



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA, ANÁLISIS DESCRIPTIVO Y COMPARATIVO.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

CARLA ELIZABETH ABARCA ROJAS

PROFESOR GUÍA:

PAULINO VARAS ALFONSO

SANTIAGO DE CHILE

2019

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	5
I. INTRODUCCIÓN:	7
II. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA	9
Definiciones y alcances de la objeción de conciencia.....	10
Postura negacionista de la objeción de conciencia:	17
Objeción de conciencia y derechos fundamentales.	19
Objeción de conciencia ante la realización de abortos.	27
III. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA INSTITUCIONAL:	31
IV. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN SENTENCIA ROL 3729-17 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:	39
Mención a la Objeción de Conciencia en el Requerimiento.	43
Sentencia del Tribunal Constitucional.	45
V. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, DICTÁMEN N° 11.781 DE 09 DE MAYO DE 2018.	55
a) Naturaleza Jurídica del protocolo:	56
b) Objeción de conciencia de las instituciones que cuenten con convenios celebrados al amparo del decreto con fuerza de ley N°36 de 1980, del Ministerio de Salud.	57
Excepcionalidad de la objeción de conciencia	60
VI. SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL 5572-18 Y 5650-18, ACUMULADAS, 18 DE ENERO DE 2019.	61
a) En cuanto a los requerimientos:	62
Observaciones del Sr. Contralor General de La República:	65
Observaciones Presidente de La República, Sebastián Piñera Echeñique:.....	66
Argumentos del Voto de Mayoría del Tribunal Constitucional:	67
Análisis crítico del voto de mayoría:	74
VII. CONCLUSIONES:	91
VIII. BIBLIOGRAFÍA:	99
IX. APÉNDICE:	105

**LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA, ANÁLISIS DESCRIPTIVO Y COMPARATIVO.**

RESUMEN

El ensayo en cuestión tiene como finalidad explicar cuál ha sido el trabajo del Tribunal Constitucional, como garante de la supremacía de la Constitución, y en específico de la Objeción de Conciencia tanto particular como Institucional. En este sentido se analiza al respecto la Sentencia Rol 3729-2017 en virtud del requerimiento de inconstitucionalidad de los honorables diputados y senadores sobre al proyecto de ley de la despenalización del aborto en tres causales. Luego se aborda el pronunciamiento de la Contraloría General de La República, determinando si el derecho a invocar la objeción de conciencia institucional que se contempla en el artículo 119 ter del Código Sanitario, corresponde sólo a las instituciones de salud privada de carácter confesional o si puede ser ejercido por cualquier persona jurídica de derecho privado. Finalmente nos referiremos al requerimiento de Inconstitucionalidad del Decreto Supremo N°67 del Ministerio de Salud, para invocar objeción de conciencia, acogido en causa ROL 5572-2018 y 5650-2018 ambas acumuladas, ponderando todos los argumentos esgrimidos y determinando así si la regulación de objeción de Conciencia en Chile es suficiente para los estándares nacionales e internacionales.

ABSTRACT

The purpose of the essay in question is to explain what the work of the Constitutional Court has been, as guarantor of the supremacy of the Constitution, and specifically of the Objection of Conscience, both private and Institutional. In this sense, the Judgment Rol 3729-2017 is analyzed in this regard by virtue of the requirement of unconstitutionality of the honorable deputies and senators on the draft law on the decriminalization of abortion in three grounds. Then the pronouncement of the Comptroller General of the Republic is addressed, determining if the right to invoke the institutional conscientious objection that is contemplated in article 119 ter of the Sanitary Code, corresponds only to private health institutions of a confessional nature or if it can be exercised by any legal person under private law. Finally we will refer to the requirement of unconstitutionality of Supreme Decree No. 67 of the Ministry of Health, to invoke conscientious objection, accepted in case ROL 5572-2018 and 5650-2018 both accumulated, pondering all the arguments put forward and determining whether the regulation of Conscientious objection in Chile is sufficient for national and international standards.

I. INTRODUCCIÓN:

La conciencia puede entenderse como “el conjunto central de creencias morales, sean estas laicas o religiosas, que constituyen el corazón de la identidad moral de la persona” y consecuentemente “la objeción de conciencia es la negación al cumplimiento de un deber contenido en el ordenamiento jurídico, derivada de un conflicto entre dicho deber y una convicción moral que es central para el sujeto”. De la aproximación propuesta, puede extraerse que esta manifestación se deriva de la posición que una determinada persona o sujeto –como lo señalan las definiciones– tiene frente a una determinada carga jurídica, que, de ser asumida, provocaría un efecto nocivo sobre su integridad moral y ética, reconociendo por ello, nuestro ordenamiento, en el Artículo 19º Número 6 de Constitución Política de La República “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”.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia Rol N°3729, ha reconocido expresamente la objeción de conciencia y ha llegado incluso más allá, reconociendo la objeción de conciencia institucional, elevándolas a la categoría de Derechos Fundamentales. A raíz de esto, el proyecto de ley referente a la despenalización del aborto en tres causales, actual ley 21.030, al introducir el artículo 119 ter al Código

Sanitario, en su inciso final ha sido redactada en los siguientes términos: “La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución”.

El Ministerio de Salud por su parte, en cumplimiento del mandato otorgado por la ley 21.030, dictó la Resolución Exenta N° 61, de fecha 22 de enero de 2018, que contenía el protocolo para la objeción de conciencia. En este primer acto administrativo del Ministerio de Salud, se dispuso que las instituciones privadas de salud que hubieren celebrado con el Estado los Convenios que señala el D.F.L. N°36 de 1980, no podrán declararse objetoras de Conciencia. Posteriormente se dicta una nueva Resolución Exenta N°432 de fecha 22 de marzo de 2018, donde se elimina dicha limitación.

Esta última resolución Exenta fue visada por la Contraloría General de La República, declarándola ilegal principalmente por las siguientes consideraciones: En primer término establece que “El instrumento (protocolo), además de contemplar instrucciones para operativizar la objeción de conciencia -entre ellos los documentos y medios a través de los cuales deberá manifestar, regula ciertos aspectos no desarrollados por la ley.”¹ Por lo tanto, esta resolución reviste características de reglamento sin sus formalidades. En segundo término, se declara ilegal dicho protocolo porque las instituciones privadas que hubieren celebrado los convenios contenidos por el D.F.L 36 de 1980 del Ministerio de Salud, no pueden ser objetoras de conciencia, cuestión que ahondaremos en este ensayo.

¹ Dictamen N° 11.781. Contraloría General de La República, Santiago, Chile, 9 de mayo de 2018.

Ante el dictamen, el Ministerio de Salud procedió a dictar un Reglamento, Decreto Supremo N°67, el cual señala en su artículo 13 inciso segundo que *“Los establecimientos privados de salud, que hayan suscrito convenios regidos por las disposiciones del decreto con fuerza de ley N°36, de 1980, del Ministerio de Salud, no podrán ser objetoras de conciencia cuando contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones de pabellón”*.

Finalmente, un grupo de honorables senadores y diputados concurren al Tribunal Constitucional, con la finalidad de que dicho artículo del Reglamento sea declarado inconstitucional, en causa Rol 5572 y 5650 del año 2018, acumuladas, la que en definitiva fue acogida por el Tribunal Constitucional, cuyos argumentos del voto de mayoría serán ampliamente analizados en este ensayo.

La base del presente ensayo es determinar, en cómo ha sido entendida la objeción de conciencia tanto por el Tribunal Constitucional y la Contraloría General de la República, determinando el sentido y alcance tanto de la objeción de conciencia personal y la objeción de conciencia institucional, y también exponer cuál ha sido el conflicto entre estos dos organismos en cuanto al protocolo para la poner en funcionamiento la objeción de conciencia.

II. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

Definiciones y alcances de la objeción de conciencia.

En torno al Segundo Seminario Regional Latinoamericano ¿Objeción de Conciencia Institucional? Impacto en prestación de Servicios de Interrupción voluntaria del embarazo, que tuvo lugar en la ciudad de Bogotá el año 2016, se concluyó que, *“si bien existen múltiples de interpretaciones en torno a la aplicabilidad de la objeción de conciencia como derecho fundamental en la prestación de servicios médicos, también existe una preocupación generalizada en relación con el uso indebido que profesionales de la salud e instituciones prestadoras de servicios han hecho de esta figura para impedir que las mujeres puedan acceder a servicios legales y oportunos de interrupción del embarazo en los países que han despenalizado el aborto total o parcialmente, destacándose entre ellos la denominada objeción de conciencia institucional.”*²

Para un correcto entendimiento del problema en cuestión, debemos analizar qué es lo que se entiende por objeción de conciencia, señalando también que no es objeción de conciencia y los límites a los cuales debe estar adscrito.

Para el Derecho Internacional de los derechos humanos, la objeción de conciencia se define como “una manifestación del derecho de libertad de conciencia y religión. En

² GONZÁLEZ VELEZ, Ana Cristina, MELO AREVALO, Carolina, 2016, ¿Objeción de Conciencia Institucional?, Memorias Segundo Seminario Regional Latinoamericano. Pp. 1-46 P.6

general, se trata de un derecho fundamental reconocido en sociedades pluralistas en las que existen concepciones del mundo distintas e igualmente justificables.”³

Variados son las definiciones que se han intentado dar a la objeción de conciencia, considerándola “como un derecho que permite protección frente al Estado, una defensa de una prerrogativa que favorece al individuo frente a las exigencias estatales”⁴, o también como “el incumplimiento de un deber jurídico, pacífica y moralmente motivado, que procura salvaguardar la propia integridad moral frente a un imperativo heterónomo que se juzga injusto”⁵, esta última acepción de Gascón Avellán tiende a delimitar lo que debe ser entendido como objeción de conciencia, porque no todo desacuerdo con la ley o el deber que se está imponiendo puede ser considerado tal, sino uno que proviene de las convicciones más profundas del ser y que además se considere el cumplimiento de ese deber injusto.

Es evidente que, en el orden social, existen diferencias entre los distintos grupos al momento de determinar cuales son las reglas que los regirán, por lo mismo existe el proceso de deliberación democrático que pretende ser la voluntad clara del pueblo. Pero

³ GONZÁLEZ VELEZ, 2016, P.12

⁴ CABELLO-ROBERTSON, Javiera, NÚÑEZ-NOVA (2018), Objeción de conciencia institucional y regulación en salud: ¿Existe una excusa legítima frente al aborto en Chile? [Revista de Bioética y Derecho N°43], Barcelona, p.1, Recuperado de < http://scielo.iscii.es/scielo.php?script=sci_arttex&pid=S1886-58872018000200012 > [19 de enero de 2019]

⁵ GASCON ABELLÁN, Marina. Obediencia al derecho y objeción de conciencia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p.217.

realmente no podemos desconocer que la voluntad de la mayoría puede generar actos ya sea de desobediencia civil o de objeción de conciencia.

Para John Rawls, en su Teoría de la Justicia, la objeción de conciencia y desobediencia civil son cuestiones diferentes, basadas principalmente en que la primera de ellas no obedece a una motivación propiamente política, como si ocurre con la desobediencia civil. Este último es un “acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido habitualmente con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas del gobierno. Actuando de este modo apelamos al sentido de justicia de la mayoría de la comunidad, y declaramos que, según nuestra opinión considerada los principios de la cooperación social entre personas libres e iguales no están siendo respetados. Una glosa preliminar a esta definición es que no se requiere que el acto civilmente desobediente viole la misma ley contra la que está protestando. Acepta lo que algunos han llamado desobediencia civil directa e indirecta. Y esto debe hacerlo toda definición, ya que algunas veces hay fuertes razones para no infringir la ley o la política considerada injusta. Por el contrario, podemos desobedecer las órdenes de tráfico o las leyes de allanamiento como medio de presentar nuestro propio caso. Por tanto, si un gobierno promulga una ley imprecisa y severa contra la traición, no sería adecuado cometer traición como medio de oponernos a ella, y, en cualquier caso, la pena sería mucho mayor de la que razonablemente estaríamos dispuestos a aceptar”⁶

⁶ RAWLS, John. Teoría de la Justicia. México D.F.:FCE.2006. p.177

Por otro lado, tenemos el rechazo de conciencia u objeción de conciencia, que según Rawls consiste en “desobedecer un mandato legislativo más o menos directo, o una orden administrativa. Es rechazo ya que se nos da una orden, y, dada la naturaleza de la situación, su aceptación por nuestra parte es conocida por las autoridades. (...) Se supone que nuestra acción es conocida por las autoridades, aunque en algunos casos deseemos ocultarlo. En los casos en que la objeción sea secreta, hablaríamos de evasión en lugar de rechazo de conciencia. En primer lugar, el rechazo de conciencia no es una forma de apelar al sentido de justicia de la mayoría; desde luego, tales actos no suelen ser encubiertos o secretos porque tal reserva es, a menudo, imposible. Nos negamos, simplemente, por motivos de conciencia, a obedecer una orden o cumplir un precepto legal. (...) El rechazo de conciencia no se basa necesariamente en principios políticos; puede fundarse en principios religiosos o de otra índole, en desacuerdo con el orden constitucional. La desobediencia civil es el llamado a una concepción de la justicia comúnmente compartida, mientras que el rechazo tiene otras bases.”

Explica también Rawls, que existe una suerte de tentación de decir que la ley deber respetar siempre los dictámenes de la conciencia, pero esto no puede ser siempre así, ya que para prevalezca el principio de la libertad, la ley puede incluso prohibir religiones que propugnen sacrificios humanos, que si bien es un dictamen de conciencia, este no puede sobrepasar la libertad de los otros.

Para autores como Peces Barba Martínez, la objeción de conciencia es una desobediencia natural civil y sectorial, que necesita de una justificación, esto es, una regulación jurídica y que supone una excepción a la obligación jurídica.⁷ La objeción de conciencia tiene, en resumen, su implantación en aquellas situaciones de una obligación general legítima pero cuestionada por sectores que tengan un punto de vista sobre la misma, que no es suficiente para provocar, en aquel momento histórico, una descalificación general, pero sí para pretender una excepción que desvincule de la obediencia a quienes la sostienen, apoyada en la libertad ideológica y religiosa. Lo podemos configurar como un derecho disenso o reaccional frente a una impugnación ética o religiosa de los fundamentos de una obligación jurídica general, por lo que su interpretación será restrictiva.⁸

Ahora, en el sentido médico propiamente tal, podemos encontrar definiciones como la que nos otorga Juan Pablo Becca y Carmen Astete, los que indican que “La objeción en el ámbito de la salud se ha definido como la negativa de los profesionales sanitarios a cooperar o ejecutar materialmente alguna intervención concreta que entra en colisión con sus imperativos de conciencia”, reconocida así tanto por el Código de Ética del Colegio Médico de Chile, La Guía de Buenas Prácticas Médicas del General

⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (1988-1989). Desobediencia civil y objeción de conciencia. Anuario de Derecho Humanos 5, p.168.

⁸ Ibidem, p. 172.

Medical Council en el Reino Unido y el Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de España⁹.

La objeción de conciencia es reconocida a nivel nacional e internacional como parte del contenido esencial de la libertad de pensamiento, pero solo es susceptible de admitirse de forma excepcionalísima, por lo cual estamos hablando de un derecho que, si bien es independiente de la libertad de pensamiento, no es autónomo del mismo, puesto que pasa a ser un efecto de este. El derecho fundamental entonces es la libertad de pensamiento, lo cual si tiene reconocimiento en nuestra carta fundamental en el artículo 19 N°6, y la objeción de conciencia con efectos liberatorios, siempre lleva consigo una delimitación en un sentido preciso y su alcance será relativo y nunca absoluto, como bien señalan los Ministros Gonzalo García Pino y Nelson Pozo Silva, en el voto disidente de la Sentencia Rol 5572 y 5650 del Tribunal Constitucional es sus considerandos 82 y siguientes.

Para un mejor entendimiento del tema que nos convoca, es interesante revisar las diferencias entre libertad de pensamiento, libertad religiosa y de conciencia, para ello seguimos el lineamiento de don José Salcedo Hernández, quien indica que “Libertad de pensamiento (...) permite a la persona dar una respuesta autónoma a las interrogantes de su vida personal y social; dicho de otro modo, es la concepción que tiene el individuo

⁹ BECA, Juan Pablo, ASTETE, Carmen (2015). Objeción de Conciencia en la práctica médica, [Revista Médica Chile 2015] Pp. 493-498 Recuperado de < <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rmc/v143n4/art11.pdf> > [21 de enero 2019]

sobre las cosas, el hombre, la sociedad y de acuerdo con la cual actúa. (...)”. Esto quiere decir que es la libertad de pensar y obrar del modo que dicta el pensamiento en consecuencia.

Por su parte, la libertad religiosa (...) se manifiesta en una respuesta personal a la cuestión de la trascendencia del individuo. Implica una toma de postura ante el acto de fe.

Finalmente, la libertad de conciencia es la “que permite a un individuo emitir un dictamen o juicio de la razón práctica acerca de la moralidad de una acción”¹⁰. Esto quiere decir, que la libertad de conciencia no viene a estar limitada únicamente por una concepción religiosa, porque se entienden como concepciones de libertad diferenciadas, por ejemplo, un médico puede declararse objetor de conciencia ante la realización de un aborto no por ser perteneciente a una religiosidad concreta, sino que más bien puede tener una convicción íntima y responsable desde algún otro punto de vista, que desde luego debe justificar.

Pero esta libertad de conciencia no puede pretender absoluta, ningún tipo de libertad es tan superior a otros deberes como para determinar que a prima facie debe estarse a esa libertad individual, ya sea de pensamiento, religiosa o de conciencia. Si reconocemos el derecho, debemos de igual forma reconocer sus límites.

¹⁰ SALCEDO HERNÁNDEZ, José Ramón. (1997) Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia. Anales de Derecho 15, pp. 96 y ss.

Postura negacionista de la objeción de conciencia:

Por otro lado, tenemos autores como Rodolfo Figueroa García Huidobro, que es mucho más radical en cuanto a la objeción de conciencia, señalando que los médicos no tienen un derecho moral de objeción de conciencia al aborto, ni aún a manera individual. También señala que no hay un fundamento conceptual para corresponder a la objeción de conciencia con el derecho a la libertad de conciencia.

Él explica que la tesis dominante señala que los médicos tienen un derecho de objeción de conciencia frente al aborto, fundándose en que este procedimiento podría ser para alguno de ellos una conducta moralmente reprochable, que trasgrede su conciencia moral y en consecuencia no deberían ser forzados a ejecutarla. Indica que esta tesis tiene una gran debilidad: el derecho de libertad de conciencia no se encuentra apoyado en un marco conceptual o en una estructura teórica que lo justifique. Estarían señalando un “derecho moral a la objeción de conciencia, en el sentido de que es una facultad de la cual son titulares con prescindencia del derecho positivo, y en términos tales que, si éste no se admite, eso constituye un error que debe ser corregido”.¹¹

Continúa el autor, determinando un marco conceptual para la objeción de conciencia, tomando como punto de partida el marco conceptual de Rawls, señalando

¹¹ FIGUEROA GARCÍA HUIDOBRO, Rodolfo. (2016) Objeción de conciencia y aborto. Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile. Pp.147-178. Recuperado de http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/Publicaciones/Libros/ABORTO_DEBATESYREFLEXIONES/Objeciondeconciencia.pdf

que la objeción de conciencia tiene dos rasgos esenciales: a) que la ley sea injusta y b) que el objetor se encuentre ante una disyuntiva insalvable. Para determinar entonces, si procede la objeción de conciencia realiza un ejercicio de análisis de cada uno:

- a) Injusticia: ante esto se realiza la siguiente pregunta “¿Es injusta una ley que autoriza el aborto? Señala al respecto que es posible que una ley que autoriza el aborto sea injusta, el problema es que la literatura que defiende la existencia del derecho a la objeción no entrega ninguna fundamentación de por qué es injusta. También, es probable que se considere injusto el aborto en todos los casos, partiendo de la base de que el embrión, desde la concepción es equivalente a una persona. El problema aquí es que los objetores no han probado esta afirmación, ni tampoco quienes no lo consideran persona.
- b) Disyuntiva inevitable: el argumento que nos entrega Rodrigo Figueroa es que tanto el médico como el farmacéutico (a propósito de la píldora del día después), puede dejar de ser médico o gineco obstetra o droguero en su caso y dedicarse a otros negocios rentables. En el fondo nos dice que el médico que no quiere dejar de serlo debe cumplir con lo que le ordena la ley, sino debe renunciar. Señala que negarse a renunciar, implica traspasar el costo personal a terceros, la mujer embarazada.

La postura de este ensayo, más allá de decir que no puede aplicarse la objeción de conciencia ante la realización de aborto, está referida a la delimitación de esta objeción de conciencia y el ámbito de aplicación de esta. No desconocemos que existe argumentos tanto a favor como en contra de la objeción, pero se explican a modo pedagógico para interiorizarnos en el tema.

Objeción de conciencia y derechos fundamentales.

Para este ensayo, es importante definir qué es un derecho humano y cómo algunos autores han relacionado la objeción de conciencia como uno que se basta a sí mismo, siendo como veremos más adelante, el criterio utilizado por el Tribunal Constitucional.

Los derechos fundamentales son tales por emanar directamente como atributos esenciales de la dignidad humana y constituir límites a la soberanía como establece el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, al estar expresamente definidos como emanaciones de la dignidad de la persona humana o como atributos esenciales del ser humanos por los Tratados ratificados por el Estado e incorporados al derecho interno y

por poseer un procedimiento especial para su modificación o desarrollo, como lo establece el artículo 127 inciso 2º de la Carta Fundamental.¹²

En el Estado Constitucional Democrático los derechos constitucionales operan como derechos de defensa frente al Estado, salvaguardando la libertad individual, y al mismo tiempo, se hacen objetivos operando como elementos del ordenamiento jurídico.

Los derechos son fundamentales por su posición dentro del Estado constitucional como normas jurídicas supremas se constituyen en presupuestos de validez material para la creación, interpretación y aplicación de otras normas del derecho infra constitucional¹³

Ahora, en cuanto a la objeción de conciencia, normalmente se ha vinculado con el derecho fundamental de la libertad de conciencia confundiendo en muchas oportunidades ambos conceptos para enmarcarlo como uno solo.

