

Objeción de conciencia y nuevo protocolo del Ministerio de Salud

Gonzalo García P.⁽¹⁾, Sergio Valenzuela P.⁽²⁾

*Universidad Alberto Hurtado.
Unidad de Ética y Bioética, HCUCH.*

SUMMARY *The beginning of the implementation at the institutional level of Law 21.030, relating to the decriminalization of pregnancy for three reasons, has generated concerns, practical difficulties and changes in the dynamics of work teams in hospitals that have had to implement. These difficulties refer to areas as varied as diagnosis, confirmation of the causes, to the opposition of different professionals in their participation in the process. In this first communication we will summarize the last of the problems arising from the new protocol issued by the Ministry of Health, regarding the Institutional Awareness Objection in Hospitals that, like the HCUCH, have an agreement with FONASA.*

Fecha recepción: abril 2018 | Fecha aceptación: mayo 2018

INTRODUCCIÓN

Este informe explica sintéticamente que no existe un deber general y universal dirigido a los médicos y establecimientos médicos de garantizar prestaciones de “interrupción del embarazo” en las tres causales establecidas en la Ley N°21.030 de 2017. En este sentido, los médicos no tienen necesidad de objetar una conducta que no les es exigida. Por lo mismo, el único ámbito

en que tiene sentido la Objeción de Conciencia Institucional (OCI), precisamente por haber surgido un deber, es el ámbito del cumplimiento de convenios FONASA, lo que era negado por la Resolución N°61 de enero 2018 Ministerio de Salud. El protocolo de objeción de conciencia no hace sino concretar la exigencia de la ley de reconocer el derecho de asociación de las instituciones, ya contemplado en la ley por orden del Tribunal Constitucional.

REGULACIÓN DE LAS TRES CAUSALES DE INTERRUPTIÓN DEL EMBARAZO EN EL CÓDIGO SANITARIO: ¿DEBER UNIVERSAL DE OFRECER ABORTOS EN LAS TRES CAUSALES?

Contenido de la Ley N° 21.030 de 2017 (tres causales) y su operatividad institucional: inexistencia de un deber universal

- a. La ley N° 21.030 de 2017, en términos específicos, contiene una completa institucionalización de la interrupción del embarazo en el Código Sanitario. La principal modificación se incorpora en el art. 119 del Código Sanitario que “autoriza” al facultativo médico la realización de ciertos actos médicos que puedan interrumpir una gestación, pero nunca provocar una muerte directa del no nacido, solo concretarse en la muerte indirecta. Se trata de una norma permisiva que contiene los elementos, condiciones y presupuestos que expresan la ponderación realizada por el legislador y que permite la realización de un acto médico específico.
- b. Naturaleza de la norma permisiva y su alcance: Inexistencia de un deber universal de dar prestaciones de aborto.
Si se analiza el texto legal llegamos a las siguientes conclusiones:
 - Esta ley no establece un derecho al aborto; solo lo despenaliza.
 - Esta Ley ha intentado expresar causas de “inexigibilidad” del deber de mantener el embarazo, fundada en consideraciones estrictas (3 causales).
- c. Ni del reconocimiento de aquellas situaciones de “inexigibilidad” ni de un supuesto reconocimiento de un derecho a abortar, surge un deber correlativo universal, dirigido a toda institución de salud, de garantizar y prestar servicio de “interrupción del embarazo”, en un

sentido que exceda la *lex artis* médica.

- d. Se deduce de la ley que el deber de implementar el acceso a condiciones de salud de la mujer le corresponde al Estado.

Explicación

Varios fueron los argumentos esgrimidos por los legisladores para aprobar la Ley N°21.030 de 2017: entre ellos la necesidad de despenalización, la inexigibilidad de deberes por supererogatorios, falta de culpabilidad de la mujer en casos excepcionales. Sin perjuicio de lo anterior, no todos ellos se vieron cristalizados normativamente en la ley, ni fueron aceptados por el Tribunal Constitucional.

