarse la objeción de conciencia de una situación de excepción, mientras el individuo no manifieste formalmente ser objetor, no se tendrá por tal, aun habiéndolo manifestado verbalmente.

En segundo lugar, respecto a la ausencia de formalidades señala el protocolo que estas no viciarán la declaración de voluntad del objetor de serlo siempre y cuando:

- 1- Conste claramente que ha sido su intención
- 2- La objeción de conciencia se haya manifestado por escrito
- 3- La objeción de conciencia se haya manifestado de forma previa a una solicitud de interrupción de embarazo

Entonces, esta declaración no pierde la formalidad, y en todo caso, cumple con el requisito mínimo exigido por el Código Sanitario que es que la objeción conste por escrito. Existiendo de esta forma igualmente formalidades y requisitos para poder ser objetor, es exacerbado señalar que se pierde la excepcionalidad de la objeción de conciencia. Es evidente este carácter excepcional por cuanto debe existir siempre al menos estos 3 requisitos señalados para que la objeción sea procedente.

Por tanto, cabe señalar que esta observación de la Contraloría sobre la pérdida del carácter excepcional de la objeción de conciencia es a todas luces infundada.

4. CONCLUSIÓN FINAL

Habiendo efectuado un exhaustivo análisis de las normas en cuestión, procedo a hacer las siguientes consideraciones:

- a) No existe limitación legal a las instituciones privadas para ser objetoras de conciencia, aun habiendo celebrado convenio con el MINSAL, aunque podría eventualmente existir una limitación por medio de un reglamento o instrucción dictado por esta institución.
- b) El Contralor estaba en lo cierto en cuanto a que la forma del protocolo reviste características de un reglamento, sin embargo, aprovechó la instancia para incorporar una interpretación respecto a la objeción de conciencia.

- c) La interpretación que se incorpora en el Dictamen acerca de la objeción de conciencia institucional es incorrecta por cuanto hace extensiva una norma haciendo caso omiso al tenor literal del texto legal.
- d) En el mismo sentido de lo mencionado en la letra b, en el Dictamen emitido se señala que se pierde el carácter excepcional de la objeción de conciencia, dando argumentos poco sólidos y ejemplos incompletos. Lo curioso, es que el aborto en 3 causales es la excepción a la penalización del aborto, por lo que el que la objeción de conciencia sea excepcional, no se condice con el espíritu de la ley.
 - La ley prohíbe el aborto y éste está penalizado en nuestro código legal.
 - La ley excepcionalmente despenaliza el aborto en 3 causales específicas.
 - La ley admite en estas 3 causales la objeción de conciencia personal e institucional sin distinguir entre las instituciones.
 - El TC al modificar el artículo 119 ter del Código Sanitario señala que la objeción de conciencia institucional aplica para los entes privados, sin distinguir entre unos y otros.
 - La Contraloría restringió la objeción de conciencia a la que pueden optar los entes privados, ignorando el espíritu de la ley, el cual en su origen busca evitar los abortos y permitir estos en casos excepcionales. Además violenta principios constitucionales como son la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y la libertad de asociación. Esto considerando que aquellas instituciones que pueden verse mermadas con este Dictamen de la contraloría son Hospitales o establecimientos privados con una línea religiosa marcada, que por sus principios **no pueden** realizar abortos. Particularmente los establecimientos de salud privados católicos tienen una prohibición de efectuar estos procedimientos pues les significaría inringir las normas del Código Canónico, cuya validez ha sido reconocida por el Estado chileno.

Teniendo en cuenta lo señalado, considero que el Dictamen de la Contraloría General de la República utilizó el reclamo de ilegalidad de un aspecto formal para incorporar elementos interpretativos que no están en la ley.

5. NORMAS REFERIDAS

- Ley 21.030, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.
- Fallo TC, causa ROL 3729 (3751)-17-CPT, de fecha 28 de agosto de 2017.
- Resolución exenta N° 61 del MINSAL de fecha 27 de enero de 2018.

- “Protocolo para la manifestación de 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”, aprobado por resolución exenta N°61 del MINSAL.
- Resolución exenta N°432 del MINSAL de fecha 22 de marzo de 2018
- “Protocolo para la manifestación de 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”, aprobado por resolución exenta N°432 del MINSAL.
- Dictamen N° 11.781 de la Contraloría General de la República, de fecha 09 de mayo de 2018.
- DFL N°36, respecto a las “normas que se aplicaran en los convenios que celebren los servicios de salud”
- Dictamen N° 71.906 de la Contraloría General de la República, de fecha 19 de noviembre de 2012.

Bernardita Schnake Ferrer

Abogada Litigante C y J