Para el marco jurídico internacional, la objeción de conciencia se ha fundamentado principalmente para el servicio militar obligatorio, donde la objeción se basa en el derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y religión: “El derecho a la objeción de conciencia al servicio militar no es un derecho en sí mismo, ya que en los

¹² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. Revista *Ius et Praxis*, 11 (2): 15 - 64, 2005 Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002>

¹³ *Ibidem*

instrumentos internacionales de las Naciones Unidas no se menciona directamente, sino que se califica normalmente de derecho derivado, es decir, un derecho que se deriva de una interpretación del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.”¹⁴

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, su artículo 18 prescribe:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 18 señala:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

¹⁴ NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO. (2012) La objeción de conciencia al Servicio Militar. New York – Ginebra. Pp.7 y ss.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

En estas declaraciones no tenemos una alusión directa a la objeción de conciencia, a diferencia con lo que ocurre con Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 10, que es el único instrumento internacional que reconoce expresamente el derecho a la objeción de conciencia:

- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.*
- 2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.*

Dentro de la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos encontramos una sentencia que involucró directamente al Estado de Chile a propósito de la objeción de conciencia al servicio militar, en el caso *Christián Daniel Sahli Vera y otros c. Chile*, determinando que “el hecho de que el Estado chileno no reconozca la condición de ‘objeto de conciencia’ en su legislación interna y no reconozca a [los peticionarios] como ‘objetores de conciencia’ [...] no constituye una interferencia con su derecho a la libertad de conciencia”. La Comisión rechazó el argumento de que la objeción de conciencia al servicio militar era un

derecho que amparaba a los demandantes en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que en Chile ese derecho no estaba reconocido por la ley, y entendió que no se habían vulnerado los derechos que asistían a los demandantes en virtud, entre otros, del artículo 12 de la Convención. La Comisión determinó que la “Convención Americana no crea y ni siquiera menciona expresamente el derecho de ‘objeción de conciencia’, el alegado derecho a no ser obligado a cumplir, por razones de conciencia, las imposiciones de la ley”. Observó que “el artículo 6 3) b), siguiendo el Convenio N.º 29 de la [Organización Internacional del Trabajo] sobre la misma materia, expresamente excluye de la definición de trabajo forzado o compulsivo el ‘servicio militar y, en los países que reconocen a los objetores de conciencia, el servicio nacional que la ley prevea en lugar del servicio militar’”. La Comisión determinó que “la jurisprudencia internacional de derechos humanos reconoce la condición de objetor de conciencia en los países que prevén dicha condición en sus leyes nacionales.

Este paradigma se fue modificando con el tiempo, indicando que el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, establecido en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es un derecho que no se puede suspender en virtud del artículo 4 del Pacto, ni siquiera en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta “únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”, pero de todas formas no se la ha asignado a la objeción de conciencia la calidad de derecho fundamental individual, sino que siempre se entiende como un derecho derivativo.

Seguendo la lógica de don Humberto Nogueira Alcalá, la "*libertad de conciencia* protege el proceso racional, reflexivo, la elaboración intelectual del ser humano y su adhesión o no a concepciones valóricas o creencias, sean estas religiosas, filosóficas, ideológicas, políticas o de cualquier otra naturaleza, como asimismo a rechazar aquellas que considera erróneas; proceso que corresponde al fuero interno de la persona que tiene un carácter inviolable, el cual plantea una exigencia de comportarse exteriormente de acuerdo con tales concepciones. En definitiva, es la facultad de toda persona para formarse su propio juicio, sin ningún tipo de interferencias; el derecho de pensar con plena libertad, lo que posibilita la propia selección o determinación de valores de acuerdo con los cuales formula su proyecto de vida y la conformación a dicho pensamiento de su actividad externa personal y social.

La libertad de conciencia protege el fuero interno de la persona humana, la integridad de su conciencia, como un derecho de defensa frente a las intromisiones de cualquier tipo que pretendan violentarla. La conciencia constituye con el individuo una unidad indisoluble, la persona "es" tal con su conciencia, a diferencia de otros derechos, como la libertad de creencias, en que el individuo "adhiera" a una religión, filosofía, ideología o cuerpo de ideas. La libertad de conciencia exige asimismo al individuo una actuación externa conforme a sus propios juicios morales.

Garantizando la libertad de conciencia el Estado constitucional democrático se legitima. ¿Cuál sería la legitimidad de un Estado que no permitiese ser a la persona ella misma? ¿Qué derecho protegería un Estado que no asegura el contenido esencial y básico de la personalidad humana? ¿Dónde encontraría su raíz la libertad de creencias, la libertad religiosa, la libertad de enseñanza, la libertad de opinión e información?

El Estado está imposibilitado de penetrar en este ámbito, debiendo respetar el proceso intelectual y la búsqueda de la verdad que desarrolle autónomamente la persona, como asimismo, su comportamiento externo conforme a su conciencia.

La libertad de conciencia implica también ante un auténtico conflicto de conciencia, el de obedecerse a sí mismo antes que al Estado, *negándose a actuar en contra de sus valores y creencias*, cualquiera sea su situación jurídica, lo que se constituye en la *objeción de conciencia*. Sin lugar a dudas, el individuo no puede separar su conciencia del obrar conforme a ella. En tal sentido, la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento constitucional forma parte de las facultades que integran el contenido del derecho a la libertad de conciencia, constituyendo una de las manifestaciones de tal derecho.

Asimismo, como todo derecho y como todo contenido o haz de facultades que integran el derecho no es absoluto, sino que tiene límites, los cuales deben ser razonables y proporcionados. Así también, los *deberes jurídicos* deben considerarse como límites a los derechos fundamentales, pero tales límites no pueden llegar a desnaturalizar o suprimir la posibilidad de ejercicio del respectivo derecho.”¹⁵

Para este autor, la libertad de conciencia es un derecho fundamental que debe ser completamente garantizado por el Estado, en tanto que es la facultad de todo individuo para formarse su propio juicio, sin interferencia alguna, inclusive implica obedecerse a sí mismo aún antes que al mismo Estado. Del derecho de libertad de conciencia, surge entonces la objeción de

¹⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2006) La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. Revista *Ius et Praxis*, 12 (2): 13 - 41, 2006. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000200002>

conciencia, como la negativa a actuar en contra de sus propios valores, creencias y situaciones jurídicas, debiendo prevalecer por sobre lo que se imponga exteriormente. Pero esto no significa que por derivarse del derecho a la libertad de conciencia estemos en presencia de un derecho absoluto de objeción de conciencia o que sea considerado un derecho fundamental per se.

La solución que plante Humberto Nogueira radica que ante un mandato jurídico donde la persona plantea una objeción de conciencia, el Estado debe brindarle una alternativa, si dicha objeción de conciencia no genera una consecuencia social intolerable para el bien común. Asimismo, es necesario precisar que la objeción de conciencia es un caso límite, en el cual el Estado debe actuar con tolerancia. El Estado democrático implica entre otros elementos el gobierno de la mayoría en el respeto de los derechos de las minorías, no es la dictadura de la mayoría, siendo la minoría más básica la persona humana, la cual exige del Estado el respeto de todos y cada uno de sus derechos humanos o fundamentales. El poder democrático y su legitimidad obliga al respeto, por parte de quién lo ejerce, de los derechos humanos que legitiman tal ejercicio.

El otro límite a la objeción de conciencia es el contenido mismo de la objeción, porque no cualquier disconformidad con el mandato legal puede ser una objeción de conciencia, sino que debe provenir de un conflicto moral, que tiene su fundamento en postulados ideológicos o religiosos.

Entonces el Estado, ante tal conflicto, debe brindar las herramientas necesarias para que en el caso particular el objetor pueda sostener que para él, la ley y el mandato que se le ordena conforme a ella es inconstitucional. Nuestro ordenamiento jurídico tiene por tanto contemplado el procedimiento de Inaplicabilidad y de inconstitucionalidad de la ley en su caso.

Estos procedimientos se utilizan con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley y se aplican caso a caso, donde la objeción de conciencia debe ser debidamente fundamentada para que en definitiva el objetor tenga la facultad de incumplimiento de deberes de derecho público que implican una actuación directa de la persona.

Como veremos en los siguientes capítulos, la ley relativa a la despenalización del aborto en tres causales enmarca y reconoce la objeción de conciencia del médico tratante, pero es nuestro Tribunal Constitucional que lo ha elevado a calidad de derecho fundamental.

Objeción de conciencia ante la realización de abortos.

En cuanto a la objeción de conciencia ante la ejecución de abortos, bajo las premisas de la ley 21.030, la objeción de conciencia personal tiene límites regulatorios que no pueden ser olvidados: deber ser una decisión de la conciencia meditada por escrito, bajo reglas abstractas que se derivan de una conciencia no improvisada al ser necesariamente previa; razonada por fundamentos específicos según la causal invocada si que pueda ser presumida y extensible a otras; formalmente consciente; y como una manifestación externa de una decisión seria ante el Director del establecimiento. Estos límites nos dan a entender que la objeción de conciencia en ningún caso puede considerarse un derecho absoluto.

Por otro lado, debemos señalar qué no puede ser entendido como objeción de conciencia:

1. El desconocimiento del marco normativo, de la responsabilidad y de los límites de la actuación de los profesionales de la salud.
2. El no estar de acuerdo con la decisión de la mujer. En muchos casos este desacuerdo surge a partir del papel que juega la mujer como paciente empoderada que le exige al médico realizar el procedimiento. Esta exigencia subvierte la relación jerárquica médica/paciente, lo que genera en el prestador un conflicto moral con su formación profesional, pero en ningún caso su conciencia.
3. Cualquier dilación de tipo administrativo que busque modificar la decisión de la mujer por cuenta del desgaste físico, emocional o por el avance de la edad gestacional: autorizaciones adicionales, juntas médicas, tiempos de espera injustificados, remisiones innecesarias a especialistas, entre otras.
4. La objeción de conciencia no es un acto de desobediencia civil, por cuanto no es objeción cualquier actuación que pretenda desconocer el marco normativo, intentado introducir cambios en su contenido.
5. Cualquier decisión no basada en la conciencia: no realizar un procedimiento porque es riesgoso o porque se carece del entrenamiento para hacerlo, así como evitar la atención para no someterse al señalamiento o al estigma del

gremio, o dejar de prestar los servicios por constreñimientos institucionales.¹⁶

La objeción de conciencia puede provocar una serie de impactos en la prestación de servicios de la interrupción voluntaria del aborto al aceptarla de forma ilimitada, donde exista ausencia de regulación y no se determine en qué medida y bajo qué criterios corresponde objetar ante la prestación del servicio.

La objeción de conciencia debiese ser una decisión inofensiva y que no genere ningún daño a terceros, pero su mala práctica impacta negativamente en los sistemas de salud a nivel internacional.

Parte de estos daños ocurren cuando existe una práctica generalizada a la objeción, dando como resultado la obstrucción de los servicios, provocando un gravísimo daño a las mujeres, quienes a menudo ponen en riesgo su vida y su salud, debido a la dilación, disuasión o a la escasa oferta de servicios de interrupción voluntaria del embarazo.

Igualmente, la obstrucción a los servicios por mala práctica de la objeción de conciencia se acompaña con frecuencia con la falta de información y trae como consecuencia la violación a otro derecho fundamental: el acceso a la información veraz, científica y objetiva sobre su condición de salud.

¹⁶ GONZÁLEZ VELEZ, 2016, P.14-15

En el caso de otras objeciones de conciencia, distintas a la salud, se le asignan deberes diferentes a los objetores que sustituyen su responsabilidad legal, como por ejemplo en el servicio militar, que en algunos países deben cumplir servicio social y otras tareas en apoyo de la comunidad. En el caso de la objeción de conciencia en materias de salud, no existe una carga asociada ni sustituto alguno ante la negativa del prestador de servicios de hacerlo. Tampoco existe la carga asociada a demostrar la autenticidad de su declaración.

La práctica de la objeción de conciencia también lleva a costos de manera económica, porque es responsabilidad del establecimiento (no objetor de conciencia institucional) que deba contar con otros profesionales que no sean objetores de conciencia si dentro de sus filas existe alguno que si lo es.

Por ello es importante que, al momento de que aceptemos la práctica de objeción de conciencia, esta tenga definida límites claros, consecuencias y reglamentación adecuada.

III. OBJECIÓN DE CONCIENCIA INSTITUCIONAL:

Si entendemos la conciencia como el conjunto central de creencias morales de una persona, como condición intrínseca e individual, es decir inherente al sujeto, no podemos considerar que la conciencia sea un atributo de una institución, ya que, en este sentido, ninguna institución podría experimentar una pérdida de integridad moral, culpa o sufrimiento que resulte lesiva con su identidad, siendo por tanto su consecuencia que no existe objeción de conciencia institucional.

La problemática radica en confundir el ideario de las personas jurídicas o instituciones privadas con lo que se entiende por conciencia. El ideario se plasma en los estatutos sociales y dice relación con el acuerdo de voluntades que seguirá la institución y que en ningún caso puede transgredir las normas de orden público o resultar discriminatorio.

Por otro lado, siguiendo a Sonia Ariza Navarrete y Agustina Ramon Michel, en el marco del proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo, aprobado en la Cámara de Diputados de la República de Argentina, que reconoce la objeción de conciencia individual, han identificado una serie de problemáticas de la aplicación de Objeción de conciencia Institucional a saber:

1. En primer término, y como ya se dijo, la confusión de ideario y la conciencia propia de los individuos. La conciencia corresponde a las más íntimas

convicciones del individuo, la que sirve como fundamento para poder ejercer la objeción de conciencia, en cambio el ideario, es simplemente el acuerdo de voluntades propias de una institución privada.

2. Por otro lado, la objeción de conciencia institucional pone en riesgo la libertad de conciencia y el ejercicio profesional de las/os profesionales que trabajando en dicha institución: El profesional que trabaja en la institución que se declara como objetora de conciencia institucional perfectamente puede no ser objetor y, es más, puede sentirse compelido en base de sus propias convicciones morales a realizar el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo. Por tanto, su derecho al ejercicio de libertad de conciencia se encuentra cercenado.
3. Las instituciones Privadas Objetoras se aprovecharían del sistema de salud: “Si algunas instituciones privadas de salud pretendieran simplemente negar el servicio —como se vio en declaraciones recientes—, sin ningún tipo de cobertura y derivación a un servicio de salud que pueda garantizar la práctica, se estarían aprovechando de los otros actores privados de salud, de obras sociales y de los servicios públicos de salud —que si proveerán IVE— y eludiendo las obligaciones contractuales con sus usuarias”
4. Las instituciones de salud tienen una función pública: “Las instituciones privadas que proveen servicios de salud, desarrollan funciones públicas esenciales: la provisión de servicios de salud a la población. El hecho de que estas funciones se

desempeñen con ánimo de lucro y mediante un contrato privado no desvirtúa la naturaleza del servicio. Por tanto, la función social que cumplen estas empresas privadas es diferente a la de otras que no están comprometidas con la garantía de derechos fundamentales de las personas. No es lo mismo una empresa dedicada a la provisión de servicios de decoración de interiores (aunque esta también debe respetar las leyes vigentes), que una cuya misión es mejorar la calidad de la salud de las personas asociadas.

En este sentido, la exigencia social y legal que se hace a las empresas o entidades proveedoras de servicios de salud es mucho mayor. No solo deben garantizar la no discriminación en el acceso los servicios – como las demás empresas- sino que están sometidas a un mayor control y vigilancia por parte del Estado. En este sentido, el establecimiento de una excepción ampliada a la provisión de servicios de IVE, resultaría injustificada y pondría en riesgo de manera desproporcionada el

acceso a la salud de las personas asociadas a las instituciones objetoras.”¹⁷

5. La objeción institucional genera daños: reduciendo las posibilidades de las personas a acceder a una interrupción voluntaria del embarazo, sobre todo pensando que la oferta de servicios de salud es limitada, situación que viene

¹⁷ ARIZA NAVARRETE, Sonia y RAMÓN MICHEL, Agustina. (2018, junio). Objeción de conciencia Institucional: problemas y una solución balanceada. Pp. 1-9

siendo aplicable tanto como para Argentina y Chile. El otro daño que genera la objeción de conciencia es la estigmatización de la mujer que requiere este tipo de intervención, puesto que son culpabilizadas como “pecadoras” y se incrementa aún más con la objeción de conciencia institucional. Hay una violencia ética y sistemática hacia las mujeres, quienes en su derecho y por distintas circunstancias deciden interrumpir su embarazo. (en Chile solo por las tres causales de despenalización del aborto).

6. La objeción de conciencia es solo para quienes intervienen directamente en la Interrupción Voluntaria del embarazo: la objeción de conciencia solo puede invocarse por quienes intervienen directamente en la ejecución de interrupción voluntaria, es una excepción al cumplimiento de un deber jurídico, por lo que no es posible darle alcances tan amplios como para comprender toda una institución.

Ante estas problemáticas, sostienen las autoras, no es posible el reconocimiento de la objeción de conciencia institucional, pero si el individual, como lo señala el proyecto aprobado por el Congreso de la República de Argentina.

Por su parte, la Convención Interamericana de los Derechos Humanos ha establecido que no puede existir objeción de conciencia institucional, y en casos de contemplarse,

no puede declararse para negar servicios públicos, como lo que refiere el caso de salud sexual y reproductiva.¹⁸

En Colombia, la Corte Constitucional, en su sentencia T-209 del año 2009 ha manifestado que el derecho de objeción de conciencia “es solo atribuible a las personas naturales y, de forma explícita, complementa diciendo que no lo es a las personas jurídicas. Del mismo modo la sentencia T-388 del año 2009 señala que al ser la objeción de conciencia una manifestación de las más íntimas y arraigadas convicciones del individuo es imposible su ejercicio por parte de las personas jurídicas en razón de su ontología. Y adiciona la corporación que la proscripción de la objeción de conciencia institucional es un mecanismo efectivo para la destrucción de limitaciones abusivas a la libertad de las personas que laboran en dichas instituciones, ya que se verían ante una coacción impuesta por los directivos de la entidad.”¹⁹

En la otra vereda tenemos defensores de la objeción de conciencia institucional, como es el caso de nuestro Tribunal Constitucional, cuyo principal argumento refiere a que la misión de una institución puede considerarse un equivalente de la conciencia individual de una persona natural, siendo un error considerar que las personas jurídicas

¹⁸ GONZÁLEZ VELEZ, 2016, P.17-18

¹⁹ MONTOYA-VACADÍEZ DM. Mitos y realidades sobre la objeción de conciencia en la praxis médica. Revista Ciencia Salud. 2014;12(3): 435-49. doi: [dx.doi.org/10.12804/revsalud12.03.2014.11](https://doi.org/10.12804/revsalud12.03.2014.11)

no tienen derechos y que las actividades que realizan son ajenas a un referente ideológico que media su discurso y sus prácticas.²⁰

Para Claudio Alvarado, Fernando Contreras y Manfred Svensson, existen cuatro claves para el debate de la objeción de conciencia institucional:

1. “La ley de aborto en tres causales señala expresamente que “la objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución”. Se trata de una expresión relevante de la libertad de asociación. En principio ningún centro privado de salud tiene la obligación de ofrecer prestaciones específicas (ni aborto ni ninguna otra), pero las entidades particulares que participan de la red pública de salud sí pueden verse en la necesidad de objetar ante una solicitud de aborto. Ello dependerá precisamente de su ideario institucional.
2. La idea de una “personalidad real” de las asociaciones humanas es de larga data. Su promoción, realizada por autores y escuelas diversas, subraya el papel crucial que estas agrupaciones desempeñan en la protección de las libertades personales frente al Estado, así como también en el cultivo de diferentes visiones de mundo. Además, se trata de un razonamiento semejante al que se manifiesta hoy cuando se exige la responsabilidad jurídica de ciertas asociaciones, o su conciencia ecológica o social.

²⁰ GONZÁLEZ VELEZ, 2016, P.20

3. La objeción institucional no obliga al personal de un establecimiento médico a actuar contra su conciencia individual, únicamente impide que aquel establecimiento sea forzado a realizar procedimientos contrarios a los principios que explican su razón de ser. Negar tal objeción, cualquiera sea el tamaño o magnitud del centro médico, impide que asociaciones humanas con idearios robustos participen de la vida pública conforme a ellos. Esto atenta contra el pluralismo social, que exige libertad para cultivar de manera asociativa diversas visiones de mundo.
4. Nuestras sociedades experimentan un profundo desacuerdo moral en asuntos de primera importancia. En el caso de las instituciones objetoras en materia de aborto, ellas solicitan que no se les obligue a realizar actos que consideran un atentado directo y deliberado contra una vida humana inocente. Si esa es la envergadura del desacuerdo, la búsqueda de acomodos razonables se vuelve cada vez más relevante. Que la propia legislación reconozca la posibilidad de objetar en términos institucionales es signo inequívoco de esa realidad.”²¹

A su vez, se ha señalado que “sería muy reduccionista pensar que sólo las personas tienen derecho a definir sus actos de acuerdo a sus valores. Es evidente que las

²¹ ALVARADO, Claudio, CONTRERAS, Fernando y SVENSSON, Manfred (agosto de 2018) "Objeción de conciencia institucional", Claves para el debate N.º 1. Recuperado de <http://www.ieschile.cl/wp-content/uploads/2018/07/Objecio%CC%81n-de-conciencia-institucional-4-claves-para-el-debate.pdf> [21 de marzo de 2019]

instituciones no tienen estrictamente conciencia moral, pero sí tienen ideología, declaraciones, estatutos o códigos de ética institucional que determinan su forma de trabajo. (...) Se trata de criterios normativos que dan cuenta de una forma de responsabilidad moral de la institución, los que idealmente responden a criterios interdisciplinarios consensuados al interior de las mismas. De esta manera de hecho se establece una forma de conciencia moral institucional.”²²

El debate actual, tanto en la doctrina nacional e internacional está centrado en el ámbito de las instituciones privadas, puesto que las empresas públicas tienen la obligación de cumplir a cabalidad la prestación de servicios, tal y como lo establece la ley, sin ningún tipo de excepción. Entonces cabe preguntarnos ¿qué sucede cuando las empresas privadas cumplen o prestan funciones públicas?, este es el punto de inflexión central entre la disputa entre nuestro Tribunal Constitucional y la Contraloría General de la República, el cual será abarcado en los siguientes apartados.