- I. La razón fundamental expresada por el legislador y luego confirmada por el TC para entender fundamentada y conforme a la Constitución, es que el mandato de protección constitucional del art. 19 N°1 no obliga al Estado a imponer deberes absolutos a los ciudadanos; esto es, los deberes impuestos a los particulares tienen como límite el sacrificio de intereses y derechos de gran importancia para ellos: las medidas no pueden ir “más allá de lo razonable”.
- II. El reconocimiento de “causales” en que se expresan objetivamente aquellas situaciones de “inexigibilidad” del deber no surgen del reconocimiento del “derecho al aborto”.
- III. El establecimiento de la “inexigibilidad” como argumento esencial, entonces, alza como principal límite general a la conducta de “separación madre/hijo” a aquel principio declarado por el voto de mayoría como esencial en la segunda causal: la “última ratio”.
- IV. Del reconocimiento de situaciones de “inexi-

gibilidad” que se expresan en una norma de permisión al médico (causales), **NO surgen deberes universales de dar la prestación de “interrumpir el embarazo”**; esto es, dicho reconocimiento no vincula a todos los médicos y a todas las instituciones de salud.

- V. Si bien la ley no reconoce el derecho al aborto, sí reconoce el derecho a la salud. Por lo mismo, la ley reconociendo que la permisión de la “interrupción del embarazo” exige una intervención médica, es que dirige al Estado el deber de organizar en el sistema de salud el acceso de las mujeres a dichas prestaciones.
- VI. En este contexto normativo, la voluntad de la mujer es un requisito sustancial en dos sentidos: 1) sin la voluntad de la madre no es legítimo al médico realizar una intervención que afecte su cuerpo y 2) sin perjuicio del reconocimiento de una circunstancia de inexigibilidad, la madre puede optar voluntariamente a soportar las cargas adicionales que aquello significa.
- VII. Sin perjuicio del reconocimiento de estas circunstancias de inexigibilidad como causales, el Estado sigue teniendo deberes de protección en relación al no nacido.

SISTEMA DE SALUD CHILENO Y GARANTÍA DE ACCESO A LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO

¿Cómo garantiza el Estado el acceso las prestaciones de salud y entre ellas, las vinculadas a las causales de la Ley N°21.030 de 2017? ¿Por qué se ha generado la crítica?

- a. El sistema de salud chileno es un sistema dual desde la perspectiva de su financiamiento y, mixto desde la perspectiva de los prestadores de servicios de salud. Esto es: se trata de un

sistema de salud basado en un esquema de seguro dual en que participan instituciones aseguradoras públicas y privadas encargadas de la administración de fondos y organización de prestaciones y cobertura (ISAPRE y FONASA) y, a su vez, es mixto en tanto los prestadores de salud pueden ser instituciones públicas y privadas (clínicas, hospitales, centros de salud, médicos individualmente).

¿Cómo garantiza este sistema de salud el acceso y cobertura de salud de los chilenos?

El sistema de salud, sea que se financie por el sistema de seguro privado (ISAPRE) o por el público (FONASA), garantiza el acceso a ciertas prestaciones que entiende como mínimas, sobre la base de imponer la obligación de incorporar en los respectivos contratos. Se trata de una obligación dirigida a los aseguradores, ISAPRE y FONASA; no directamente a todos los prestadores de salud.

En relación a los afiliados y beneficiarios de FONASA, la cobertura está definida por modalidades de atención: la modalidad institucional (MAI) y la modalidad de libre elección (MLE). La MAI asegura la atención médica gratuita en la red asistencial pública. Este sistema contempla también el llamado MLE que permite que los beneficiarios FONASA puedan recibir prestaciones de médicos e instituciones de salud privada que se encuentren inscritos para dar determinadas prestaciones y que haya celebrado convenio con FONASA.

Adicionalmente FONASA celebra otra clase de convenios (diferentes a los de MLE) con prestadores privados -convenio, compras de prestaciones no AUGÉ (camas críticas), convenio compra prestaciones Ley de Urgencia N°19.650 de 1999,

etc.- de manera de superar problemas de insuficiencia en recursos humanos o la insuficiencia de la oferta en capacidad instalada de la red pública.

Así entonces, el Estado por medio de los convenios que celebra y supervigila FONASA con prestadores privados (en MLE), amplía su capacidad de garantizar el acceso a la salud. Según lo dispone el art. 2° del Decreto con Fuerza de Ley N°36, Ministerio de Salud, existirían dos tipos de convenios: los regidos por esta ley -y que permiten sustituir la ejecución de una o más acciones de fomento, protección y recuperación de la salud o de rehabilitación de los enfermos- y que tienen por objeto sólo la realización de prestaciones específicas, los que no se sujetarán a las normas de este decreto.