²² BECA, Juan Pablo. ASTETE, Carmen. (2015) Objeción de conciencia en la práctica médica. Revista Médica de Chile, Vol.134, N°4 (Sociedad Médica de Santiago). P. 495

IV. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN SENTENCIA ROL 3729-17 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

En este capítulo analizaremos tanto lo solicitado por los requirentes de inconstitucionalidad en el contexto del proyecto de despenalización del aborto en tres causales y lo finalmente resuelto por el Tribunal Constitucional sobre la objeción de conciencia.

Antes de realizar las observaciones de este capítulo es prudente revisar someramente el principio de Supremacía Constitucional, del cual se ha dicho: “Es la manifestación del principio de super legalidad formal y material de la constitución. Es formal, porque la constitución establece los procedimientos y competencias para producir derecho válido y vigente en una sociedad, regulando todas las fuentes del derecho y generando unidad en el sistema jurídico, de tal manera que no hay otras formas o procedimientos que los que la propia Carta Fundamental establece y que las leyes desarrollan. Es material, por otro lado, porque la Constitución, condiciona sustancialmente la dirección política de la organización del poder democrático y vincula esta organización al cumplimiento, concretización y desarrollo de la carta de derechos fundamentales que ella contiene.”²³”

²³ García Pino, Gonzalo; Contreras Vásquez, Pablo y Martínez Palecencia. Victoria. Diccionario Constitucional Chileno, Santiago de Chile, Editorial Hueders 2016, 2ª edición, p.1072, Pp. 940-941

La supremacía constitucional proviene como cualidad política de la constitución (como norma jurídica y también política). En cuanto en análisis práctico y teórico de la supremacía, se establece su preponderancia como fuente en el derecho normativo, pero también como la eficacia directa y efecto irradiación de los derechos fundamentales.

Sabemos que como la Constitución es un texto evidentemente político, la legitimación interna tiene que ver con el principio democrático y la legitimización externa de la Carta Fundamental con el proceso democrático y este principio democrático incluye la deferencia racionada, y la remisión, al legislador que hace la Carta Fundamental.

Algunos autores van más allá y en esta dualidad político-jurídica de la Carta Fundamental encuentran fundamento para criticar la necesidad de un garante último de la Constitución: “La cuestión del garante último de la Constitución descubre un aspecto de la supremacía constitucional que se repite con más o menos intensidad en todas las demás cuestiones: la dimensión política del principio. En efecto, el poder para declarar definitivamente el significado de la Constitución tiene una innegable connotación política. Paradójicamente, es típico que este poder para declarar definitivamente el significado de la Constitución sea atribuido a un tribunal con poder de jurisdicción. Así ocurre en los Estados Unidos y así sucede en Chile.”²⁴

²⁴ Silva, Luis Alejandro. La supremacía constitucional: Fundamento, y límite de su garantía por el Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Público UPD. Pp. 615-629, p6 18

El presente ensayo se enmarca en el problema que presenta, vincular de manera articulada tanto el requerimiento presentado por los Señores Senadores al Tribunal Constitucional, con el Fallo de este último a la luz de la Supremacía Constitucional, razón por la cual, se intentará dar cuenta de diversos elementos, que pueden apreciarse, y que en definitiva permitirán abordar la cuestión relativa a la objeción de conciencia, bajo este prisma.

- a) Supremacía como cualidad política. La Democracia es *“una forma de organización sociopolítica que se funda en el Derecho del Pueblo a gobernarse por sí mismo, con el Objeto de la Protección y Resguardo de los Derechos Fundamentales”*, manifestación que nos permite como sociedad, el entendimiento de la carta fundamental como una *“juridificación de la política y expresión de un determinado orden político”*, que debe propender a un equilibrio entre la Significación jurídica y política (democracia) que existen en la Constitución.
- b) Especial mención debe hacerse al resguardo formal de la Constitución, tanto desde la perspectiva de la delimitación competencial de los órganos llamados a generar modificaciones o interpretaciones constitucionales, tal como señala el Artículo N.º 7 de nuestra Carta Fundamental *“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo*

acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”, como también desde la perspectiva del principio democrático, pues respecto de “la problemática legitimidad y posición del Tribunal Constitucional en una democracia constitucional está la cuestión relativa al acceso de las minorías como justiciables, las que cuando son minorías políticas se enfrentan eventualmente a un contencioso sancionatorio ante el mismo Tribunal, el cual deberá necesariamente, para salvar el principio democrático y el pluralismo ideológico y político, hacer una lectura garantista de la cláusula de protección de la democracia constitucional”²⁵, dicha argumentación, vista desde la aplicación normativa de la Constitución, según señala su propio Artículo N°6 que señala que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”, es de carácter vinculante para los poderes públicos y para los particulares.

²⁵ ZUNIGA URBINA, Francisco. PRINCIPIOS JURÍDICOS Y DEMOCRACIA: DE VUELTAS A LA "DEMOCRACIA MILITANTE". Estudios constitucionales [online]. 2012, vol.10, n.2 [citado 2017-09-22], pp.17-56. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200.

- c) A su vez, el Artículo 4º de la Constitución explícitamente reconoce a Chile como una República Democrática, elemento que, en línea con lo dicho precedentemente, respecto de su organización.
- d) En relación con la Deferencia Razonada que la Jurisdicción Constitucional debe al Legislador democrático, es indispensable distinguir entre *“litigios político-jurídicos de aquellos meramente políticos. En estos últimos el Tribunal carece de competencia”*²⁶, ya que tal función política desnaturalizaría en último término su finalidad como sistema de control.

Mención a la Objeción de Conciencia en el Requerimiento.

Los honorables senadores y diputados señalan en su libelo que el proyecto de ley vulnera la libertad de conciencia y el derecho a ejercer la profesión médica, transgrediendo la garantía esencial de los derechos. Señalan que el artículo 119 ter del Código Sanitario, en la forma en que fue redactado, al regular la objeción de conciencia, la limita en el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la primera causal (riesgo de vida de la madre) y de no existir otro profesional

²⁶ MARTINEZ ESTAY, José Ignacio. AUTO-RESTRICCIÓN, DEFERENCIA Y MARGEN DE APRECIACIÓN: BREVE ANÁLISIS DE SUS ORÍGENES Y DE SU DESARROLLO. *Estudios constitucionales* [online]. 2014, vol.12, n.1 [citado ,2017-09-22], pp.365-396. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100009&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200.

de la salud o objetor que pueda realizar el procedimiento. Por tanto arguyen, que el proyecto de ley está claramente intencionado a procurar el aborto directo, afectando el derecho fundamental a la libertad de conciencia garantizado en el artículo 19 N°6 de la Constitución Política de la República. Además, viene en vulnerar el derecho a ejercer la profesión médica garantizado en el artículo 19 N°6 de la Carta Fundamental.

El requerimiento presentado por los Señores Senadores y Diputados, solo hace alusión, en lo que respecta a la Objeción de Conciencia Institucional, a que, a su parecer, la ley que despenaliza el aborto en las tres causales, “es inconstitucional por cuanto manda e impone a las personas jurídicas y a las personas que las componen, la obligación de realizar el aborto directo —en los casos que la ley señala—, forzándolas a contravenir el ideario por y para el cual tales instituciones se han constituido, afectando así su autonomía para cumplir sus propios fines específicos, vulnerando así lo dispuesto en el artículo 10 y en el artículo 19 N.º 26º, en relación con los artículos 19 N.º 6º y artículo 5º inciso 2º, todos de la Constitución.”

Como puede apreciarse, la tesis de los requirentes sustenta que es inconstitucional la imposición a personas jurídicas, de realizar el aborto directo, por cuanto afecta sus propios fines específicos, fuera de ello, el requerimiento no hace ninguna mención directa a las razones jurídicas que justificarían la objeción de conciencia institucional.

Sentencia del Tribunal Constitucional.

Al describir el Tercer Conflicto de Constitucionalidad, el fallo del Tribunal Constitucional, describe los requerimientos indicando que el Artículo 119 ter del Código Sanitario “al regular la objeción de conciencia, la limita en el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la primera causal y de no existir otro profesional de la salud no objetor que pueda realizar la intervención, como también si fuera inminente el vencimiento del plazo establecido para la tercera causal.”, así mismo, “resulta clara la intención del proyecto en orden a procurar el aborto directo, afectando el derecho fundamental a la libertad de conciencia de los profesionales de la salud, garantizado en el artículo 19 N° 6° de la Constitución” por lo que a juicio de los requirentes, “la vulneración a la libertad de conciencia es socavada en un punto tal en que dicho derecho pierde su contenido esencial, lo que contraviene, también, el artículo 19, numeral 26° de la Constitución.”.

A su vez S.E. presidenta de la República Michelle Bachelet, argumenta que “en caso alguno el proyecto infringe la libertad de conciencia en materia de objeciones. Éste es un derecho subjetivo otorgado por el Estado a una persona natural que le permite excepcionalmente a ésta eximirse de cumplir con una obligación jurídica puesto que el titular del derecho se encontraría en una situación de imposibilidad de incumplir con dicho imperativo por razones éticas, morales o religiosos.”

Añadiendo, lo que a juicio de quien suscribe es del todo correcto, que “La objeción de conciencia es excepcional, dado que implica una desobediencia tolerada por el Estado a normativa vigente, puesto que la regla general es la obediencia al derecho. Sólo en casos excepcionales puede ser desobedecido por creencias o convicciones morales.”, y que así mismo, el Estado “otorga reconocimiento específico a dicho derecho, reconociendo la importancia que posee la integridad moral y la conciencia de quien dedica su vida a atender pacientes en el marco de una profesión en el área de la salud.” Tal omisión de actuar reconocida a las personas, sostiene la Señora Presidenta, “presupone la existencia de una obligación legal de actuar en un determinado sentido con fundamento en razones religiosas, éticas, morales, axiológicas o de justicia. Es una omisión que no cabe autorizar en una institución, puesto que ello implicaría una inconstitucionalidad flagrante: las personas jurídicas carecen de conciencia, solo la tienen los individuos. Si una institución pretendiera imponer una serie de principios a quienes cumplen funciones en ella para suscribir o mantener un contrato de trabajo, con ello, infringiría la libertad de trabajo.”

Descritos los antecedentes sometidos a conocimiento del Tribunal, cabe hacer una mención a la resolución de este en cuanto a la objeción de conciencia.

En primer término, como criterio interpretativo, en su considerando Vigésimosexto, el Tribunal expresamente reconoce el llamado al Congreso Nacional, en orden a regular la sociedad, por medio de la Ley, en todas aquellas materias que sean objeto de

codificación, como sostiene el Artículo 63 N°3 de nuestra carta fundamental, por lo que, “aprobarlas, modificarlas o derogarlas (artículo 66), está dentro del ámbito del Congreso, a quien le corresponde concurrir a la formación de las leyes (artículo 46)” lo que reconoce de manera clara el principio democrático que fundamenta la Supremacía Constitucional en cuanto Cualidad Política, teniendo el legislador “un ámbito de discrecionalidad inherente a las regulaciones. Es a los parlamentarios, junto con el Ejecutivo como colegislador, a quien corresponde apreciar la manera en que se busca solucionar un determinado problema en la sociedad. Las soluciones que pudieran considerarse para tal efecto deben ser definidas por ellos. En el mismo sentido, no corresponde a nadie más que a esos poderes del Estado, apreciar la bondad o conveniencia del contenido de las regulaciones. Mientras se mantengan dentro de los márgenes permitidos por la Constitución, no hay reproche alguno que pueda formularse”, lo que además de acuerdo al mismo Tribunal, cabe la expresa consignación de presunción de constitucionalidad de la ley.

Por lo antes descrito, llama la atención que el fallo del Tribunal Constitucional en si Capítulo Segundo, refiriéndose expresamente a la Objeción de Conciencia, señale que acoge los Requerimientos parlamentarios (como se indicó precedentemente el Requerimiento de los Señores Senadores no se pronuncia respecto de esta materia en términos concretos y razonados), por las siguientes razones:

1. Que el numeral 3 del Proyecto por medio del introducido artículo 119 ter al Código Sanitario, regula por primera vez “en forma expresa en nuestro derecho, el tema de la objeción de conciencia. Dispensa en tal virtud tanto al médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso del artículo 119 - agregado por el N° 1 del mismo Proyecto - cuanto al resto del personal profesional al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención, de la obligación de efectuar el respectivo acto quirúrgico, cumpliéndose las formalidades que indica”.

2. Que, a juicio del Tribunal Constitucional, el acápite final del inciso 1º de este nuevo artículo declara que “[L]a objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución”. Siendo este pasaje el que ha sido reprochado de inconstitucional.

3. Que, analizado el derecho comparado, no existe mayores inconvenientes en las legislaciones para reconocer la objeción de conciencia en casos como el que convoca, los que, referidos, no hacen mención alguna a la objeción de conciencia institucional.

4. Que el Tribunal al respecto, indica fundar su decisión “respecto al derecho de libertad de conciencia y religión que ostentan las personas jurídicas, en materia de objeción institucional, en una perspectiva diversa de la sustentada por la Corte Interamericana, con estricto, apego a la norma del artículo 19, N° 6º, pero, además,

considerando las garantías contenidas en los numerales 11° y 15°, en relación con el artículo 1°, inciso tercero, de nuestra Carta Fundamental”.

El Tribunal respecto de la Objeción de conciencia de las personas naturales la proyecta a la asociación que esta puede practicar con otras, negándose por tanto el colectivo a la práctica de prestaciones médicas que la ley regula. Coincidentemente a lo que se señaló en este informe precedentemente, la comprensión de la Objeción de Conciencia que toma el Tribunal se entiende como “el rechazo a una práctica o deber que pugna con las más íntimas convicciones de la persona es, precisamente, una manifestación de la libertad de conciencia asegurada, en nuestra Constitución, en su artículo 19 N° 6°.” Lo que se traduce en el considerando CENTESIMOTRIGESIMOSEXTO. Que señala “Que, no es menos evidente, asimismo, 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. La interposición de este legítimo reparo no se agota en el orden individual, puesto que también se extiende y propaga a las asociaciones destinadas a encarnar el mismo libre pensamiento, acorde con el derecho que asegura a todas las personas el artículo 19, N° 15°, de la Constitución. E idénticamente pueden hacerla valer las instituciones religiosas, personas jurídicas o entidades con idearios confesionales que se proyectan hacia el ámbito de la salud, al amparo del artículo 19, N° 6°, constitucional. Como también les es dable oponer la

objeción de que se trata a los establecimientos educacionales con una función e ideario en el sentido indicado, de conformidad con el artículo 19, N° 11°, de la Carta Fundamental”. Lo que provoca, a entender de quien suscribe la problemática más importante del fallo en relación con la supremacía constitucional, puesto que, de la lógica expuesta, el Tribunal Constitucional, procede a modificar la redacción del artículo 119 ter, resolviendo en el N.º 3 que la redacción del citado precepto legal debe manifestar el siguiente tenor:

“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.”

Por todo lo antes descrito, y como ya fue señalado, a la luz de la Supremacía constitucional, el fallo del Tribunal Constitucional, en lo que refiere a la Objeción de conciencia, produce elementos que podrían considerarse como contrarios a la Constitución, a saber:

a) Supera sus atribuciones, ya que, como fue descrito oportunamente, la Supremacía de la Constitución, debe entenderse como una cualidad política, que juridificada, se sustenta en el principio democrático, como forma de organización sociopolítica que permite en definitiva al Pueblo a gobernarse por sí mismo.

b) En cuanto al resguardo formal de la Constitución, a juicio de quien suscribe, el Tribunal Constitucional, actuaría más allá de las atribuciones que la Constitución y las leyes le han otorgado, es decir, más allá de lo preceptuado en los Artículo 7º y 6º de la Carta Fundamental.

c) Un Órgano de Control Jurídico como el Tribunal Constitucional, no ha de involucrarse en deliberaciones de carácter democrático, y ha de limitar, pues, como ha sido debidamente fundado, posturas de orden político, pues tal función política desnaturaliza el último término, su función como sistema de control, actuando por sobre la deferencia razonada que es exigible de tal órgano y que, permite entender que ha de reenviar al legislador aquellos preceptos que considere inconstitucionales, pero jamás subrogarse en las funciones de este.

d) Por último, y solo como planteamiento hipotético, que es necesario desarrollar y que por cierto es necesario fundamentar, a juicio de quien suscribe, la resolución del Tribunal, introduce por medio del reconocimiento de la Objeción de conciencia institucional, una reducción del contenido material mínimo de la Constitución, pues eventualmente podría someter la libertad de conciencia individual a la de organizaciones o personas jurídicas, lo que no propende al fortalecimiento y desarrollo del derecho fundamental.

Es interesante poner atención a lo que señala el profesor Fernando Atria en entrevista con la Radio Cooperativa el 24 de abril de 2018, el que indica que es

ininteligible que exista un derecho Constitucional a la objeción de conciencia que no puede ser limitado por la ley. Eso quiere decir que la ley no obliga a quien no quiere que lo obligue, ósea, si tengo una opinión muy íntima respecto de cualquier cosa, no estoy obligado a hacer lo contrario, de esta forma se inventó y se argumentó por el Tribunal Constitucional la objeción de conciencia institucional. Es distinto, que en ciertos casos sea la misma ley la que pueda decidir que existe posibilidad de objeción de conciencia, como ocurre en la situación de los médicos, pero delimitando en qué situaciones concretas se permitirá o no la objeción de conciencia, como lo que ocurrió con el proyecto de ley de la despenalización del aborto en tres causales una vez que salió del Congreso. Fernando Atria llama al Tribunal Constitucional “El Elefante en cristalería” por señalar que la ley no puede limitar la objeción de conciencia, generándose situaciones como la de Osorno, donde todos los médicos se declararon objetores de conciencia y las mujeres para poder tener acceso a un aborto por las tres causales, debe en el mejor de los casos viajar a la ciudad de Puerto Montt, siendo entonces la pregunta ¿por qué deben verse sometidas a esto? Ocurriendo así un absurdo. En la entrevista, realiza una analogía con relación a la conscripción, caso paradigmático de la objeción de conciencia, donde sostiene que el pacifista debe demostrar que realmente lo es para evitar ser un conscripto, en cambio el protocolo de objeción de conciencia solo exige una simple declaración de ser un objetor, lo que constituye un absurdo.²⁷

²⁷ COOPERATIVA.CL (2018, abril 24). Objeción de conciencia: La analogía de Fernando Atria entre la conscripción y el aborto [Archivo de Video]. Recuperado de

<https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/salud/aborto/objecion-de-conciencia-la-analogia-de-fernando-atrta-entre-la/2018-04-24/105818.html>

V. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, DICTÁMEN N° 11.781 DE 09 DE MAYO DE 2018.

Con fecha 23 de septiembre del año 2017 se publicó la ley 21.030, que regula la despenalización voluntaria del embarazo en tres causales, donde su artículo 1° modificó el artículo 119 del Código Sanitario, señalando en su artículo 119 ter inciso segundo que “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”. A raíz de este mandato legal, el Ministerio de Salud dictó la resolución exenta 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”. Con posterioridad a ello, mediante Resolución Exenta N°432 deja sin efecto el Protocolo y se dispone a dictar en el mismo acto un nuevo protocolo, el cual es declarado ilegal por la Contraloría General de la República por los siguientes argumentos:

a) Naturaleza Jurídica del protocolo:

En primer lugar, el dictamen hace alusión a lo dispuesto en el artículo 4°, N°14 del decreto con fuerza de ley N°1, del Ministerio de Salud, en el cual se señala que entre sus funciones se comprende la de establecer, mediante resolución, protocolos de atención en salud, entendiéndose por tales las “instrucciones sobre manejo operativo de problemas de salud determinados. Estos serán de carácter referencial, y sólo serán obligatorios, para el sector público o privado en caso de que exista una causal sanitaria que lo amerite, lo que deberá constar en una resolución del Ministerio de Salud”. Situación que, a juicio de la Contraloría General de la República, es lo que ordenó en definitiva el artículo 119 ter del Código Sanitario. Al momento de analizar el protocolo en cuestión, se advierte que además de contemplar instrucciones operativas, regula aspectos no desarrollados por la ley, estableciendo normas sobre obligaciones de los establecimientos de salud y requisitos que se deben cumplir para adquirir la calidad de objeto de conciencia y para la correspondiente manifestación, además se regulan los efectos, la eventual revocación, los derechos de los pacientes y se establecen prohibiciones. De esta forma es correcto concordar con lo establecido por la Contraloría General de La República, ya que efectivamente exceden el marco de instrucciones operativas.

El protocolo cuestionado contiene normas de carácter general y abstracto que vienen a complementar y desarrollar lo regulado por la ley 21.030, y según lo dispuesto en el artículo 32 N°6 de la Constitución Política de la República, este tipo de normas deben ser dictadas por el Presidente de la República, en el ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, es decir, deben ser dictadas a través de un Reglamento que contenga todas las formalidades legales.

b) Objeción de conciencia de las instituciones que cuenten con convenios celebrados al amparo del decreto con fuerza de ley N°36 de 1980, del Ministerio de Salud.

El análisis en el referido dictamen parte con señalar que el derecho a la salud está protegido por el artículo 19 N°9 de la Constitución Política de la República, y en su inciso segundo señala que: “El estado protege libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud”, y su inciso cuarto indica que “Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en las formas y condiciones que determine la ley”. En este sentido y alcance, los establecimientos públicos no pueden invocar la objeción de conciencia, ya que no pueden limitar las prestaciones a las que sus usuarios tengan legalmente el derecho, es una persona jurídica que representa

legalmente al Estado y como tal debe cumplir con la normativa correspondiente. Por lo tanto, sólo las instituciones privadas de salud pueden ser objetoras de conciencia.

Ahora, la mirada de la Contraloría se dirige hacia las instituciones privadas, en la que distingue a dos clases: aquellas que han celebrado convenios con el Ministerio de Salud de acuerdo al Decreto con Fuerza de ley 36 de 1980 y aquellas que no lo han hecho. Respecto del segundo tipo de institución privada, la Contraloría no hace referencia alguna, por lo cual se entiende perfectamente que puedan ser objetoras de conciencia. Caso distinto ocurre con los que si han suscrito este tipo de convenios.

El artículo 2° del Decreto ley N°36 dispone que “Los convenios regidos por este decreto serán aquellos en cuya virtud un organismo, entidad o persona distinta del Servicio de Salud sustituye a éste en la ejecución de una o más acciones de fomento, protección y recuperación de salud o de rehabilitación de enfermos, sea por delegación, mandato u otra forma que les permita actuar y administrar por cuenta del Servicio para atender a cualquiera de los beneficiarios de éste”. Siguiendo la línea argumental de la Contraloría, la institución privada viene en tomar el lugar del respectivo servicio, al ejecutar la acción de salud de que se trate, desarrollando por tanto una función netamente pública.

El conflicto aquí radica en que entre el derecho de las instituciones a que se respeten sus criterios ético-institucionales y el derecho de los ciudadanos a recibir las prestaciones que la ley determina. No hay duda de que los derechos de los pacientes deben ser respetados y sus solicitudes de atención deben cumplirse de acuerdo a la lex

artis médica.²⁸ Y para la Contraloría General de La República el conflicto simplemente termina con la prohibición de objeción de conciencia institucional de las instituciones privadas que hayan suscrito dichos convenios.

Otro argumento de la Contraloría General de La República radica en el artículo 13 del Decreto con fuerza de ley N°36 de 1980, en el que se señala “organismos, entidades o personas que celebren los convenios regidos por las disposiciones de este decreto, quedarán adscritos al Sistema Nacional de Servicios de La 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”. Con ello se reafirma la sustitución o traspaso de funciones públicas propias de los Servicios de Salud a otras entidades Públicas o Privadas.

Por tanto, la entidad que suscriba estos convenios con el Estado tiene el deber de cumplimiento de la función pública, cuestión a la que se ha comprometido de forma completamente voluntaria y que para sus efectos se le entregan recursos públicos. Si se concluye lo contrario, señala el dictamen en comentario, implicaría que el Estado dejaría de garantizar el otorgamiento de las prestaciones de salud, contraviniendo el mandato constitucional del artículo 19 N°9 de libre e igualitario acceso a la salud.

²⁸ Lex Artis se entiende como “Conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratar a los enfermos en la actualidad”.

Excepcionalidad de la objeción de conciencia

Indica el dictamen, que la objeción de conciencia es de carácter excepcional, puesto que se trata de un mecanismo establecido para justificar que determinadas personas puedan dejar de cumplir una obligación legal, por lo que toda su regulación debe respetar la excepcionalidad. Para reafirmar su postura, la Contraloría señala que el artículo 119 ter del Código Sanitario establece una contra excepción: que quien la haya manifestado no podrá excusarse de realizar la interrupción voluntaria del embarazo cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención, en el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable.

Por todas estas reflexiones la Contraloría General de La República ha estimado, que el referido protocolo no se ajusta a derecho, tanto por su forma y fondo, por lo que ordena a la autoridad administrativa a dejar sin efecto la resolución exenta N°432 del año 2018.

VI. SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL 5572-18 Y 5650-18, ACUMULADAS, 18 DE ENERO DE 2019.

Desde el día 6 de diciembre de 2018 que nos encontrábamos expectantes de la Sentencia que en definitiva acoge el requerimiento de los Honorables Senadores y Diputados, todos ellos afines al gobierno del Presidente Sebastián Piñera, solicitando se declare inconstitucional el artículo 13, inciso segundo del Decreto Supremo N°67, del Ministerio de Salud, de fecha 23 de octubre de 2018, que “Aprueba Reglamento para ejercer Objeción de Conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario”.

Lo primero que llama la atención de este requerimiento, es que fue solicitado por senadores y diputados oficialistas, sobre un requerimiento de inconstitucionalidad creado por la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de La República. A simple vista, esto parece más un rechazo o espaldarazo al Dictamen de la Contraloría General de La República, por no estar de acuerdo con que las instituciones privadas que celebren convenios con el Ministerio de Salud en virtud del Decreto con fuerza de ley N°36 de 1980 no puedan ser objetoras de conciencia institucional, y así tratando de invalidar el Dictamen comentado en el capítulo anterior.

Ahora bien, nos enfocaremos primeramente en hacer un análisis completo de los argumentos del voto de mayoría que acoge la inconstitucionalidad y luego nos

enfocaremos en determinar la efectividad de su argumentación y su contrastación con el derecho comparado.

a) En cuanto a los requerimientos:

Los honorables Senadores de la República han señalado que el artículo 13 inciso segundo del Decreto Supremo impugnado al señalar que : “Los establecimientos privados de salud, que hayan suscrito convenios regidos por las disposiciones del decreto con fuerza de ley, de 1980, del Ministerio de Salud, no podrán ser objetores de conciencia cuando contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón” viene en vulnerar en primer término la autonomía de los cuerpos intermedios y el derecho de asociación; en su libelo anuncian que el precedente para esta impugnación es la misma sentencia N°3729-18 del Tribunal Constitucional, el cual declaró que la objeción de conciencia se encuentra “amparada en la dignidad de las personas – que individualmente o proyectada en su asociación con otros- se niegan a practicar la interrupción del embarazo” como garantía integrante del artículo 19 N°6 de la Constitución Política de la República. Luego, el Tribunal Constitucional estableció que en concordancia con el artículo 1° inciso 3°, y 19 N°6, 11 y 25 de la Constitución, y la garantía de autonomía de los grupos intermedios, el derecho de asociación, la libertad de conciencia puede ejercerse por sujetos jurídicos o asociaciones privadas. Razón por la que el Tribunal Constitucional cambió la redacción

original del proyecto de ley, siendo en definitiva redactada en los siguientes términos: La objeción de conciencia es de carácter personal y podría ser invocada a una institución.

Por otra parte, señalan, que el criterio esbozado por la Contraloría General de la República en su dictamen 11.781, es del todo erróneo, ya que la colaboración privada en el ejercicio de una función pública no transforma una institución privada en estatal, vulnerando así la autonomía de los cuerpos intermedios. Si se entendiera de esta manera, el Estado podría además de impedir la objeción de conciencia, dirigir o limitar en su esencia todo el ideario de las asociaciones privadas.

En segundo lugar, indican que infringe el derecho a la objeción de conciencia institucional en su esencia, que el Tribunal Constitucional ya ha reconocido como “Derecho Fundamental” y que se encontraría implícito en la Carta Constitucional al derivarse de los artículos 1° inciso primero y tercero y los numerales 6°, 11° y 15° del artículo 19 de la misma, razón por la cual no puede desconocerse como tal ni impedirse su libre ejercicio. Luego indican que también infringe el principio constitucional de la reserva legal, ya que restringe el derecho contenido en la ley y resguardado por la Constitución, situación que no es propia de la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República, sino que la única forma de hacer esta limitación es a través de la ley y sólo cuando no afecte en su esencia al derecho en cuestión. El artículo 119 ter del Código Sanitario, por su parte, no contempla que las instituciones no estatales puedan ser limitadas en el ejercicio de la objeción de conciencia.

Finalmente alegan los señores senadores, que vulnera el derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y la vulneración del principio de igualdad ante la ley. Generaría una diferenciación arbitraria entre las instituciones privadas, ya que solo podrían ser objetores de conciencia si no reciben fondos públicos conforme el decreto ley N°36 o si los reciben pero no contemplan prestaciones gineco-obstétricas en pabellón.

En cuanto al requerimiento de los señores diputados, también alegan infracción a la autonomía de los cuerpos intermedios y derecho de asociación, pero agregan otras dos vulneraciones a saber:

- Afectación del respeto al ideario de las personas jurídicas, y la consecuente vulneración del artículo 19 N°6 y 15 de la Constitución, que consagran la libertad de conciencia y el derecho de asociación: la objeción de conciencia tanto individual como institucional está claramente reconocida sin sujeción a límites, como lo ha declarado el Tribunal Constitucional.
- Protección a la salud y el bien común: Argumentan este punto a raíz del artículo 19 N°9 en armonía con el artículo 1 inciso cuarto de la Carta Fundamental, indicando que “se afectará la protección de la salud que reciben las mujeres que se atendían en establecimientos privados, gracias a los convenios que estas instituciones celebran con el Estado; porque la limitación impuesta impedirá que los establecimientos que se encuentren en

este contexto y quieran objetar conciencia, puedan ofrecer en el futuro nuevas prestaciones de obstetricia y ginecología que implique pabellón, con el consecuente menoscabo del bien común, desde que el Estado por si solo no puede dar abasto para entregar algunas prestaciones”

Observaciones del Sr. Contralor General de La República:

El Contralor, don Jorge Bermúdez, concurre a esta instancia para defender su Dictamen N°11.781, señalando en un principio que lo que se está impugnando es el respectivo dictamen y no el decreto Supremo N°67. Señala que nos encontramos ante una “desviación del poder por desviación del procedimiento”, porque se pretende dejar sin efecto el dictamen aludido, por una vía que no corresponde, ya que la revisión corresponde únicamente a los tribunales ordinarios de Justicia y no al Tribunal Constitucional.

Respecto al fondo, el Contralor ha repasado los mismos argumentos señalados en el Dictamen tan cuestionado por el oficialismo. Señala también que no es efectiva la alegación de los requirentes, en el sentido de que los actores privados por suscribir los convenios muten su naturaleza jurídica de privada a pública, en ningún caso ha sido señalado dicho argumento, sino que se ha expresado que sustituyen en la función pública y en ese sentido deben ajustarse al marco legal fijado por el decreto con fuerza de ley N°36 y la normativa del Ministerio de Salud. El reglamento impugnado por los

requerentes tiene por tanto sustento en la propia ley, por lo que no podría señalarse alguna infracción al principio de reserva legal.

En cuanto a la alegación de afectación de la autonomía de los cuerpos intermedios, esto no se suscita, toda vez que quienes suscriben dichos convenios lo hacen libre y voluntariamente, los que exigen que se sujete a las prescripciones legales de los mismos. Estos no son contratos civiles, sino regidos por el ámbito de la contratación pública, rigiendo por tanto los principios del derecho público.

Tampoco viene en afectar la libertad de conciencia de las entidades privadas, ni el derecho a mantener su ideario, puesto que libremente suscriben los convenios y en lo que respecta a la igualdad ante la ley, tampoco se ve conculcada, toda vez que la situación es igual para todos los que suscriben el convenio.

Observaciones Presidente de La República, Sebastián Piñera Echeñique:

Argumenta el Presidente de la República, que en la Resolución exenta N°432 de fecha 22 de marzo de 2018 establecieron expresamente que los establecimientos públicos de salud no pueden invocar objeción de conciencia y que los privados no estaban limitados al respecto bajo ningún supuesto, sin hacer distingos entre las instituciones privadas que suscribían o no convenios al amparo del decreto con fuerza de ley N°36. No es sino, hasta el dictamen 11.781 de la Contraloría General de la República que debieron modificar la forma y el fondo de lo que se estaba regulando. Es

decir, solamente se modificó porque Contraloría señaló que no se ajustaba a derecho. En cuanto a la inconstitucionalidad planteada por los requirentes, los descargos de don Sebastián Piñera se basan en apoyar cada una de las cuestiones de constitucionalidad reclamadas.

Es así, como el mismo Presidente de la República, no hace una defensa a su propio Decreto Supremo, dejando al Contralor General de la República en una pugna directa con el Tribunal Constitucional.

Argumentos del Voto de Mayoría del Tribunal Constitucional:

El tribunal en un primer término hace mención a que acogerá lo relativo a la autonomía de los cuerpos intermedios de la sociedad, a raíz de lo que ya se ha consignado por este mismo Tribunal en la sentencia Rol N°3729, que la objeción de conciencia institucional es un derecho de rango constitucional y el artículo impugnado por los requirentes debe ser declarado inconstitucional.

Dicha aseveración nos merece mucho cuidado a la hora de comentar el fallo del Tribunal Constitucional, toda vez, que como ya dijimos en el apartado de la sentencia 3729-18, la Magistratura al respecto de la objeción de conciencia institucional se configuró en un legislador positivo, al indicar que este es un derecho constitucional implícito en la constitución a propósito de la libertad de conciencia y derecho de asociación. En su sentencia estableció también, que como derecho constitucional no

puede ser objeto de condiciones o requisitos legales que impidan su libre ejercicio, al amparo de la garantía consagrada en el N°16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Señala que la redacción de la ley 21.030 sobre el artículo 119 ter se hizo de forma amplia y sin limitaciones, entendiendo a la objeción de conciencia como una fórmula equilibrada, que exime de ejecutar determinadas obligaciones legales cuando éstas repugnan las convicciones o ideario legítimo.²⁹

El considerando quinto de la sentencia, hace alusión al artículo 64 de la Constitución Política, donde se prohíbe expresamente que los Decretos con Fuera de ley puedan afectar las garantías constitucionales. Por lo que es concluyente que tampoco se puede cristalizar por medio de un reglamento.

La argumentación anterior parece lógica si aceptamos la premisa de que la objeción de conciencia institucional como un derecho constitucional garantizado y no como una excepción, que es la tesis del Tribunal Constitucional, avalándose en lo que ya ha señalado en su anterior sentencia respecto de la despenalización del aborto en tres causales.

Luego, en el considerando séptimo afirma que las instituciones privadas no se encuentran con el deber de practicar abortos por la ley 21.030, de suerte que no

²⁹ Sentencia Rol 5572-2018 y 5650-2018, Tribunal Constitucional, (2019), Considerando Cuarto.

necesitan acogerse a la objeción de conciencia institucional, sino que ha de tener cabida y aplicación cuando el Estado pretende- como ahora- de alguna forma exigirles la ejecución. Estas afirmaciones van mucho más allá de lo que señala la propia ley que regula la despenalización del aborto en tres causales a propósito de la objeción de conciencia institucional; el Tribunal está otorgando una libertad nunca vista en materia de derechos, señalando en el fondo que una institución privada puede decidir o no realizar un aborto, bajo las tres causales. Entonces surgen variadas preguntas, ¿para qué sirve la reglamentación de la ejecución de la objeción de conciencia?, ¿Puede el Tribunal Constitucional llegar y declarar un derecho absoluto sin limitación? ¿Qué pasa con las definiciones de objeción de Conciencia institucional a nivel comparado?, ¿La objeción de conciencia institucional puede ir por sobre la conciencia personal? Si logramos responder aquellas preguntas, nos indicarán que la argumentación del Tribunal Constitucional es a lo menos sospechosa.

Desde el considerando octavo, la sentencia hace referencia a la autonomía de las instituciones privadas de salud, indicando que históricamente esta Magistratura a reprobado toda interferencia con lo dispuesto en el artículo 1 inciso tercero de la Constitución Política de la República: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir con sus propios fines específicos”, de esta manera, el Tribunal Constitucional ha entendido a los grupos intermedios como el pilar básico

fundamental de la organización de la sociedad civil, garantizándoles su adecuada autonomía. Esta actuación por si misma no significa que su actuar pueda ser ilegal, dañoso o ilícito, pero debe asegurarse para ellos la debida autonomía de otras personas o autoridades ajenas.

En cuanto al contenido esencial, implica la libertad de esos mismos grupos para fijar sus objetivos, organizarse del modo que estimen conveniente, decidir sobre actos propios, formas de administración, reglas, sin la intromisión ajena, sea pública o privada, salvo que infrinjan el ordenamiento jurídico o sus propios estatutos.

Ya desde el considerando Decimoprimer, utiliza una argumentación histórica, señalando que la Constitución de 1980 innovó radicalmente respecto a la concepción edocentrista que inspiró la Carta de 1925. Señala también que el decreto con fuerza de ley de 1980 proviene del AC N°3 que deslindó quienes deben actuar en el sector salud. El artículo 1° N°19 del mismo previó que: El Estado asume la responsabilidad de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá asimismo, la coordinación y control de las acciones integradas de salud” y enseguida destaca que “Es deber del Estado la ejecución de acciones de salud, sin perjuicio de la libre iniciativa particular en la forma y condiciones que determine la ley”, por tanto, el reglamento del decreto Ley N°67 se sustenta en esta norma, una norma distinta a la que inspiró la Carta Fundamental actualmente vigente, que no le asigna al Estado un rol preferente en la

ejecución de las acciones de salud, sino que le entrega esta gestión a las instituciones públicas y privadas. Señala a este respecto, que fue don Alejandro Silva Bascuñan, en el marco de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, de año 1976, que en la prestación de los servicios había que fortalecer el rol de la medicina social, pero sin monopolizarla, dado que actúa bajo el principio de la subsidiariedad del Estado con relación a las actividades particulares.

En la redacción del actual artículo 19 N°9 de la Constitución Política de la República, se ha tenido en vista evitar la existencia de un sistema estatal único, de forma de no monopolizar por el estado las prestaciones de salud, y esto se debe, a que se entiende que el Estado no puede satisfacer todas las necesidades colectivas, sino que requiere a las instituciones privadas para garantizar la salud de los ciudadanos, contribuyendo los particulares al bien común.

En virtud del mismo artículo 19 N°9, el Tribunal Constitucional señala, que la ejecución de las acciones de salud puede prestarse por instituciones públicas o privadas en la forma y condiciones que determine la ley, por lo que hacerlo por vía reglamentaria excede los límites determinados por la Constitución y la misma ley 21.030, donde debe entenderse contenida la sentencia 3729-2017 como integrante de la ley de despenalización del aborto en tres causales y sobre todo en el tema que nos concierne, la objeción de conciencia.

Adiciona por otro lado, que el ejercicio de la objeción de conciencia institucional no genera en el derecho a la vida e integridad física de la mujer ninguna limitante, puesto que está claramente establecido que quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando la mujer se encuentra en riesgo vital.

Ahora bien, desde el considerando Decimosexto en adelante, la sentencia señala cómo el Decreto Reglamentario y el dictamen de la Contraloría General de la República restringen indebidamente el derecho a la objeción de conciencia. El Decreto Supremo N°67 incorpora un impedimento que no se encuentra expresamente estipulado en el Decreto con Fuerza de Ley N°36.

Señala la Sentencia, que el dictamen 11.781 de la Contraloría, no solo se limitó a indicar que los protocolos mencionados en el artículo 119 ter del Código Sanitario debían aprobarse por decreto reglamentario, sino que fue al fondo, señalando que las instituciones privadas que hubiesen suscrito convenios de acuerdo al Decreto con Fuerza de Ley 36, no pueden ser objetoras de conciencia. El ejecutivo por su parte no pudo impugnar el dictamen anticipatorio, y siendo obligatorio, debió invocarlo como sustento del Reglamento.

Respondiendo el Tribunal Constitucional a lo observado por el Sr. Contralor, hace mención a que la “teoría del Servicio Público” y que sustentó la decisión del la Contraloría, tiene su origen en Francia a propósito de la Ley Le Chapelier de 1971, ante

la imposibilidad del Estado de asumir la gestión de todas aquellas funciones que satisfacía con anterioridad, articulando la “concesión de servicio público”, como un criterio que permite al Estado delegar sus funciones en los privados. Este tipo de supuesto no serían compatibles con el derecho público chileno, que parte por el deber del Estado de reconocer y amparar a los cuerpos intermedios de la sociedad, garantizando la libertad de asociación y permite el iure propio a las instituciones privadas.

El correcto entendimiento del Decreto con Fuerza de Ley N°36, nos permite conciliarlo perfectamente con la Carta fundamental, según expresa la sentencia e su considerando decimonoveno, en el sentido que, si en virtud de un convenio de salud, una institución privada “sustituye” a un servicio de salud estatal y obra por cuenta de él, al tenor del artículo 2 del decreto con fuerza de ley, la transferencia es únicamente en relación con un determinado quehacer y no a un cierto modo en el ser. Aún así, no se sigue de esta sustitución que la institución privada tenga que aceptar la ejecución de otras acciones, que escapan de su ideario, ni que tenga que renunciar a su identidad y al derecho a apelar a la objeción de conciencia institucional.

Por otro lado, para el sentenciador, el ejercicio de objeción de conciencia no puede significar un castigo o represión a quien objeta, menos cuando no lesiona los derechos de la mujer ni perjudica el bien común general. Tampoco es admisible admitir

que, por percibir recursos públicos, dichas instituciones privadas de salud deberían abdicar a su ideario y resignar su derecho de objeción.

Finalmente, por acogerse la primera causal alegada por los señores senadores y diputados requirentes, se declara inconstitucional el artículo 13 inciso segundo del Decreto Supremo N°67, del Ministerio de Salud del año 2018, quedando sin efecto de pleno derecho, a partir de la fecha de esta sentencia (18 de enero de 2019).

Análisis crítico del voto de mayoría:

Llama profundamente la atención que al momento de argumentar por el Tribunal Constitucional sobre el requerimiento de los señores senadores y diputados parta de la base de que debe considerarse a la objeción de conciencia institucional como un derecho fundamental, al cual no le corresponde tener limitación.

Si bien es cierto, en el derecho comparado se ha usado y alzado la objeción de conciencia personal a la categoría de derecho fundamental, este si es reglado y limitada por una serie de prerrogativas, tales como las características de la manifestación de objeción de conciencia, señalando que no cualquier disconformidad con la ley puede ser objeción de conciencia, sino una que tenga que ver con sus convicciones más íntimas y personales, debiendo ser previa a la ejecución misma, esto es, con la antelación suficiente para derivar a un médico no objetor, escrita, informada, entre otras limitaciones.