El segundo de estos convenios regidos por el Decreto con Fuerza de Ley N°36 son aquellos en que el Estado delega en un particular, quien sustituye a un prestador público. En ambos casos, los particulares asumen voluntariamente ciertos deberes de realizar las prestaciones a que se ha comprometido. Este Hospital Clínico Universidad de Chile es uno de los 11 centros que tiene la modalidad de convenio del DFL 36 de 1985; son los “hospitales delegados”.

b. Interrupción del embarazo y sistema de salud

La Ley N°21030 estableció tres causales de inexigibilidad del deber de mantener el embarazo. Si bien aquello puede ser entendido como una mera causal de exculpación, la mayoría entendió que se trataba de una limitación a un deber que, en caso de ser expresado como voluntad de la madre, exigiría prestaciones médicas de “interrupción del embarazo” que pueden ser riesgosas para la salud de la madre (algunas de las cuales no son propias de la *lex artis* médica). El Estado, por lo tanto,

tendría el deber de disponer las condiciones para que el sistema de salud garantice el acceso a dichas prestaciones. De manera expresa, la ley le encomienda al Ministerio de Salud la dictación de “ (...) *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*” (art. 119 ter inciso primero Código Sanitario).

En este contexto, el ejecutivo decidió dictar la Resolución N°61 exenta de 22 de enero de 2018, publicada en extracto en el Diario Oficial del día 28 de enero del mismo año, que contenía 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”. En concreto, las partes más controvertidas, son dos en relación al protocolo aprobado:

1. En su introducción señala que existe un deber de los prestadores de salud de realizar abortos. Lo que es incorrecto.
2. “Los establecimientos públicos de salud, así como aquellos privados que se encuentren adscritos al Sistema Nacional de Servicios de Salud **mediante celebración de convenios a los que se refiere el decreto con fuerza de ley N° 36 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” (IV.2).

Finalmente, con fecha 22 de marzo de 2018 el Ministerio de Salud dictó la Resolución N°432 exenta que, junto con dejar sin efecto la resolución N°61 de enero, aprobó un nuevo

“protocolo para la manifestación de objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario”. Según explica en su considerando 8° y 9° que las razones para la modificación radican en el surgimiento de interpretaciones jurídicas que podrían traducirse en un riesgo para los derechos que se garantizan a las mujeres. Este nuevo protocolo, en realidad, modificó esencialmente el punto IV.2, en el sentido de reconocer que las instituciones privadas que han firmado convenios regidos por el DFL N°36 relativos a prestaciones de Obstetricia y Ginecología, **sí podían ejercer su derecho a la objeción de conciencia institucional**, como lo reconocía la Ley 21.030 de 2018.

- c. En conclusión, las mujeres que, siendo afectadas por algunas de las circunstancias reguladas por el art. 119 y ss. del Código Sanitario, pueden acceder a prestaciones del sistema de salud nacional sin grandes inconvenientes. Si bien dicha regulación no exige a todos los médicos e instituciones de salud privadas ofrecer esa clase de prestaciones, el sistema de salud establece las condiciones de acceso.
- Los afiliados y beneficiarios del sistema de ISAPRE podrán acceder a estas prestaciones según las condiciones de su propio contrato de salud; en caso de que no esté cubierto por el seguro, deberán hacerlo por medio de prestaciones particulares pagadas o por medio del sistema público.
 - Los beneficiarios FONASA recibirán la prestación, ya sea por medio de la modalidad institucional, o bien, modalidad de libre elección.
 - La no suscripción de médicos o instituciones con convenio para dar prestaciones en modalidad de libre elección se soluciona permitiendo la no incorporación de estas prestaciones en su

convenio (las que serían posteriores a la celebración de dicho convenio). Aun así, los ciudadanos podrían acceder a dicha prestación por la red de salud pública.