Ahora bien, para el caso particular de esta sentencia, debemos señalar, que la primera estrategia argumentativa del Tribunal Constitucional resulta insuficiente, ya que arguye como fuente la misma sentencia creadora en nuestro derecho de la objeción de conciencia institucional, sentencia ROL 3729-2017, donde entre sus considerandos 122° y 138, desarrolla esta nueva realidad jurídica. Esto quiere decir que, sin la intervención del Tribunal Constitucional, la objeción de conciencia institucional no existiría, ya que bajo ningún término fue solicitado por los requirentes de inconstitucionalidad del proyecto de despenalización del aborto en tres causales, por que la decisión de crear este ítem de relevancia jurídica fue de iniciativa única del Tribunal Constitucional.

La actual sentencia, viene en cuestionar la regulación que ha dado el ejecutivo en ejercicio del mandato legal de la ley 21.030, institución implementada por esta misma Magistratura, y otorgándole el alcance para lo que se entiende como correcta ejecución de la objeción de conciencia institucional.

Actualmente el Tribunal Constitucional se ha caracterizado por ser el gran garante del orden institucional de la República, tomando un papel cada vez más relevante en los espacios institucionales para el desarrollo democrático, pero no significa que sea el único organismo encargado de tal función, existen otros mecanismos para resolver conflictos que la misma Constitución política de la República establece. En el caso concreto, el conflicto reside en el Dictamen 11.781 de la Contraloría General de la República y no propiamente en el Decreto Supremo N°67, que contiene el reglamento para la ejecución

de la objeción de conciencia, ya que la verdadera finalidad es invalidar dicho dictamen, utilizando la vía del Tribunal Constitucional, siendo que para ello el ejecutivo tiene otro mecanismo: el decreto de insistencia, recogido en el artículo 99 de la Carta Fundamental el que señala en su inciso primero: “En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos los Ministros, caso en el cual deberá enviar copia íntegra de los antecedentes a la misma Contraloría.” Por tanto, el conflicto pudo haber sido resuelto bajo este método y no a través del Tribunal Constitucional, siendo la opción natural de acuerdo con el procedimiento.

Respecto al Decreto Supremo N°67 del Ministerio de Salud, por los requirentes solo se ha cuestionado el artículo 13 inciso segundo del mismo, por cuanto el resto del decreto queda firme y nos puede dar luces de una interpretación más armónica de la ejecución de la objeción de conciencia.

El objetivo del finalista del decreto es regular el ejercicio de la objeción de conciencia para asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción voluntaria del embarazo, de conformidad al artículo 119 ter del Código Sanitario. Por su parte, se encuentra regulada la objeción de conciencia personal como un ejercicio interpretativo restrictivo de una facultad de un determinado personal, lo que

se deriva de su procedimiento, de sus características y de sus límites.³⁰ En el artículo 2 del decreto, en relación con la objeción de conciencia invocada por personas naturales, se establece que pueden ser objetores: El médico cirujano requerido para la interrupción del embarazo y el resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones dentro del pabellón. Se caracteriza este artículo, por señalar además, una limitación clara al ejercicio: Si la mujer requiere atención inmediata e impostergable y se encontrase en la causal del N° 1 inciso primero del artículo 119 del Código Sanitario, no pudiendo excusarse de la realización del procedimiento.

En el artículo 3° del decreto reglamentario, señala los requisitos para hacer efectiva la objeción de conciencia: la que debe manifestarse al director del establecimiento, en forma escrita y previa a una solicitud de interrupción del embarazo, el cual debe realizarse a través de un formulario tipo. El artículo 9° por su parte establece otra limitación a la objeción de conciencia personal, señalando que no procede respecto de actos de información, diagnóstico, toma e informe de exámenes, reasignación, derivación, así como tampoco respecto de los demás actos de preparación o cuidados posteriores.

Respecto a la Objeción de conciencia institucional, existen 10 artículos para su regulación. El primer problema surge en la definición de institución, la cual no se

³⁰ Sentencia ROL 5572-18 y 5650-18, Tribunal Constitucional, 18 de enero 2019, Voto Disidente Considerando 10. A y 10.B.-

encuentra regulada legalmente, solo se hace a través de la sentencia 3729-17 del Tribunal Constitucional. Ahora regresando al decreto en sí, es posible perfilar que existen tres tipos de establecimientos: a) Los públicos de salud, que en ningún caso pueden ser objetores de conciencia, debiendo asumir el mandato de la ley 21.030 a todo evento en concordancia con el artículo 19 N°9 de la Constitución Política de la República; b) Establecimientos privados de salud que hayan suscrito convenios regidos por disposiciones del decreto con fuerza de ley N°36, de 1980, del Ministerio de salud; y finalmente c) Establecimientos privados de salud que no hayan suscrito dichos convenios.

La objeción de conciencia institucional para poder ser declarada debe cumplir con el procedimiento administrativo, el que se limita solo a un examen de cumplimiento de requisitos legales y reglamentarios, refiriéndose propiamente a aspectos como la identidad de la persona jurídica, la representación, los establecimientos y sedes que abarca, y copia legalizada del acuerdo adoptado por los órganos competentes, de conformidad a los estatutos sociales de la persona jurídica, donde se acuerde ser objetor de conciencia y las causales por las que se declara como objetor.

En cuanto a los derechos de las mujeres, el objetor de conciencia institucional debe tomar una decisión previa y formal, exigiéndose su difusión pública, ya sea del establecimiento como también del Ministerio de Salud. El ser objetor no lo exime de otro tipo de obligaciones para con las mujeres, tales como identificar el diagnóstico y la

información de su condición de salud, entregar información veraz, entregar verbalmente y por escrito alternativas al aborto como el plan de acompañamiento y finalmente deberá establecer un procedimiento específico para la oportuna y expedita derivación de las mujeres que solicitan la interrupción voluntaria del embarazo. Esta derivación, no se entiende la forma en que debe realizarse por el establecimiento privado de salud, ya que no existe directriz alguna al respecto, siendo por tanto insuficiente, que a la larga provocará una serie de problemas casuísticos.

Entre la objeción de conciencia y personal y la institucional, se regula la extensión a otras causales y el derecho de retractación de modo similar en ambos.

De este análisis del reglamento en sí, se pueden extraer algunas conclusiones claras, y que son recogidas por el voto disidente de los Ministros Gonzalo García Pino y Nelson Pozo Silva: En primer lugar, la objeción de conciencia tanto personal e institucional son de carácter restrictivo, lo cual se deriva del formalismo para invocarlo y de la facticidad para desestimar la objeción de conciencia. Ya sea en la primera declaración del reglamento que tiene por asegurar la atención de las pacientes, como la regulación de la retractación y acotamiento a las hipótesis y causales determinadas, nos permiten asumir que la objeción de conciencia tiene un carácter restrictivo y excepcional.

En un segundo término la interpretación de la normativa reglamentaria no puede privar la eficacia de las prestaciones médicas, por ello, la causal de riesgo vital de la

madre como circunstancia que exige la interrupción voluntaria del embarazo está por sobre cualquiera de los dos tipos de objeción de conciencia.

Un tercer elemento o conclusión de la lectura del decreto, es que la regulación tiene por objetivo cautelar las decisiones de las personas involucradas en el procedimiento de interrupción del embarazo, debiendo respetarse su decisión de conciencia personal, la cual no puede ser objeto de estigmatización o de discriminación. En este sentido, se puede entender que la objeción de conciencia personal no determina ni subordina a la objeción de conciencia institucional, pero ¿qué pasa en el caso contrario? La objeción de conciencia institucional parece determinar y subordinar a la conciencia individual. En este entendido, reconocer la objeción de conciencia institucional anula la posibilidad de que las personas que integran una institución, de manera individual puedan manifestar sus creencias íntimas, fijas y personalísimas, pues sus acciones quedan subsumidas en las directrices de la institución que, en muchos casos, no son otras que las de sus directivas.

Pasando al análisis del requerimiento de los señores diputados y senadores en esta causa, se basan en reprochar el inciso segundo del artículo 13 del Decreto supremo N°67, estableciendo que vulneraría la autonomía de los cuerpos intermedios, infringiendo el artículo 1° inciso 3° y 5°, en relación con el artículo 19 numeral 15° de la Constitución, puesto que la colaboración con el sector público no “estatiza” a las instituciones.

Para entender el caso concreto debemos determinar cuáles son entidades de salud realmente sujetas al Decreto con Fuerza de Ley N°36 de 1980, las que, según la medida para mejor resolver solicitada por el propio Tribunal Constitucional, solo 6 instituciones de 80 instituciones de salud privadas tienen convenio vigente en el marco del Decreto con fuerza de ley. Puede advertirse que la cantidad no es muy elevada matemáticamente hablando, pero no sabemos que impacto tienen estas mismas según el lugar en la que se encuentren ubicadas.

Para poder dilucidar de mejor manera el conflicto, debemos entender un poco más de qué es lo que se entiende por servicio público en cuanto su origen, en este lineamiento, Garrido Falla explica que “En el Derecho administrativo francés el concepto de servicio público se convierte en la columna vertebral del sistema. A comienzos de siglo, en sus Transformaciones del Derecho público, León Duguit pretendió sustituir la (sic) bases tradicionales de esta rama del Derecho que había venido girando en torno al concepto de soberanía, para poner en su lugar al de servicio público; toda actuación administrativa deviene así actuación de servicio público. (...) En definitiva, pues, estamos aquí en presencia de un concepto amplio de servicio público; del medio de satisfacer las necesidades generales hemos pasado a la finalidad misma de toda actuación administrativa.”³¹

³¹ GARRIDO FALLA, Fernando (1994). El Concepto de servicio público en Derecho español. Revista de Administración Pública, 135, pp.7-36, p.9

En cuanto a las características del servicio público, Agustín Gordillo ha señalado que debe estar dotado de medios exorbitantes al derecho común, es decir, de un régimen de derecho público que asegure la generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad del mismo, precisando que la continuidad del servicio público reside en que se satisfaga oportunamente la necesidad pública. La generalidad significa que todos los habitantes tienen el derecho a gozar del servicio público y se comprende la igualdad o uniformidad, por imperio de la cual todos tienen derecho a exigir el servicio en igualdad de condiciones.

En lo que dice referencia a nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 28 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, se dispone el concepto de servicio público en el siguiente sentido: “Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua”. Luego el artículo 37 del mismo cuerpo legal señala que: “Los servicios públicos podrán encomendar la ejecución de acciones y entregar a la administración de establecimientos o bienes de su propiedad, a las Municipalidades o a entidades de derecho privado, previa autorización otorgada por ley y mediante celebración de contratos, en los cuales deberá asegurarse el cumplimiento de los objetivos del servicio y el debido resguardo del patrimonio del Estado”. De manera, que hay regulación expresa para encomendar ejecución de acciones propias del servicio

público a entidades de derecho privado, asegurando siempre el cumplimiento de los objetivos del servicio. Estos son los contratos de servicios.

Ahora bien, la ley 19.886, Ley de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, regula en definitiva estos contratos de servicios, en su artículo primero señala “Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustará a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado”. Siguiendo esta sucesión de ideas y normas jurídicas, el Decreto con Fuerza de Ley N°1, del año 2015 del Ministerio de Salud, estableció que los servicios de salud son servicios públicos, que coordinadamente tendrán a su cargo la articulación, gestión y desarrollo de la Red Asistencial correspondiente, para la ejecución de las acciones integradas de fomento, protección y recuperación de salud y rehabilitación de personas enfermas. Son los continuadores del Servicio Nacional de Salud y del Servicio Médico Nacional de Empleadores dentro de sus respectivos territorios. En la misma línea el artículo 133 del Decreto con fuerza de ley N° 1 del año 2015, establece que “los organismos que integran el Sistema Nacional de Salud son responsables de la ejecución de las acciones que tiendan a asegurar la salud de los habitantes de la República”.

En lo que propiamente nos concierne, el Decreto con Fuerza de Ley N°36 de 1980, del Ministerio de Salud, en su artículo primero señala que sus disposiciones serán aplicables a aquellos convenios que celebren los Servicios de Salud 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 acciones de salud que les corresponda ejecutar; y en su inciso segundo señala que los convenios regidos por él serán aquellos en cuya virtud un organismo, entidad o persona distinta del Servicio de Salud sustituye a éste en la ejecución de una o más acciones de fomento, protección y recuperación de la salud o de rehabilitación de enfermos, sea por delegación, mandato u otra forma que les permita actuar y administrar por cuenta del Servicio para atender a cualquiera de los beneficiarios de éste, sin perjuicio de la atención que podrá prestarse a otras personas conforme al convenio y de acuerdo a las normas que rigen el servicio.

Por consiguiente, en el marco de toda la regulación de nuestro ordenamiento jurídico mencionado, debemos estar de acuerdo con el voto disidente en su considerando 173, el cual a modo conclusivo señala que: “los convenios regulados por el DFL. N° 36, de 1980, no establecen un marco de cooperación público-privada para el ejercicio de acciones de salud, sino que facultan a los Servicios de Salud para encomendar la ejecución de acciones de salud, de cuenta de ellos, a entidades privadas, en virtud de expresa autorización legal, asegurándose, en todo caso, que se dé

cumplimiento a los objetivos del servicio y se resguarde debidamente el patrimonio del Fisco, de conformidad con lo dispuesto en el art. 28 de la LOCBGAE. Esos convenios permiten a los Servicios de Salud responder, de manera regular y continua, frente a los usuarios de la red asistencial pública. Los usuarios de la red asistencial pública son derivados a las entidades privadas con las cuales los servicios de Salud han celebrado los citados convenios, es decir, ellos no eligen acudir a dichas entidades. En consecuencia, las entidades privadas deben otorgar las prestaciones requeridas por los usuarios de manera regular y continua, toda vez que, en virtud del contrato de servicio que las vinculan con los Servicios de Salud, están entregando un servicio público por cuenta de estos últimos.”

Por tanto, se puede restringir la objeción de conciencia institucional de organismos que se encuentren en la posición de sustitutos del Estado, a raíz de convenios celebrados en virtud del Decreto con Fuerza de ley N°36. El mismo Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 1287, considerando 52, señala que “es posible inferir no solo que los particulares pueden coadyuvar con el Estado en su deber de garantizar el derecho fundamental a la protección de salud, lo que se halla en plena armonía con el principio de subsidiariedad que reconoce la Carta Fundamental, sino que, además, tales instituciones, al hacerlo en relación a sus afiliados, se sitúan en un plano análogo al de su titular originario, el Estado. Concluyendo, no se trataría de asociaciones que tengan plena autonomía para definir sus fines y las formas de ejecutarlos, puestos

que están sujetos a estos convenios que le exigen regirse en lo que a ellos respecta bajo las normas del servicio público y a la función pública que ofrecen al ejecutarlos.

Debemos entender que la objeción de conciencia de verse desde una mirada restrictiva, que como ya hemos señalado, obedece a la restricción de la vida de la madre y otra que resulta lógicamente, cuando la interrupción del embarazo ya se ha producido. Entonces, es necesario comprender que la objeción de conciencia, no solo la institucional, se basa en sustraerse de una obligación legal, siendo que quiebra de un deber normativo que autoriza el propio legislador como una ponderación de bienes e intereses jurídicos confrontados.

De acuerdo a los oficios 5398, de fecha 28 de noviembre de 2018 y N°5401 de 29 de noviembre de 2018, del Ministerio de Salud, son 80 los establecimientos de salud que no podrían invocar la objeción de conciencia en virtud del artículo 13 inciso segundo del Decreto Supremo 67 del Ministerio de Salud, en caso de que celebraran convenios y actualmente no podrían hacerlo 6, que tienen convenios vigentes con el Servicio de Salud. En este grupo de establecimientos podemos clasificar tres grandes subgrupos: 1.- establecimientos vinculados a órganos de la Administración del Estado, como por ejemplo Clínica San Lorenzo (Codelco), Hospital Fach, Hospital Militar y Hospital Clínico Universidad de Chile, entre otros; 2.- Establecimientos privados que son sociedades anónimas y sociedades por acciones y 3.- establecimientos privados que no son sociedades anónimas ni sociedades por acciones, como corporaciones y fundaciones.

Respecto al primer subgrupo, no se puede admitir constitucionalmente que la Administración del Estado está facultada para no cumplir la ley, descartándose así de plano la objeción de conciencia institucional.

El segundo y tercer subgrupo, resulta clave analizar que se entiende por sociedades anónimas y por acciones de aquellas que no lo son, puesto que solo el último subgrupo tiene la aptitud de manifestar un determinado ideario y así poder ser objetor de conciencia, por la forma en que esta compuesta dicha entidad. En el caso de las sociedades anónimas son personas jurídicas formadas por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables por sus respectivos aportes y administradas por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables, según lo dispone el artículo 1° de la ley 18.046. Los directores en su calidad de órganos de la sociedad deben actuar velando y en concordancia del interés social, concebido como uno distinto a los intereses particulares de los accionistas. Este interés social, de acuerdo a nuestra legislación, es aquel “común a todos los accionistas y que consiste en obtener beneficios de carácter económico por la realización de las operaciones de giro social, destinados a ser repartidos entre los accionistas. Por ello, difícilmente pueda admitirse que hayan involucrados problemas de ética o de legalidad, sino que más bien, va enfocado a decisiones de carácter mercantil o negocios, no pudiendo ser por lo tanto objetores de conciencia institucional, pro cuanto no contienen un ideario o convicciones que manifestar.

Respecto a las sociedades por acciones está definida en el artículo 424 del Código de Comercio y señala que “La sociedad por acciones (...) es una persona jurídica creada por una o más personas mediante un acto de constitución perfeccionado (...) cuya participación en el capital es representada por acciones”. Fue creada con la finalidad de incrementar la industria de capital de riesgo y con ello facilitar la entrada y salida de los inversionistas. En este tipo de sociedades, al igual que en la sociedad anónima, la administración está a cargo de personas distintas de los accionistas, que deben velar por el interés social, entendido como ya se dijo, como interés mercantil, por cuanto ambas sociedades carecen de ideario y de aptitud de ser objetoras de conciencia.

Cosa distinta pasa con las fundaciones y corporaciones o asociaciones, su existencia no se basa en la acumulación de capital, sino la satisfacción de un determinado interés general mediante la afectación de bienes y la consecución de objetivos de interés común a los asociados, respectivamente, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 545 del Código Civil. En la fundación, la voluntad está determinada por la voluntad del fundador, que se manifiesta en el acto constitutivo y en el caso de la corporación o asociación, la voluntad está determinada por la asamblea. En virtud de lo señalado, estas si tienen la aptitud para ser objetoras de conciencia institucional.

Por estas consideraciones, quien suscribe, no está de acuerdo en la forma en que se argumentó por el Tribunal Constitucional, voto de mayoría, la inconstitucionalidad del

artículo 13 inciso segundo del Decreto Supremo N°67, debiendo haberse rechazado por la magistratura.

VII. CONCLUSIONES:

La objeción de conciencia es un derecho individual que permite negarse al cumplimiento de un deber jurídico cuando dicho deber entra en conflicto con convicciones morales basadas en creencias profundas, absolutas, sinceras y fijas de una persona. Si la práctica de este derecho se realiza en forma prudencial, limitada, bajo ninguna circunstancia podría afectar a terceros o generar un perjuicio en las mujeres que necesiten acceder a la interrupción voluntaria del embarazo, porque siempre habrá otro profesional debidamente capacitado para hacerlo.

Distinto es si este derecho a ejercer objeción de conciencia parece ser ilimitado y aún más cuando es planteado por una institución prestadora de servicios de salud, referentes a la salud reproductiva, existen una serie de dudas y observaciones que realizar.

Como bien analizamos en los dos capítulos referentes a las Sentencia del Tribunal Constitucional, esto es, la Sentencia Rol 3729-19 y la sentencia Rol 5572-18 y 5650 Acumuladas, que la construcción sobre el derecho de objeción de conciencia a nivel nacional ha sido mérito casi exclusivo de nuestro Tribunal Constitucional. El sentido y alcance de la objeción de conciencia ha sido determinada por la magistratura, entendiendo por tal como un derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución Política, expresión directa de la libertad de conciencia. En la vereda del frente nos encontramos lo que consideramos que la objeción de conciencia efectivamente es un

derecho, pero no un derecho elevado a la categoría de fundamental o al menos no lo es en su sentido institucional. Para esta suscrita, la objeción de conciencia tanto personal como institucional es excepcionalísima, porque el derecho que ponderadamente se debe proteger es el derecho a la vida de la madre y su integridad física y psíquica, por lo que incluso la propia ley 21.030 ha señalado que la objeción de conciencia tiene un límite superior: no podrá eximirse de realizar el procedimiento de aborto si se encuentra en riesgo la vida de la madre.

Respecto de la objeción de conciencia institucional, nuestro Tribunal Constitucional, en las dos sentencias comentadas, lo han reconocido como derecho fundamental, que se entiende por el principio de la libertad de conciencia y por sobre todo por la autonomía privada de los cuerpos intermedios, ampliamente comentado a lo largo de este fallo. Sobre este punto, cabe concluir que la objeción de conciencia no es un derecho absoluto ni originario, sino que un derecho derivativo, que existirá en el entendido de que la persona o la entidad tengan una conciencia manifestada, que tenga una fuerza intrínseca tan potente que para el objetante sea imposible realizar el procedimiento de aborto por la o las causales que señala. Pero en cuanto propiamente a la objeción de conciencia institucional, soy partidaria de que solo caso a caso puede considerarse si una institución posee la aptitud para ser objetora de conciencia, determinando cual es la conciencia en sí, que va más allá de los estatutos que pueda contener una sociedad, trata del ideario que solo cabe en las personas naturales, pero que puede extrapolarse a una

institución en casos excepcionales como en una fundación. Por ello no todas las instituciones privadas pueden ser objetoras de conciencia. Este argumento no es tratado en el voto de mayoría de la sentencia 5572 y 5650 del 2018, ya que, para el Tribunal Constitucional, se parte de la base de que la objeción de conciencia es absoluta y que no procede limitación alguna, porque así lo han declarado en esta y la sentencia que despenalizó el aborto en tres causales.

Ahora bien, el punto clave de este ensayo fue analizar la problemática a raíz del Decreto Supremo N°67, que en su artículo 13 inciso segundo señala: “Los establecimientos privados de salud, que hayan suscrito convenios regidos por las disposiciones del decreto con fuerza de ley N°26, de 1980, del Ministerio de Salud, no podrán ser objetores de conciencia cuando cumplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por naturaleza comprendan en pabellón”. Este artículo fue dispuesto de esta manera a raíz del dictamen de la Contraloría General de la República N°11.781, que declaró ilegal el anterior protocolo N°432 del Ministerio de Salud.

La pugna surge, increíblemente por diputados y senadores del oficialismo, que normalmente entenderíamos están a favor de algún proyecto, reglamento, entre otros, que provengan del ejecutivo, pero esta vez la intencionalidad viene dada en solicitar al Tribunal Constitucional que se pronuncie a través de este Decreto Supremo que tiene a la vista, del dictamen de Contraloría que ordenó se reflejara en dichos términos.

Entonces, lo que se está objetando no es el artículo 13 inciso segundo, sino que se está objetando la decisión tomada por la Contraloría.

En este entendido, el oficialismo, y en especial el gobierno, tenían otra vía natural de acción para que no se tome la representación de ilegalidad, a través del Recurso de Insistencia, el cual se encuentra contenido por nuestra Carta Fundamental en su artículo 99.

El argumento del Tribunal Constitucional es que la objeción de conciencia no puede ser objeto de condiciones o requisitos legales que impidan su libre ejercicio, al amparo de la garantía consagrada en el N°26 del artículo 19 de la Constitución, ya que la misma magistratura la ha reconocido como Derecho fundamental.

Para el Tribunal Constitucional, el artículo 13 inciso segundo viene en limitar el derecho a objeción de conciencia institucional y a vulnerar el principio de autonomía privada de los cuerpos intermedios, que nuestro ordenamiento reconoce como elemento básico de la estructura social, son las células vivas de la sociedad, y como tal deben tener la necesaria e indispensable libertad de fijar los objetivos que deseen alcanzar, forma de organización y decidir sobre sus propios actos, en este sentido, la limitación de que no podrán ser objetores de conciencia las instituciones que hayan celebrado convenios en marco del decreto con fuerza de ley es inaceptable. Para lo ya analizado, este argumento resulta del todo insuficiente e infundado para determinar como inconstitucional la norma.

El artículo 2 y 13 del decreto con fuerza de ley N°36 prescriben expresamente que en los convenios regidos por dicho cuerpo normativo un organismo, entidad o persona distinta del Servicio de Salud, sustituye a éste en la ejecución de acciones de salud, actuando por cuenta de aquel; y quienes celebren dichos contratos quedarán adscritos al Sistema Nacional de Servicios de Salud.

El Voto de Mayoría utilizó también el argumento histórico, indicando que la forma en que está redactado el Decreto con Fuerza de Ley proviene de otras leyes y no tienen la misma la inspiración Constitucional, que la Constitución Política de la República. Siendo que claramente puede demostrarse lo contrario: la armonía existente entre este decreto con fuerza de ley y la Ley orgánica Constitucional de Bases Generales de La Administración del Estado. Quizás el problema del análisis del Tribunal Constitucional radica en la no especificación del servicio público y que el Estado en su rol de garante de la protección de salud, debe delegar la ejecución de las mismas para así abarcar a una cantidad mayor de población y realizarlo de la manera más eficiente posible. Entonces, se encuentra delegando la función pública a través de las instituciones privadas que firman los convenios, que dicho sea de paso se regulan dichos convenios primero por la ley 19.886, luego supletoriamente por el Derecho Público y solo excepcionalmente por el derecho privado.

En definitiva, el Tribunal Constitucional ha optado por tener un derecho a la objeción de conciencia realmente absoluto, sin limitaciones que las que ya han sido establecidas

en la ley 21.030, generando a la larga efectos algo adversos en la posibilidad de las mujeres en recibir la prestación de la interrupción de embarazo en tres causales, minimizándolas en el presente debate.

El sistema de salud en Chile no es muy amplio, conformado por a penas 80 servicios que pueden adscribir convenios con el Estado y que para el dictamen de la Contraloría General de la República no iban a poder ser objetores de conciencia, pero que en la actualidad si podrán serlo. Esto quiere decir, que prácticamente todos estos servicios de salud pueden ser objetores de conciencia, restándole la eficacia a la propia ley 21.030. Esto será una carga para las mujeres que deberán buscar en el Servicio público, muchas veces saturado, la prestación del servicio, lo que implicará también en una carga para los mismos profesionales que no son objetores de conciencia.

Otro aspecto para considerar dentro de los alcances de la objeción de conciencia es lo que pasa con libertad de conciencia individual cuando la institución se ha declarado objetora, pareciera ser que el particular simplemente debe someterse a la objeción de la institución, a pesar de no representar su íntima convicción.

Considero, que la interpretación otorgada por el Sr. Contralor de la República, don Jorge Bermúdez respecto a la prohibición de ser objetor a los que celebran los convenios está mucho más acertada con la función pública y lo que se entiende por sustitución de funciones en cuanto a la ejecución. Así lo ha entendido también el voto disidente del

Tribunal Constitucional en el marco de la sentencia 5572 y 5650 del año 2018, acumuladas.

Para Ana Piquer, Directora Ejecutiva de Amnistía Internacional en Chile, tenemos esta invención atípica de la “objeción de conciencia institucional”, sin regulación legal alguna y con un protocolo que básicamente permitiría que todas las clínicas se declaren objetoras porque sí y, además, reciban fondos del Estado por la prestación de servicios ginecológicos que no proporcionarán.³² Esta descripción se realizó a propósito del protocolo contenido en la Resolución Exenta N°432 y que fue invalidado por la Contraloría de la República, pero podemos extrapolar lo mismo a la forma en que ha quedado redactado el Decreto Supremo 67, ya que de pleno derecho y de facto el Tribunal Constitucional ha declarado que el artículo 13 inciso segundo es institucional.

Nos quedamos entonces, con una normativa sobre objeción de conciencia un tanto carente en el fondo y en la forma, donde la única entidad que ha podido describirla un poco ha sido el tribunal Constitucional.

Creemos que al quedar abierta la regulación de la objeción de conciencia, corresponderá a los Tribunales de Justicia Ordinaria tratar las complejidades de cada caso, donde los objetores de conciencia pueden ser la institución o incluso todos los

³²PIQUER, Ana. 2018. Por qué el protocolo de objeción de conciencia debiera indignar a todo el mundo. <<https://amnistia.cl/noticia/protocolo-objecion-conciencia-debiera-indignar-mundo/>> [24 de enero de 2019]

médicos que trabajan en pabellón realizando procedimientos. Quedando el derecho de la mujer conculcado una vez más.

Finalmente, podemos concluir, que en cuanto al fondo de lo que se considera objeción de conciencia, y por sobre todo cual es el alcance de la objeción de conciencia institucional nos encontramos completamente al debe, dejando desregulado lo que debe entenderse por tal y limitando prácticamente solo la forma en que podrá ejercerse este derecho. Ante el punto de vista internacional, no estamos cumpliendo con los estándares necesarios para regular un tema tan importante como la objeción de conciencia, más aún sobre la despenalización del aborto en tres causales, que en definitiva nos devuelven a la situación anterior ante la imposibilidad de acceder de forma oportuna y segura al procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA:

1. GONZÁLEZ VELEZ, Ana Cristina, MELO AREVALO, Carolina, 2016, ¿Objeción de Conciencia Institucional?, Memorias Segundo Seminario Regional Latinoamericano. Pp. 1-46
2. GASCON ABELLÁN, Marina. Obediencia al derecho y objeción de conciencia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p.217.
3. Dictamen N° 11.781. Contraloría General de La República, Santiago, Chile, 9 de mayo de 2018.
4. CABELLO-ROBERTSON, Javiera, NÚÑEZ-NOVA, 2018, Objeción de conciencia institucional y regulación en salud: ¿Existe una excusa legítima frente al aborto en Chile? [Revista de Bioética y Derecho N°43], Barcelona, p.1, Disponible en <
http://scielo.iscii.es/scielo.php?script=sci_arttex&pid=S1886-58872018000200012 > [19 de enero de 2019]
5. BECA, Juan Pablo, ASTETE, Carmen, 2015, Objeción de Conciencia en la práctica médica, [Revista Médica Chile 2015] Pp. 493-498 Disponible en <
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rmc/v143n4/art11.pdf> > [21 de enero 2019]
6. Sentencia ROL 3729-19 ,Tribunal Constitucional, 28 de Agosto 2017
7. Sentencia ROL 5572-18 y 5650-18, Tribunal Constitucional, 18 de enero 2019

8. PIQUER, Ana. 2018. Por qué el protocolo de objeción de conciencia debiera indignar a todo el mundo. <<https://amnistia.cl/noticia/protocolo-objecion-conciencia-debiera-indignar-mundo/>> [24 de enero de 2019]
9. HESSE, Konrad. (1983) "La Interpretación constitucional". Escritos de Derecho Constitucional. Primera edición al español, España, Centro de Estudios Constitucionales.
10. SALCEDO HERNÁNDEZ, José Ramón. (1997) Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia. Anales de Derecho 15, pp. 96 y ss.
11. FIGUEROA GARCÍA HUIDOBRO, Rodolfo. (2016) Objeción de conciencia y aborto. Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile. Pp.147-178. Recuperado de http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/Publicaciones/Libros/ABORTO_DEBATESYREFLEXIONES/Objeciondeconciencia.pdf
12. Montoya-Vacadiez DM. Mitos y realidades sobre la objeción de conciencia en la praxis médica. Revista Ciencia y Salud. 2014;12(3): 435-49. doi: dx.doi.org/10.12804/revsalud12.03.2014.11
13. Alvarado, Claudio, Fernando Contreras y Manfred Svensson, (agosto de 2018) "Objeción de conciencia institucional", Claves para el debate N.º 1. Recuperado de <http://www.ieschile.cl/wp-content/uploads/2018/07/Objecio%CC%81n-de-conciencia-institucional-4-claves-para-el-debate.pdf> [21 de marzo de 2019]

14. Silva, Luis Alejandro. La supremacía constitucional: Fundamento, y límite de su garantía por el Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Público UPD. Pp. 615-629
15. ZUNIGA URBINA, Francisco. PRINCIPIOS JURÍDICOS Y DEMOCRACIA: DE VUELTAS A LA "DEMOCRACIA MILITANTE". Estudios constitucionales [online]. 2012, vol.10, n.2 [citado 2017-09-22], pp.17-56. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200.
16. MARTINEZ ESTAY, José Ignacio. AUTO-RESTRICCIÓN, DEFERENCIA Y MARGEN DE APRECIACIÓN: BREVE ANÁLISIS DE SUS ORÍGENES Y DE SU DESARROLLO. *Estudios constitucionales* [online]. 2014, vol.12, n.1 [citado ,2017-09-22], pp.365-396. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100009&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200.
17. COOPERATIVA.CL (2018, abril 24). Objeción de conciencia: La analogía de Fernando Atria entre la conscripción y el aborto [Archivo de Video]. Recuperado de <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/salud/aborto/objecion-de-conciencia-la-analogia-de-fernando-atrria-entre-la/2018-04-24/105818.html>

18. PIQUER, Ana. 2018. Por qué el protocolo de objeción de conciencia debiera indignar a todo el mundo. <<https://amnistia.cl/noticia/protocolo-objecion-conciencia-debiera-indignar-mundo/>>
19. García Pino, Gonzalo; Contreras Vásquez, Pablo y Martínez Palecencia. Victoria. Diccionario Constitucional Chileno, Santiago de Chile, Editorial Hueders 2016, 2° edición, p.1072, Pp. 940-941
20. SAGÜES, Néstor Pedro. (2017) Derecho Constitucional 3 Estatuto de los Derechos. Editorial Astrea, Buenos Aires.
21. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2004), Revista Ius et Praxis Año 10 No 1.
22. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010) “La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas”, Estudios Constitucionales Año 8, N.º 1, 2010, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.
23. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. Revista Ius et Praxis, 11 (2): 15 - 64, 2005 Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002>
24. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2006) La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. Revista Ius et Praxis, 12 (2): 13 - 41, 2006. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000200002>
25. NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO.

(2012) La objeción de conciencia al Servicio Militar. New York – Ginebra.

26. CAZOR ALISTE, Kamel; VEGA ZAMORA, Hugo. (2018) “Inspiración liberal de la carta de 1980 y criterios de hermenéutica constitucional aplicables al art. 19 N.º 1 y la sentencia del Tribunal Constitucional rol 3729 (3751) /2017”

27. GARRIDO FALLA, Fernando, 1994. El Concepto de servicio público en Derecho español. Revista de Administración Pública, 135, pp.7-36, p.9

IX. APÉNDICE:

- 1.** Sentencia ROL 3729-19 ,Tribunal Constitucional, 28 de Agosto 2017.
- 2.** Sentencia ROL 5572-18 y 5650-18, Tribunal Constitucional, 18 de enero 2019
- 3.** Dictamen N° 11.781. Contraloría General de La República, Santiago, Chile, 9 de mayo de 2018.
- 4.** Aprueba Reglamento para ejercer Objeción de Conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 Ter del Código Sanitario, N°67, de fecha 29 de junio de 2018, emitido por el Ministerio de Salud.



Santiago, veintiocho de agosto de dos mil diecisiete.

VISTOS:

Con fecha 2 de agosto de 2017, las señoras y señores Senadores de la República Juan Antonio Coloma Correa, Francisco Chahuán Chahuán, Alejandro García-Huidobro Sanfuentes, José García Ruminot, Iván Moreira Barros, Hernán Larraín Fernández, Manuel José Ossandón Irarrázabal, Víctor Pérez Varela, Baldo Prokurica Prokurica, Jacqueline Van Rysselbergue Herrera y Ena Von Baer Jahn, que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación, dedujeron ante esta Magistratura, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 3°, de la Constitución Política, un requerimiento de inconstitucionalidad respecto de las normas que indican del proyecto de ley que "regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales", correspondiente al Boletín N° 9895-11.

El Pleno de esta Magistratura Constitucional, en resolución que rola a fojas 89, de 8 de agosto de 2017, acogió a trámite el referido requerimiento y, por resolución de igual fecha, a fojas 92, lo declaró admisible y ordenó ponerlo en conocimiento de S.E. la señora Presidenta de la República, del Senado y de la Cámara de Diputados, para que, en su calidad de órganos constitucionales interesados, dentro del plazo de cinco días, formularan las observaciones y acompañaran los antecedentes que estimaran pertinentes sobre la materia.

A su turno, con fecha 8 de agosto de 2017, las señoras y señores Diputados de la República Ramón Barros Montero, Germán Becker Alvear, Jaime Bellolio Avaria, Bernardo Berger Fett, Juan Antonio Coloma Álamos, José Manuel Edwards Silva, Gonzalo Fuenzalida Figueroa, Sergio Gahona Mazar, Gustavo Hasbún Selume, Javier Hernández



Hernández, María José Hoffmann Opazo, José Antonio Kast Rist, Javier Macaya Danús, Patricio Melero Abaroa, Andrea Molina Oliva, Cristián Monckeberg Bruner, Nicolás Monckeberg Díaz, Celso Morales Muñoz, Claudia Nogueira Fernández, Iván Norambuena Farías, Paulina Núñez Urrutia, Diego Paulsen Kehr, Leopoldo Pérez Lahsen, Jorge Rathgeb Schifferli, David Sandoval Plaza, Alejandro Santana Tirachini, Ernesto Silva Méndez, Arturo Squella Ovalle, Renzo Trisotti Martínez, Marisol Turres Figueroa, Jorge Ulloa Aguillón, Ignacio Urrutia Bonilla, Osvaldo Urrutia Soto, Enrique Van Rysselberghe Herrera, Germán Verdugo Soto y Felipe Ward Edwards, que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados, dedujeron también ante esta Magistratura, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 3°, de la Constitución Política, un requerimiento de inconstitucionalidad respecto de las normas que indican del proyecto de ley que "regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales", correspondiente al Boletín N° 9895-11.

El Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno, a través de resolución de fecha 10 de agosto de 2017, a fojas 288, acogió a trámite el requerimiento presentado por los parlamentarios recién enunciados y, por resolución de igual fecha, a fojas 291, declaró su admisibilidad, ordenando ponerlo en conocimiento de S.E. la señora Presidenta de la República, del Senado y de la Cámara de Diputados, para que, en su calidad de órganos constitucionales interesados, dentro del plazo de cinco días, formularan las observaciones y acompañaran los antecedentes que estimaran pertinentes sobre la materia.

Luego, a través de resolución del día 10 de agosto de 2017, que rola a fojas 295, teniendo presente que esta acción de inconstitucionalidad impugna iguales grupos de normas que el requerimiento previamente deducido por un



grupo de señoras y señores Senadores de la República, resolvió disponer su acumulación.

Con fecha 11 de agosto de 2017, a fojas 305, el señor Presidente de la H. Cámara de Diputados, en representación de dicha Corporación, formuló dentro de plazo observaciones de fondo respecto de los requerimientos acumulados, instando por el total rechazo de los mismos, atendidas las argumentaciones desarrolladas en dicha presentación.

Finalmente, el día 13 de agosto de 2017, a fojas 330, S.E. la señora Presidenta de la República, doña Michelle Bachelet Jeria, en presentación suscrita también por el señor Ministro Secretario General de la Presidencia, don Nicolás Eyzaguirre Guzmán, formuló dentro de plazo observaciones respecto de ambos requerimientos, solicitando su total rechazo, exponiendo que la totalidad de las disposiciones impugnadas se encuentran ajustadas a la Constitución Política de la República.

A los efectos de exponer los planteamientos de los actores, así como de los órganos constitucionales interesados que se hicieron parte en estos autos, se consignarán las disposiciones objetadas contenidas en el proyecto de ley Boletín N° 9895-11, así como los argumentos contextuales y fundamentos de derecho que sirven de apoyo a las acciones presentadas, identificando los conflictos de constitucionalidad que las señoras y los señores parlamentarios requirentes denuncian en sus libelos. Junto a ello, en cada apartado, se explicitarán las argumentaciones desarrolladas por S.E. la señora Presidenta de la República y, en su caso, por el señor Presidente de la Cámara de Diputados, en que instaron por el rechazo de los requerimientos incoados ante esta Magistratura.



I. NORMAS IMPUGNADAS DEL PROYECTO DE LEY.

Los requirentes solicitan que el Tribunal Constitucional declare inconstitucionales y, en consecuencia, suprima las siguientes normas del proyecto de ley:

1. El artículo 1º, numeral 1º, del proyecto de ley, que sustituye el artículo 119 del Código Sanitario, cuyas disposiciones son las siguientes:

"Artículo 1.- Incorpóranse las siguientes modificaciones en el Código Sanitario:

1. Sustitúyese el artículo 119 por el siguiente:

"Artículo 119. Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:

1) *La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.*

2) *El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.*

3) *Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación.*

En cualquiera de las causales anteriores, la mujer deberá manifestar en forma expresa, previa y por escrito su voluntad de interrumpir el embarazo. Cuando ello no



sea posible, se aplicará lo dispuesto en el artículo 15, letras b) y c), de la ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos siguientes. En el caso de personas con discapacidad sensorial, sea visual o auditiva, así como en el caso de personas con discapacidad mental psíquica o intelectual, que no hayan sido declaradas interdictas y que no puedan darse a entender por escrito, se dispondrá de los medios alternativos de comunicación para prestar su consentimiento, en concordancia con lo dispuesto en la ley N° 20.422 y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Si la mujer ha sido judicialmente declarada interdicta por causa de demencia, se deberá obtener la autorización de su representante legal, debiendo siempre tener su opinión en consideración, salvo que su incapacidad impida conocerla.

Tratándose de una niña menor de 14 años, además de su voluntad, la interrupción del embarazo deberá contar con la autorización de su representante legal, o de uno de ellos, a elección de la niña, si tuviere más de uno. A falta de autorización, entendiéndose por tal la negación del representante legal, o si éste no es habido, la niña, asistida por un integrante del equipo de salud, podrá solicitar la intervención del juez para que constate la ocurrencia de la causal. El tribunal resolverá la solicitud de interrupción del embarazo sin forma de juicio y verbalmente, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de la solicitud, con los antecedentes que le proporcione el equipo de salud, oyendo a la niña y al representante legal que haya denegado la autorización. Si lo estimare



procedente, podrá también oír a un integrante del equipo de salud que la asista.

Cuando a juicio del médico existan antecedentes para estimar que solicitar la autorización del representante legal podría generar a la menor de 14 años, o a la mujer judicialmente declarada interdicta por causa de demencia, un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad, se prescindirá de tal autorización y se solicitará una autorización judicial sustitutiva. Para efectos de este inciso la opinión del médico deberá constar por escrito.

La autorización judicial sustitutiva regulada en los incisos anteriores será solicitada al juez con competencia en materia de familia del lugar donde se encuentre la menor de 14 años o la mujer judicialmente declarada interdicta por causa de demencia. El procedimiento será reservado y no será admitida oposición alguna de terceros distintos del representante legal que hubiere denegado la autorización. La resolución que deniegue la autorización será apelable y se tramitará según lo establecido en el artículo 69, inciso quinto, del Código Orgánico de Tribunales.

La voluntad de interrumpir el embarazo manifestada por una adolescente de 14 años y menor de 18 deberá ser informada a su representante legal. Si la adolescente tuviere más de uno, sólo se informará al que ella señale.

Si a juicio del equipo de salud existen antecedentes que hagan deducir razonablemente que proporcionar esta información al representante legal señalado por la adolescente podría generar a ella un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad, se prescindirá de la comunicación al representante y, en su lugar, se informará al adulto



familiar que la adolescente indique y, en caso de no haberlo, al adulto responsable que ella señale.

En el caso de que la adolescente se halle expuesta a alguno de los riesgos referidos en el inciso anterior, el jefe del establecimiento hospitalario o clínica particular deberá informar al tribunal con competencia en materia de familia que corresponda, para que adopte las medidas de protección que la ley establece.