- El único problema que se generaría es que, como consecuencia de la incapacidad del Estado para garantizar acceso a la salud por problemas de insuficiencia en recursos humanos o incapacidad instalada de la red pública, debe contratar “convenios” con privados (DFL N°36).
- El problema con la objeción de conciencia es que las prestaciones relacionadas con la Ley N°21030 de 2017, en especial la interrupción del embarazo en la causal 2 y, especialmente, en la causal 3 (violación), no forman parte de lo que en medicina se reconoce como *lex artis*.
- De ahí que se genera un problema de incompatibilidad entre los convenios que suscriban ciertos privados y la práctica “permitida” bajo la conciencia personal de la mujer, pero puede ser incompatible con la conciencia del médico y su equipo, así como los motivos que guían el actuar y asociación de instituciones privadas.
- El problema para la salud pública es menor, ya que los únicos casos en que la atención clínica podría llegar a ser urgente –la primera causal, de riesgo inminente para la vida de la madre– coinciden en gran parte con la *lex artis* médica, de manera que la objeción institucional no debería afectar aquella causal.
- La derivación a centros públicos regionales permite solucionar el problema de acceso.
- La objeción de conciencia institucional, en conclusión, sólo tiene sentido y necesidad, en el caso de convenios firmados entre particulares y FONASA, en que el particular no tenga posibilidad de distinguir de entre un grupo de prestaciones abarcadas dentro de un

mismo código FONASA, aquellas que por formar parte de la *lex artis* médica sí puede desarrollar y aquellas en que por no formar parte de la *lex artis* médica, puede negar su aprobación.

- Sin perjuicio de lo anterior, tanto el protocolo de enero y el de marzo parten de una premisa falsa, el cual genera el problema: entienden que TODOS tienen el deber de dar la prestación de “interrupción del embarazo” y, por lo mismo, dentro de ese grupo, sólo uno de ellos –precisamente el que tiene el deber por haber firmado un convenio– no puede invocar objeción de conciencia.

**OBJECCIÓN DE CONCIENCIA INSTITUCIONAL,
¿SERÁ NECESARIO FORZAR A DICHAS
INSTITUCIONES CON ORIENTACIONES
RELIGIOSAS O CULTURALES DIFERENTES A
PRESTAR SERVICIOS DE SALUD MÁS ALLÁ
DE LO QUE SU CONSTITUCIÓN VALÓRICA
EXIGE O SU COSMOVISIÓN CULTURAL
RECLAMA?**

- a. “La objeción de conciencia” es un concepto utilizado para describir la oposición o incumplimiento de una persona a cumplir con un deber legal –por ejemplo, cumplir el servicio militar– fundado en razones de carácter morales, éticas, culturales o religiosas. En principio, la mera incompatibilidad o pugna del deber legal con las más íntimas convicciones de la persona –sin perjuicio del reconocimiento de la libertad de conciencia (artículo 19 N° 6 de la Constitución)– no resulta ser suficientemente intensa como para convertir el deber en “inexigible”. Debido a que el cumplimiento de la ley (como expresión de la voluntad general) es exigido, incluso entre quienes se han opuesto por razones morales o religiosas, es que quienes “objetan de conciencia” moral, están dispuestos a soportar los costos que

aquello conlleva.

Sin perjuicio de lo anterior, sociedades modernas y conscientes de la necesidad de convivir en un mundo plural han decidido “institucionalizar” la objeción de conciencia, al menos, en ciertos ámbitos concretos. Se trata de aquellos ámbitos en que, si bien existe una expresión de la voluntad general de las mayorías, no existe en realidad un consenso suficientemente amplio en la sociedad [que posibilite el desarrollo de sociedades plurales] respecto a la solución legal o se trata de un ámbito en que el deber legal no surge de un consenso general, sino del reconocimiento de otro acto de conciencia personal de un individuo. No cabe duda de que un ejemplo del primer grupo es el deber de realizar el Servicio Militar y del segundo, el deber de profesionales de la salud pública de realizar interrupciones de embarazo en hipótesis de sobrepasen la mera necesidad médica o la *lex artis* médica. En aquellos, la objeción de conciencia personal constituye una EXCEPCIÓN que permite atenuar o exceptuar el cumplimiento de un deber a una persona. Aquello es consecuencia no sólo del reconocimiento de la libertad de conciencia, sino que se trata de ámbitos especialmente complejos.