El prestador de salud deberá proporcionar a la mujer información veraz sobre las características de la prestación médica, según lo establecido en los artículos 8 y 10 de la ley N° 20.584. Asimismo, deberá entregarle información verbal y escrita sobre las alternativas a la interrupción del embarazo, incluyendo la de programas de apoyo social, económico y de adopción disponibles. La información será siempre completa y objetiva, y su entrega en ningún caso podrá estar destinada a influir en la voluntad de la mujer. No obstante lo anterior, el prestador de salud deberá asegurarse de que la mujer comprende todas las alternativas que tiene el procedimiento de interrupción, antes de que éste se lleve a cabo, y de que no sufra coacción de ningún tipo en su decisión.

En el marco de las tres causales reguladas en el inciso primero, la mujer tendrá derecho a un programa de acompañamiento, tanto en su proceso de discernimiento, como durante el período siguiente a la toma de decisión, que comprende el tiempo anterior y posterior al parto o a la interrupción del embarazo, según sea el caso. Este acompañamiento incluirá acciones de acogida y apoyo biopsicosocial ante la confirmación del diagnóstico y en cualquier otro momento de este proceso. En caso de continuación del embarazo, junto con ofrecer el apoyo descrito, se otorgará información pertinente a la condición de salud y se activarán las redes de apoyo.

Este acompañamiento sólo podrá realizarse en la medida que la mujer lo autorice, deberá ser personalizado y respetuoso de su libre decisión. En el caso de concurrir la circunstancia descrita en el número 3) del inciso primero, se proveerá a la mujer de la información necesaria para que pueda presentar una denuncia.

En la situación descrita en el número 2) del inciso primero, el prestador de salud proporcionará los cuidados paliativos que el caso exija, tanto si se trata del parto como de la interrupción del embarazo con sobrevivencia del nacido.

Las prestaciones incluidas en el programa de acompañamiento a las mujeres que se encuentren en alguna de las tres causales serán reguladas por un decreto de las autoridades a que se refiere la letra b) del artículo 143 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud. Asimismo, se establecerán los criterios para la confección de un listado de instituciones sin fines de lucro que ofrezcan apoyo adicional al programa de acompañamiento, el que deberá ser entregado de acuerdo al inciso undécimo. La madre podrá siempre solicitar que el acompañamiento a que tiene derecho le sea otorgado por instituciones u organizaciones de la sociedad civil, las que deberán estar acreditadas mediante decreto supremo dictado por el Ministerio de Salud, todo ello conforme a un reglamento dictado al efecto. La mujer podrá elegir libremente tanto la entidad como el programa de acompañamiento que estime más adecuado a su situación particular y convicciones personales¹.

¹ Se deja constancia que en el libelo de autos deducido bajo el Rol N° 3729-17-CPT, las señoras y señores Senadores requirentes no objetaron la constitucionalidad de las frases contenidas en el artículo 1°, inciso decimotercero, del proyecto de ley, en sus disposiciones, "La madre podrá siempre solicitar que el acompañamiento a que tiene derecho le sea otorgado por instituciones u organizaciones de la sociedad civil, las que deberán estar acreditadas mediante decreto supremo dictado por el Ministerio de

En el caso de que el acompañamiento no sea ofrecido en los términos regulados en este artículo, la mujer podrá recurrir a la instancia de reclamo establecida en el artículo 30 de la ley N° 20.584. Ante este reclamo, el prestador de salud deberá dar respuesta por escrito dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde el día hábil siguiente a su recepción y, de ser procedente, adoptar las medidas necesarias para corregir las irregularidades reclamadas dentro del plazo máximo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la respuesta. Si la mujer presentare un reclamo ante la Superintendencia de Salud, de ser procedente según las reglas generales, ésta deberá resolverlo y podrá recomendar la adopción de medidas correctivas de las irregularidades detectadas, dentro de un plazo no superior a treinta días corridos. Sin perjuicio de lo anterior, toda mujer que hubiere sido discriminada arbitrariamente en el proceso de acompañamiento podrá hacer efectiva la acción de no discriminación arbitraria contemplada en los artículos 3 y siguientes de la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación."

2. El artículo 1°, numeral 2°, del proyecto de ley, que incorpora un nuevo artículo 119 bis al Código Sanitario, cuyo articulado es el siguiente:

"2. Incorpórase el siguiente artículo 119 bis:

"Artículo 119 bis. Para realizar la intervención contemplada en el número 1) del inciso primero del

Salud, todo ello conforme a un reglamento dictado al efecto. La mujer podrá elegir libremente tanto la entidad como el programa de acompañamiento que estime más adecuado a su situación particular y convicciones personales.", preceptiva que si fue denunciada como contraria a la Carta Fundamental por las señores y señores Diputados requirentes en la causa Rol N° 3751-17-CPT.

artículo anterior, se deberá contar con el respectivo diagnóstico médico.

En el caso del número 2) del inciso primero del artículo referido, para realizar la intervención se deberá contar con dos diagnósticos médicos en igual sentido de médicos especialistas. Todo diagnóstico deberá constar por escrito y realizarse en forma previa.

En el caso del número 3) del inciso primero del artículo 119, un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, confirmará la concurrencia de los hechos que lo constituyen y la edad gestacional, informando por escrito a la mujer o a su representante legal, según sea el caso, y al jefe del establecimiento hospitalario o clínica particular donde se solicita la interrupción. En el cumplimiento de su cometido, este equipo deberá dar y garantizar a la mujer un trato digno y respetuoso.

En los casos en que la solicitante sea una niña o adolescente menor de 18 años, los jefes de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares en que se solicite la interrupción del embarazo procederán de oficio conforme a los artículos 369 del Código Penal, y 175, letra d), y 200 del Código Procesal Penal. Deberán, además, notificar al Servicio Nacional de Menores.

Tratándose de una mujer mayor de 18 años que no haya denunciado el delito de violación, los jefes de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares deberán poner en conocimiento del Ministerio Público este delito, con la finalidad de que investigue de oficio al o los responsables².

² Se deja constancia que en el libelo de autos deducido bajo el Rol N° 3571-17-CPT, las señoras y señores Diputados requirentes no objetaron la constitucionalidad del artículo 1°, numeral 2°, inciso quinto del proyecto de ley, que introduce un nuevo artículo 119 bis al Código Sanitario, preceptiva que sí fue denunciada como contraria

En todos los casos anteriores se respetará el principio de confidencialidad en la relación entre médico y paciente, adoptándose las medidas necesarias para resguardar su aplicación efectiva.

En el proceso penal por el delito de violación, la comparecencia de la víctima a los actos del procedimiento será siempre voluntaria y no se podrá requerir o decretar en su contra las medidas de apremio contenidas en los artículos 23 y 33 del Código Procesal Penal.”.

3. El artículo 1º, numeral 3º, del proyecto de ley, que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario, cuya normativa es la siguiente:

“3. Introdúcese el siguiente artículo 119 ter:

“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 profesional 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 en ningún caso 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. Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119.”.

4. El artículo 1°, numeral 4°, del proyecto de ley, que introduce un nuevo artículo 119 quáter al Código Sanitario, cuya preceptiva es la siguiente:

“4. Incorpórase el siguiente artículo 119 quáter:

“Artículo 119 quáter. Queda estrictamente prohibida la publicidad sobre la oferta de centros, establecimientos o servicios, o de medios, prestaciones técnicas o procedimientos para la práctica de la interrupción del embarazo en las causales del inciso primero del artículo 119.

Lo anterior no obsta al cumplimiento de los deberes de información por parte del Estado ni a lo dispuesto en el párrafo 4° del título II de la ley N° 20.584.”.

5. El **artículo 2° del proyecto de ley**, que reemplaza el artículo 344 del Código Penal, cuyas disposiciones señalan:

“Artículo 2.- Reemplázase el artículo 344 del Código Penal por el siguiente:

“Artículo 344. La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.

Si lo hiciere por ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.”.

6. El **artículo 3° del proyecto de ley**, que introduce modificaciones al artículo 13 bis, inciso primero, de la Ley N° 19.451, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 3.- Intercálase, en el inciso primero del artículo 13 bis de la ley N° 19.451, a continuación del punto aparte, que pasa a ser coma, la siguiente oración: “así como quien destine, en cualquier momento, con ánimo de lucro o para fines distintos de los autorizados en esta ley, órganos, tejidos o fluidos humanos provenientes de una intervención propia de la interrupción del embarazo.”.



7. El artículo transitorio del proyecto de ley, que dispone:

"Artículo transitorio.- Las prestaciones reguladas en esta ley serán exigibles a contar de la dictación del decreto a que se refiere el inciso decimotercero del artículo 119 del Código Sanitario, la que deberá tener lugar en el plazo de noventa días contado desde la publicación.

El mayor gasto fiscal que irroque la aplicación de esta ley, en su primer año presupuestario, se financiará con cargo a los recursos que se consulten en la Partida 16 "Ministerio de Salud" de la Ley de Presupuestos respectiva. No obstante, el Ministerio de Hacienda, con cargo a la Partida Presupuestaria del Tesoro Público, podrá suplementar dicho presupuesto en la parte del gasto que no se pudiera financiar con tales recursos. Para los años siguientes se contemplará el financiamiento en las leyes de Presupuestos."

II. PLANTEAMIENTOS GENERALES QUE CONTEXTUALIZAN LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES SOMETIDOS AL CONOCIMIENTO Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL.

1. Argumentos de las señoras y señores parlamentarios requirentes.

Como antecedente basal de su libelo, las señoras y señores Senadores requirentes, a fojas 9, solicitan la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1°, numeral 1°, inciso primero, del proyecto de ley, preceptiva que introduciría en nuestra legislación tres causales de aborto directo o provocado, lo que el



proyecto denomina como "interrupción voluntaria del embarazo". Esta cuestión, exponen, pugna con el mandato que el Constituyente dispuso al legislador en el artículo 19, numeral 1º, inciso segundo, de la Carta Fundamental: proteger siempre la vida del que está por nacer. Aducen que el resto de la preceptiva del proyecto es reprochado por su directa vinculación con dicho artículo 1º N° 1, dado que de éste dependen para su debida inteligencia, aplicación y subsistencia, por lo que, decretada por este Tribunal la inconstitucionalidad de dicha normativa, el resto del articulado carece de sentido y utilidad propia.

Los actores refieren que, en términos generales, el proyecto propone sustituir íntegramente el artículo 119 del Código Sanitario, que hoy imposibilita en nuestro ordenamiento jurídico la ejecución de acción alguna destinada a provocar un aborto. La nueva regulación dispone que, mediando la voluntad de la mujer, es permitido a un médico cirujano interrumpir el embarazo cuando: a) la mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida; b) el embrión o feto padezca de una alteración estructural congénita o genética de carácter letal o; c) sea el resultado de una violación. Aducen que lo anterior en caso alguno es una mera despenalización, imponiendo más bien una obligación puesto que se califica la interrupción del embarazo como una prestación médica.

Comentan que si bien en una conducta que es previamente tipificada como delito la innovación legislativa permite despenalizar, legalizar o legitimar, el mensaje presidencial del proyecto de ley refiere explícitamente que el recurso al aborto ha de garantizarse en lo sucesivo como una legítima prestación de salud, señalando éste que "en el centro de la propuesta están los derechos de las mujeres". Al normar, incluso, la objeción de conciencia para su práctica, se



reafirma el carácter de un nuevo derecho que las mujeres podrán exigir a terceros, incluso contra la voluntad de éstos y el juicio verdadero de su conciencia. Por ello el proyecto no despenaliza; más bien, legaliza y legitima, a diferencia de la actual redacción del artículo 119 del Código Sanitario, en que no se prohíben actos que conforme a la praxis médica interrumpen el embarazo provocando la muerte del que está por nacer como un efecto no querido, dado que existe para ello razón proporcionada. Por lo mismo refieren que no se presentan hoy casos reales que hagan necesaria la regulación propuesta en la primera causal del proyecto, en que cederá siempre la vida del que está por nacer frente a la voluntad de la madre. Todos éstos son resueltos conforme la *lex artis* vigente.

Agregan que el proyecto consagra deliberada, autónoma y directamente, terminar con la vida de un ser de la especie humana inocente que no ha nacido. Ése es el derecho que nace frente a terceros.

En similar línea argumentativa, los diputados requirentes apuntan que la mera despenalización es una acción que realiza el legislador en que sólo quita la criminalidad a un acto, el que deja de ser considerado como un hecho injusto. En caso alguno es posible sostener que existe una despenalización si existen asociados elementos adicionales que reglan la conducta impugnada, pues ello implicaría extralimitar el campo de acción del injusto, generando un marco de acción, lo que lleva a que la discusión se centre más bien en la legalización, en que se confiere un derecho, reglamentándose una conducta, lo que va más allá de la mera tolerancia o eliminación del injusto y su reprochabilidad, a través de la generación de una serie de preceptos y estatutos, derechos y obligaciones mutuas entre los intervinientes

y, la posibilidad cierta de exigencia por el beneficiario dada la despenalización de la figura.

Los recién enunciados actores comentan que el proyecto en discusión se inscribe en esta lógica. La persona beneficiada con la exención de responsabilidad penal podrá, de rechazarse los requerimientos incoados, exigir una prestación abortiva junto a sus elementos conexos como un espacio de "acompañamiento" y la eventual posibilidad de accionar conforme a la Ley Antidiscriminación. En caso alguno, tampoco, puede subsumirse la conducta despenalizada como una causal de justificación fundada en el principio del interés preponderante cuando se basa en la actuación de un derecho.

Agregan que Chile nunca tuvo aborto terapéutico, conforme mal se le denomina. Las palabras "aborto" y "terapéutico" son incompatibles. La idea de un aborto provocado implica siempre la supresión intencionada de la vida del que está por nacer y mal puede entenderse que ello evoque a un tratamiento o terapia conforme la *lex artis* médica. Por lo mismo exponen que resulta ética, jurídica y moralmente reprochable que el ordenamiento jurídico permita la acción directa y deliberada con el objeto de eliminar una vida en gestación, aunque exista un propósito terapéutico para ello. La norma anterior a 1989 fue dictada en un contexto constitucional en que la Carta Fundamental vigente no reconocía la vida del que está por nacer y no encomendaba mandato de protección alguno al legislador. Unido a ello, no distinguía si con algún fin o propósito terapéutico se estaba en presencia de un aborto directo o si se estaba en presencia de una terapia de la madre con resultado de aborto indirecto, es decir, a través del principio del doble efecto.



2. Observaciones de S.E. la señora Presidenta de la República y del señor Presidente de la H. Cámara de Diputados.

En su traslado, expone la Jefa de Estado que este proyecto de ley fue extensamente debatido en el Congreso Nacional por más de dos años de tramitación. En ambas Cámaras se recibieron a más de doscientos invitados e invitadas representantes de una amplia diversidad de posturas políticas, religiosas y espirituales, lo que permitió alcanzar un amplio acuerdo de mayoría. Por ello incuestionable resulta que el proyecto está legitimado por un proceso democrático que consideró los intereses ciudadanos, cuestión coherente con la definición constitucional de Chile como una República Democrática en que el ejercicio de la soberanía radica en el pueblo, por lo que resulta conforme a derecho encomendar la dirección de los asuntos públicos a los órganos sobre los que existe control político.

A su turno, en equivalentes términos, el señor Presidente de la Cámara de Diputados agrega que el acuerdo de la Sala de dicha corporación de comparecer en estos autos fue motivado por la necesidad de defender un proyecto aprobado por la mayoría de dicha Sala, cuestión obviada por los requirentes en sus libelos, como una política que sea patente hacia el futuro, en el sentido de actuar frente a pretensiones de minorías que a través de un órgano distinto al Poder Legislativo quiera imponer sus posiciones. Por lo mismo expone la necesidad de reivindicar al Congreso Nacional como el espacio de discusión política, refiriéndose latamente al trabajo legislativo desarrollado por las diversas comisiones que conocieron del proyecto de ley impugnado en estos autos. Hace presente que este Tribunal es un tribunal de derecho y la cuestión de constitucionalidad siempre un conflicto de corte normativo, por lo que las cuestiones morales,



éticas, socioculturales o axiológicas son ajenas a su competencia.

Enlazado con lo anterior, tanto la Jefa de Estado como el señor Presidente de la Cámara compareciente, refieren que esta Magistratura debe deferencia al legislador, criterio útil para hacer frente a la tensión entre justicia constitucional y democracia. Este Tribunal ha seguido lo anterior, presumiendo la constitucionalidad de los actos del legislador democrático, salvo una evidente pugna con nuestra Constitución que resulte imposible de conciliar. Denunciada dicha circunstancia, la carga de argumentar ha de recaer en los requirentes pero, en este caso, sus alegaciones están basadas en comprensiones erróneas del proyecto, afirmando falsedades a su respecto.

La señora Presidenta enuncia que el proyecto de ley no legaliza el aborto libre, sólo despenaliza en tres causas extremas. El articulado del proyecto no puede producir abortos, dado que éstos ya existen en Chile, buscando más bien hacerse cargo de una dramática realidad, dado que la persecución penal no es buen método para evitarlos. Hoy en Chile se practican abortos de manera insegura, afectándose a las mujeres que se encuentran en las tres causales, violando sus derechos fundamentales. Con este proyecto se levanta de forma restringida una prohibición que hoy es absoluta. La legislación actual imposibilita a las mujeres en estas causales a tomar una decisión respecto a su embarazo, imponiendo penas privativas de libertad que van de los quinientos cuarenta y un días a cinco años, según sea el caso.

Agrega que las causales que aprobó el Congreso Nacional no son extrañas en el derecho comparado. Han sido aprobadas en legislaciones de países como Argentina, Colombia, Italia, Polonia, entre otros. Hoy, Chile es uno

de las seis naciones en el mundo que establecen una prohibición absoluta respecto del aborto.

Refiere que la primera causal, riesgo vital de la mujer, no es caprichosa. No es cualquier deseo de la mujer el que busca proteger. Se trata de su deseo de vivir. No es, tampoco, un malestar hipotético o eventual. Es el riesgo vital de la mujer que debe ser comprobado por el médico respectivo. A pesar de lo afirmado por los requirentes en sus libelos, el texto de la ley hoy no permite al aborto bajo ningún caso, ni siquiera para el dramático caso de salvar la vida de la mujer. Es una cuestión de incerteza que provoca perjuicios claros y determinables.

A su turno, argumenta que la segunda causal se hace cargo de que existen patologías que se presentan durante la gestación, a las que la medicina no puede dar solución, diagnosticándose la muerte del feto en un periodo breve o su sobrevivencia por un tiempo mínimo. Son casos de rara ocurrencia, en el orden de dos por mil nacidos. Pero, cuando ocurren, exponen a la mujer a un sufrimiento incomparable a cualquier otro. Hoy, confirmado un diagnóstico de esta naturaleza se obliga a la mujer a vivir un enorme sufrimiento, puesto que debe esperar la muerte del embrión o feto en su vientre. Agrega la señora Presidenta que esta causal, en caso alguno, incluye situaciones en que el feto tiene una malformación significativa no letal, como trisomía 21 o síndrome de Down.

Finalmente, hace presente que la tercera causal norma la situación de violación, acto que implica una vulneración de la integridad física y psíquica de la mujer, un atentado a su dignidad, al derecho a su intimidad, a su autodeterminación sexual, a su libertad. Peor aún, la víctima puede quedar embarazada por dicho crimen, quedando obligada a mantener no sólo la huella

indeleble de la violación, sino también un embarazo forzado. Al constatarse que el Estado falló al impedir la violación, el legislador hoy ha estimado que debe evitarse que el mismo Estado continúe generando un daño al tratar a la mujer como delincuente. Se reconoce que obligarla a mantener ese embarazo es un sacrificio supererogatorio, inexigible a la mujer, adolescente o niña violada, lo que afecta sus derechos fundamentales. El Estado debe siempre cuidarla, jamás criminalizarla. Esta causal debe acreditarse en un tiempo determinado, con criterios técnicos, derivando los antecedentes al Ministerio Público para su investigación.

Finalmente, en este apartado, la señora Presidenta de la República comenta que el proyecto favorece una decisión reflexiva de las mujeres, en que ellas toman la decisión final. La ley es neutral frente a la mujer: no la empuja a interrumpir su embarazo, su voluntad nunca se presume, ella decidirá de manera informada cuando se enfrente a alguna de las tres causales, con derecho a un programa de acompañamiento, sea cual sea su decisión, en un esquema respetuoso de las convicciones morales de todas las personas, regulando quiénes y cómo pueden ser objetores de conciencia.

III. CONFLICTOS CONSTITUCIONALES DENUNCIADOS.

PRIMER CONFLICTO CONSTITUCIONAL.

El legislador habría excedido su competencia, vulnerando el mandato del artículo 19, numeral 1º, inciso segundo, de la Constitución, contraviniendo las bases en que se funda el Estado de Derecho.

La primera vulneración constitucional alegada en ambos libelos incoados, se enmarca en el principio de



juridicidad y el respeto a la supremacía constitucional con que deben actuar los órganos del Estado, que ya fuera recogido en Chile en la Carta de 1833. Comentan que el legislador se encuentra sujeto a la preceptiva constitucional, puesto que su competencia no está limitada sólo por las materias dispuestas en el artículo 63 de la Constitución, sino que debe someter su acción al Texto Supremo, no pudiendo atribuirse una autoridad que no le ha sido conferida. Recuerdan las diputadas y diputados requirentes, conforme lo razonara ya esta Magistratura en 1983, que conforme el artículo 6°, inciso segundo constitucional, los preceptos constitucionales - normas y principios- vinculan de manera directa tanto a las autoridades políticas como a los ciudadanos y son obligatorios para gobernantes y gobernados.

Así, la Constitución va delimitando la competencia legislativa en términos más o menos amplios o estrictos, en diversas materias, según el caso, lo que es una manifestación del principio de supremacía constitucional y, desde allí, del propio Estado de Derecho. Por ello la adecuación debe ser material y no puramente formal.