- b. El efecto de la objeción de conciencia personal en el ámbito médico está limitado sólo a la no ejecución de actos precisos por parte de los objetores y no pretende evitar la atención médica de la persona que la solicita.
- c. Respecto a la “objeción de conciencia institucional”, esto es, el reconocimiento de que no sólo las personas naturales tienen derecho a definir sus actos de acuerdo a sus valores, sino también las personas jurídicas, implica una ampliación de aquel reconocimiento, pero al ámbito del “derecho de asociación”. No se trata de una ampliación de la idea de “conciencia

moral a las asociaciones”, sino de que los individuos pueden constituir o fundar personas jurídicas, asociaciones o comunidades con una ideología determinada u orientación cultural que se expresa en sus declaraciones, estatutos o códigos de ética institucional que determinan su forma de trabajo.

El reconocimiento en el art. 119 ter del Código Sanitario -por la Ley N°21.030- de la objeción de conciencia institucional, por lo tanto, es consecuencia de un doble reconocimiento que a diferencia de otras hipótesis del derecho comparado, obedece a que la legitimidad del acto médico surge de un acto de conciencia personal de la mujer, pero del cual no surge un deber universal y general de imponérselo al médico. Máxime si al menos dos de las causas sobrepasan la *lex artis* médica. Dicho doble reconocimiento es que no existe un deber general del aborto (solo a los funcionarios e instituciones públicas) y segundo, como objeción personal o institucional, esta regla alcanza su verdadera expresión en casos en el que el deber en consecuencia de un convenio entre FONASA (Estado) y particulares que se ha impuesto de manera genérica también.

Pero ¿cuál es el alcance de aquella regla legal? (exigida por el TC)

- d. En aquellos casos, en que el particular ha firmado un convenio que, por un acto unilateral del Estado –por ejemplo, incorporación de codificación de las prestaciones necesarias para proveer del aborto- , imponga el deber de ofrecer aquella prestación, la objeción de conciencia institucional tiene sólo efectividad cuando aquella prestación sea indivisible respecto de otras que son aceptadas dentro de la *lex artis* médica.
- e. Donde sí existe una necesidad radica en

aquellos ámbitos en que el Estado ha firmado convenios con particulares regidos por el DFL N°36, en materia de Ginecología y Obstetricia. Esto, porque se trata de un ámbito en que la aceptación voluntaria de realizar las prestaciones es indivisible con las de realizar “interrupciones del embarazo”. Se trata de una aceptación que no incorpora la posibilidad de “excluir” las prestaciones de aborto que sobrepasan la necesidad médica o la *lex artis médica*.

- f. Se podría sostener –como lo ha hecho el Tribunal Europeo de DDHH– que el ejercicio efectivo de la libertad de conciencia no impida a los pacientes acceder a servicios a que tienen derecho conforme a la regulación aplicable”. [Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso P. y S. v. Polonia, de 30 de octubre de 2012, párr. 65]

CONCLUSIÓN

La tesis del Ministerio de Salud en la Resolución N°61 de enero 2018 sobre protocolo de objeción de conciencia, entendía que existía un deber general de todos los médicos e instituciones de salud privada de ofrecer y dar la prestación de “interrupción del embarazo”. En ese contexto estos prestadores podían objetar de conciencia (reconocida en la ley) como regla general, excepto en casos de convenios regulados por el DFL N°36 (delegación o sustitución).

Aquello era incorrecto. En realidad, no existe el deber general o universal de ofrecer dicha prestación. Aquel deber sólo se le impone a las instituciones públicas que disponga la autoridad del Estado. Por lo mismo, en el único ámbito en que tiene sentido y utilidad la objeción de conciencia institucional –por surgir un deber para los particulares- es precisamente cuando un

profesional o prestador de salud privado ha realizado convenio de “sustitución” que comprenda Ginecología y Obstetricia (DFL N°36).

El Ministerio de Salud en la Resolución N°432 no enfrentó aquella discusión, aunque reconoció que los particulares que han firmado convenios regidos

por el DFLN°36 relativos a prestaciones de Obstetricia y Ginecología, sí podían ejercer su derecho a la objeción de conciencia institucional, precisamente porque es el ámbito donde tiene aplicación la regla establecida en la Ley 21.030 de 2018 (en el fondo, sostener lo contrario, negaría la validez de la regla).

CORRESPONDENCIA



Dr. Sergio Valenzuela Puchulú
Comité de Ética Asistencial
Hospital Clínico Universidad de Chile
Santos Dumont 999, Independencia, Santiago
Fono: 562 2978 9008
E-mail: sergioalexis1957@gmail.com