Agregan que lo anterior debe ser encuadrado en el enunciado del artículo 19 de la Carta Fundamental en torno a tres decisiones fundamentales que tomó el Constituyente: se aseguran los derechos fundamentales que son anteriores al texto mismo de la Constitución, que dependen de la naturaleza en sí del ser humano y no son un acto de otorgamiento del Estado; se habla de personas y no habitantes y, los derechos se aseguran a todas las personas sin distinciones de ninguna especie, cuestión armónica con la definición que recoge el Código Civil y que entrega el propio artículo 1° constitucional que sustituyó en 1999 la palabra hombres por personas.

Así, y en consideración a lo expuesto, se produce el principal conflicto constitucional que alegan las



senadoras y senadores requirentes, a fojas 21 y siguientes de su presentación. El artículo 19, numeral 1°, inciso segundo, de la Carta Fundamental impone al legislador una obligación clara y específica: proteger la vida del que está por nacer. Su accionar está delimitado y debe ser respetuoso y fiel al mandato de proteger al no nacido hasta que nazca. Si no cumple aquello, como sucede con el proyecto de ley objetado, no estará respetando el precepto constitucional que recoge una antigua tradición que encuentra raíces en el Derecho Romano y que fuera tomado por el codificador civil de 1855, en el sentido de que el concebido tiene una existencia independiente de la madre y por ello se le entiende como nacido para ciertos efectos civiles. Las diputadas y diputados requirentes agregan que esta norma recoge la consideración de entender la vida humana como un hecho biológico definido por la ciencia y, como tal, objeto de protección desde su inicio en la concepción, momento desde el cual se está en presencia de un ser humano que reúne todas las calidades y requisitos de tal y desde el cual debe ser considerado persona.

Abundan en señalar que la protección al que está por nacer no emana sólo del artículo 19, numeral 1°, inciso segundo. No es una protección diferenciada y de distinto rango, puesto que la Constitución de 1980 no previó distinción alguna entre los miembros de la especie humana y personas, y tampoco jerarquizó entre los derechos contenidos en ella. Muy por el contrario, el Texto demanda su ponderación y armonización para ser interpretado. Son personas, conforme el enunciado del artículo 19, todos quienes gozan del ejercicio de los derechos, naturales o jurídicas.

Agregan las senadoras y senadores requirentes en la misma idea, que la Constitución recogió la tradición jurídica chilena y de occidente en torno al deber de

protección, que encuentra manifestaciones tan preclaras como la Ley de Libertad de Vientres de 1822. Argumentan que no obstante surgir dudas en el seno de la Comisión asesora del Constituyente, apuntan que resultó inequívoco que la obligación del artículo 19, numeral 1°, inciso segundo, hunde sus raíces en el conocido artículo 75 del Código Civil. Y, si bien hubo observaciones en torno a la admisión de excepciones, se dejó sólo constancia en actas de las mismas. Esta transcripción de la preceptiva civil, agregan los diputados actores, no tuvo por objeto crear una dualidad de protecciones de distinto rango sobre la vida humana, sino sólo establecer el deber del legislador de proteger especialmente la vida del que está por nacer.

Así, en su libelo, los miembros del Senado que accionan, sostienen que es errado sostener que la competencia al legislador, a la luz de la preceptiva de la Carta Fundamental sea amplísima y tan discrecional que justifique la constitucionalidad de las tres causales de desprotección a la vida del que está por nacer configuradas por el proyecto de ley, que no hacen más que legalizar y legitimar el aborto directo. El mínimo negativo que el legislador no puede transgredir ha sido vulnerado con este proyecto, puesto que sólo puede mandar, prohibir o permitir acciones que protejan la existencia vital del no nacido hasta su nacimiento. En caso alguno el legislador chileno puede legislar desprotegiéndolo. Por ello, cuando la Constitución impone a la ley un deber, los órganos competentes, como esta Magistratura, deben constatar el incumplimiento de dicha misión, activando mecanismos de responsabilidad política o constitucional. Así, apuntan las diputadas y los diputados actores, que el inciso segundo del numeral 1° del artículo 19, no sólo debe ser leído en armonía con el inciso primero, sino que además, con la debida fuerza que posee como orden de la propia Constitución Política dirigida al legislador, tampoco está habilitado para



elegir las condiciones de protección, como su alcance, excepciones e incluso el retiro de la protección penal y civil, como ya lo sostuviera esta Magistratura en la sentencia Rol N° 740. Ello es aventurado y se opondría diametralmente a lo dispuesto en el artículo 19, numeral 26° de la Carta Fundamental.

Así, refieren que el proyecto implica un debilitamiento constitucional. En ambos libelos se sostiene que se ha legislado pasando por encima de su texto, a diferencia del año 1989, en que el propio legislador al derogar el artículo 119 del Código Sanitario, cumplió con el mandato de hacer consistente la legislación vigente con el deber que le era constitucionalmente exigido, prohibiendo el aborto directo o provocado, lo que ha tenido diversas manifestaciones legislativas posteriores, como la Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, la Ley sobre Investigación Científica, la Ley Sobre Regulación de la Fertilidad o, el artículo 16 del Código Sanitario, por mencionar algunas, en que se ha brindado protección al que está por nacer en armonía y respeto al texto de la Constitución. A dicho criterio se han plegado también, siempre, la Corte Suprema, la Contraloría General de la República y las Cortes de Apelaciones, ampliando y asegurando la tutela del no nacido.

Incluso, es más, agregan las diputadas y los diputados requirentes que junto a dicha jurisprudencia se debe tener presente lo señalado en el Informe sobre Calificación de Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos y de la Violencia Política que fuera elaborado por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, el que señaló entre las víctimas de violaciones de derechos humanos tanto a las madres como a

los hijos que resultaron muertos a consecuencia de actos cometidos por agentes del Estado.

Unido a lo anterior, argumentan que el legislador carece de competencia para jerarquizar *a priori* derechos fundamentales y bienes constitucionales. La autorización legal y el mandato para poner término a la vida de la madre implican legitimar la posibilidad de que el legislador pueda establecer en los casos previstos la primacía de su decisión deliberada y autónoma por sobre la vida del que está por nacer. No es admisible la posibilidad de que el legislador autorice de manera amplia el sacrificio de un derecho en pos de otro, invocando un bien constitucionalmente legítimo. Así, es inconstitucional afrontar conflictos trágicos o inconmensurables reconociendo abstractamente la superioridad de un derecho y de un bien sobre otro. El proyecto de ley iniciado en mensaje presidencial pretende establecer una jerarquía previa e inamovible entre derechos fundamentales, realizando acciones que no le competen.

Por lo expuesto solicitan que sea acogido dicho capítulo de inconstitucionalidad alegado, en los términos precedentemente enunciados.

Observaciones de S.E. la señora Presidenta de la República al primer conflicto constitucional alegado.

En su traslado, la Jefa de Estado señala que la totalidad de la normativa reprochada se encuentra conforme con la Constitución Política, por lo que insta al rechazo de la presentación que, a este respecto, formulan los requirentes.

Expone que la Constitución distingue al que está por nacer de las personas. Así, el tenor literal del artículo 19 N° 1° lleva a sostener que son las personas quienes

detentan el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. El que está por nacer se encuentra en un estatuto distinto al de la personalidad. Su mención en un inciso diferente indica que se trata de un caso especial. Si bien la protección de derechos corresponde a las personas, no hay incompatibilidad con la posibilidad de establecer deberes de protección.

Agrega que interpretaciones de corte útil o finalista, lógica, sistemática y con respeto a la historia fidedigna de su establecimiento, reafirman lo anterior. El derecho a la vida sólo se reconoce a las personas nacidas y no al que está por nacer.

Argumenta que el deber de protección consagrado en el inciso segundo es, precisamente, un deber, pero no una regla que no pueda ser quebrantada como una obligación. Por ello el legislador en caso alguno se ha extralimitado en sus facultades, adoptando una decisión a través del proyecto de ley hoy discutido en esta sede, dentro de los márgenes de discrecionalidad que la misma Constitución le ha otorgado, en el marco del respeto al Estado de Derecho.

Por ello enuncia que yerran en derecho los requirentes al afirmar que el legislador se ha extralimitado. El sentido del artículo 19, numeral 1°, inciso segundo, es habilitarlo para que decida la forma de protección y realice el ejercicio de ponderación entre este interés u otros intereses o derechos constitucionales. La disposición de la Carta Fundamental es clara en cuanto a que la protección de la vida del que está por nacer es materia de ley y, por tanto, entregada a la discrecionalidad del legislador. Los actores desconocen que éste tiene la posibilidad cierta de desarrollar los mínimos constitucionales sin tener por verdadero que todas las respuestas se encuentran en la Constitución. El proceso deliberativo de elaboración de

las leyes supone necesariamente que existe una solución legislativa compatible con la Carta Fundamental en cada caso. De no ser así, agrega la señora Presidenta, la deliberación política sería inútil.

En dicho contexto, refiere que en un Estado de Derecho Constitucional como el chileno, le corresponde al legislador regular y establecer los límites a los derechos y libertades de las personas. En la ley recae el deber de regular diversas materias, estableciendo normas de carácter general y obligatorio que estatuyan las bases esenciales de un ordenamiento jurídico, de conformidad con el artículo 63, numeral 20 constitucional. La regulación de materias de contenido singular o concreto debe estar expresamente señalada en la Constitución, como excepción a dicha regla general. El proyecto de ley, al modificar disposiciones penales y sanitarias se ajusta, así, al artículo 63 N° 3) de la Carta Fundamental.

Por ello, agrega que el deber de protección debe comprenderse como un mandato de optimización. Su regulación debe comprender el ámbito de todos los derechos fundamentales constitucionales. Tanto el deber de protección del que está por nacer, que no es absoluto, como los demás deberes de protección, integran un todo armónico en nuestra Carta Fundamental que sirve como criterio orientador del actuar de los órganos estatales. Deber de protección no puede significar mandato de penalizar. El Derecho Penal es el último recurso del que se puede valer el Estado.

Comenta que al entregar la Carta Fundamental al legislador la decisión de determinar las medidas que adoptará para hacer efectiva la protección del embrión, implica la cesión a la mujer de la titularidad de un derecho que es indisponible para el legislador en su esencia. Hoy, se deja a la mujer bajo un estatus que la obliga a decidir entre cometer un delito o sufrir una



vulneración forzada a su derecho a la vida, integridad física o psíquica o en su dignidad. Privilegiar la protección del feto por sobre los derechos de la mujer con las herramientas del Derecho Penal es desconocer su calidad de sujeto dotado de dignidad, cuestión contraria a la Constitución.

Agrega que no es ésta la instancia para discutir conforme lo alegan los requirentes, en torno a la opción del legislador por la despenalización. Ello es una cuestión de mérito. La argumentada legalización del aborto que denuncian los actores no es recogida conforme a un contraste constitucional como sería debido, obviando lo que el proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional realmente pretende: asegurar una prestación de salud segura y digna a las mujeres, puesto que la creación de una eximente de responsabilidad penal no las protege, en razón de que, de todas formas, se ven expuestas al paso por el sistema penal en los tres dramáticos casos que configura el proyecto. Los requirentes sostienen una postura radical al invisibilizar a la mujer que, en situaciones de excepción, incluso puede considerarse como tortura.

Comenta que, incluso, considerando al feto como persona, las causales se ajustan a la Carta Fundamental conforme criterios de proporcionalidad. El derecho no puede presumir que las personas tendrán actitudes heroicas en sus vidas. No es dable sostener como correcto el exigir a alguien mantener un embarazo incluso arriesgando su vida o a quien sufrió el trauma de una agresión sexual.

A lo anterior, la señora Presidenta, a diferencia de lo sostenido por los actores de estos autos, afirma que sí existió aborto terapéutico en Chile desde 1931 a 1989, año en que la reforma al Código Sanitario no se basó en la inconstitucionalidad de la norma modificada, siendo



más bien ello fue motivado por cuestiones de mérito, en convicciones morales de parte de la Junta de Gobierno de la época y los autores de diversos informes técnicos. Su constitucionalidad o no, no fue relevante, por lo que es falso lo sostenido por los actores a dicho respecto.

Por ello solicita el rechazo del primer capítulo impugnatorio.

SEGUNDO CONFLICTO CONSTITUCIONAL.

El proyecto produciría profundas discriminaciones arbitrarias, contraviniendo el principio de igualdad ante la ley.

Enuncian los actores que el proyecto de ley carece de la consistencia mínima para alcanzar racionalmente los fines que explícitamente declara. Si su eje fundamental arranca del propósito explícito de proteger armónica y equilibradamente la vida de la mujer, así como la del que está por nacer, no se entiende el modo en que ello se consagra en la normativa propuesta. No logran esos objetivos sino que, más bien, se le traicionan. So pretexto de proteger la vida de la mujer y del que está por nacer, el articulado introduce disposiciones legales que permiten y mandan actos que directamente intentan y causan la muerte de este último.

Así es vulnerado el principio de igualdad consagrado en el artículo 1, numeral 2° constitucional, que proscribe el actuar arbitrario de toda autoridad que ejerza potestades públicas en un Estado de Derecho. Lo mínimo que se le puede exigir al órgano legislativo es que los fines de la regulación sean mínimamente consistentes con lo que propone, cuestión no lograda por el proyecto de ley objetado.

En igual sentido, los diputados que intervienen en estos autos comentan que el proyecto de ley produce una

discriminación arbitraria. El legislador no está habilitado para introducir categorías de personas en que el derecho a la vida e integridad física y psíquica se encuentre atenuado o inexistente. El que dentro del vientre materno se encuentre una persona con una enfermedad aunque sea letal, no es justificación proporcionada para intervenir el derecho fundamental del destinatario de la norma o, la diferencia gestacional que plantea la tercera causal del proyecto, que ni siquiera exige legalmente la concurrencia de un médico, distinción que no tiene justificación razonable ni objetiva. Unido a ello, la autorización sustitutiva del representante legal en el caso de la menor de 14 años establece también una diferencia que no tiene fundamento racional alguno ante una igualdad esencial, como la que existe en el concurso de ambos representantes para el cuidado de los hijos.

Observaciones de S.E. la señora Presidenta de la República, instando por el rechazo de este segundo capítulo de inconstitucionalidad.

Expone la Jefa de Estado que, en caso alguno, el proyecto plantea discriminaciones arbitrarias, conforme alegan los requirentes. Los mandatos constitucionales de protección al embrión o feto y de respeto a los derechos de la mujer evidencian la diferencia que existe entre ambos, quienes se encuentran en situaciones fácticas y jurídicas distintas, lo que no implica desproteger al primero, sino resguardar los derechos de mujeres que en graves casos arriesgan su propia vida.

En la segunda causal ello es patente, agrega la señora Presidenta. Debe acreditarse siempre el carácter letal de la patología que aqueja a los embriones o fetos inviábiles, lo que no puede obviarse bajo ningún respecto, corroborándose por dos médicos especialistas como sucede con la normativa que regula la acreditación de la muerte

cerebral. Así se protege tanto al embrión o feto viable, junto a los derechos de la mujer en el marco de su decisión sobre la forma de sobrellevar el diagnóstico fatal.

Igual cuestión se plantea en la causal de violación. Realidad trágica pero ineludible. Se otorga con el proyecto autonomía a la mujer pero también protegiendo al embrión o feto con una estricta acreditación de la concurrencia de la causal con la intervención de un equipo de salud. Se apoya a las mujeres de manera integral y oportuna.

TERCER CONFLICTO CONSTITUCIONAL.

El articulado del proyecto vulneraría la libertad de conciencia y el derecho a ejercer la profesión médica y, desde allí, transgrediría la garantía esencial de los derechos.

En los libelos acumulados en estos autos, los actores exponen que el nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario, al regular la objeción de conciencia, la limita en el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la primera causal y de no existir otro profesional de la salud no objetor que pueda realizar la intervención, como también si fuera inminente el vencimiento del plazo establecido para la tercera causal.

Por ello, resulta clara la intención del proyecto en orden a procurar el aborto directo, afectando el derecho fundamental a la libertad de conciencia de los profesionales de la salud, garantizado en el artículo 19 N° 6° de la Constitución. Se está forzando, así, a estos profesionales a actuar en contra del juicio verdadero de sus conciencias, arraigado con certeza en sus convicciones más profundas, sean morales o religiosas,

quienes pueden considerar intrínsecamente injusto privar directamente de la vida a un inocente no nacido. Con lo anterior y en necesaria consecuencia, se vulnera su derecho a ejercer la profesión médica conforme a la *lex artis*, garantizado en el artículo 19 N° 16° constitucional. Se reemplaza el juicio del profesional, el que se somete a la voluntad de la mujer y su solicitud de "tratamiento".

Los diputados agregan que la conciencia es el aspecto más íntimo del pensar humano, no regulable por el derecho, al que sólo le corresponde su protección y asegurar que sea libre, incluso de la influencia del propio Estado. La regulación constitucional, en este apartado, permite que la objeción de conciencia encuentre el debido anclaje normativo. El proyecto de ley no respeta esta garantía fundamental, dado que conforme la regulación de su articulado, es llamado a participar en el sistema personal sanitario no profesional y en instancias diversas a la meramente quirúrgica.

Por lo anterior, la vulneración a la libertad de conciencia es socavada en un punto tal en que dicho derecho pierde su contenido esencial, lo que contraviene, también, el artículo 19, numeral 26° de la Constitución.

Observaciones de S.E. la señora Presidenta de la República, solicitando sea desestimado el tercer capítulo de inconstitucionalidad.

Argumenta la señora Presidenta que en caso alguno el proyecto infringe la libertad de conciencia en materia de objeciones. Éste es un derecho subjetivo otorgado por el Estado a una persona natural que le permite excepcionalmente a ésta eximirse de cumplir con una obligación jurídica puesto que el titular del derecho se encontraría en una situación de imposibilidad de



incumplir con dicho imperativo por razones éticas, morales o religiosos.

Agrega que la objeción de conciencia es excepcional, dado que implica una desobediencia tolerada por el Estado a normativa vigente, puesto que la regla general es la obediencia al derecho. Sólo en casos excepcionales puede ser desobedecido por creencias o convicciones morales.

El proyecto consagra que el Estado otorga reconocimiento específico a dicho derecho, reconociendo la importancia que posee la integridad moral y la conciencia de quien dedica su vida a atender pacientes en el marco de una profesión en el área de la salud. Destaca que la finalidad del objetor de conciencia nunca debiera ser la obstaculización del cumplimiento social de la norma legal, sino que "obtener el legítimo respeto a su propia conciencia".

Así, enuncia que el proyecto presupone la existencia de una obligación legal de actuar en un determinado sentido con fundamento en razones religiosas, éticas, morales, axiológicas o de justicia. Es una omisión que no cabe autorizar en una institución, puesto que ello implicaría una inconstitucionalidad flagrante: las personas jurídicas carecen de conciencia, sólo la tienen los individuos. Si una institución pretendiera imponer una serie de principios a quienes cumplen funciones en ella para suscribir o mantener un contrato de trabajo, con ello, infringiría la libertad de trabajo.

Finalmente, hace presente que éste es un mecanismo que permite resolver por vía de excepción los conflictos entre mayorías y minorías que existen en toda sociedad. Se concilia, en este caso, el derecho de las mujeres a acceder a prestaciones de salud legítimas y el derecho a la libertad de conciencia de los profesionales del área de la salud, cediendo cuando existe un bien jurídico superior en juego, como lo es la vida de la madre o la

imposibilidad de que ésta pueda acceder a ejercer al derecho a interrumpir su embarazo producto de una violación, cuando el plazo legal se encuentre inminente de vencimiento.

CUARTO CONFLICTO CONSTITUCIONAL.

El proyecto socavaría las bases de la institucionalidad, en cuanto no respeta el derecho de asociación y autonomía de los cuerpos intermedios. Unido a ello, controvertiría el principio de servicialidad del Estado.

Los disputados requirentes recuerdan que es deber del Estado reconocer y amparar los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad, garantizando su autonomía, deber que se impone no sólo al Estado en su función administrativa, sino que también en su variante de legislador y a todo órgano del Estado en sí, de conformidad con el artículo 1°, inciso tercero y los artículos 6°, incisos primero y segundo y 7°, incisos primero y segundo, de la Carta Fundamental. Así los cuerpos intermedios, concebidos dentro del derecho de las personas jurídicas a gozar de garantías constitucionales, pueden exigir al Estado reconocimiento, amparo y garantía de autonomía, no como mera aspiración programática de la preceptiva constitucional.

Agregan que el proyecto de ley, al transformar el aborto en una prestación médica debida universalmente en todo establecimiento o servicio de salud a la paciente que así lo requiera, no se hace cargo de instituciones cuyo ideario no es compatible con los postulados y prestaciones que refiere el proyecto. Se espera, de acuerdo a su artículo 1° N°1, que todos los servicios de salud practiquen abortos, realicen acompañamiento pero sin procurar influir en que la mujer desista de su decisión de abortar y que su personal, si hay urgencias o



plazos, deba practicar abortos o participar en los mismos, aun siendo objetores de conciencia. Ello, exponen, vulnera la Constitución Política.

Unido a lo anterior, las diputadas y diputados actores alegan que desde el artículo 1°, inciso cuarto constitucional se consagra el deber del Estado de estar al servicio de la persona humana, cuya finalidad es la promoción del bien común. El Estado es un instrumento que sirve al hombre, consagrando su autoridad y superioridad frente a la institucionalidad, pues él la produce. Así, el Estado satisface necesidades complejas que no pueden ser alcanzadas por estructuras sociales más simples como las familias o los cuerpos intermedios. Este deber es fundante de la Constitución, parte de las bases de nuestra institucionalidad y herramienta interpretativa de su articulado.

El proyecto de ley, contrario al principio constitucional, excluye a una categoría de personas del servicio y protección que ha de otorgarles el Estado, menosprecia sus derechos e intereses y propone un decidido modelo al servicio de algunas personas pero no del bien común. No se compadece del servicio que debe otorgar el Estado a quienes están sometidos a la mayor vulnerabilidad.

Observaciones de S.E. la señora Presidenta de la República, instando por el rechazo del cuarto capítulo de inconstitucionalidad.

Comenta que los requirentes olvidan que la libertad de asociación no es una garantía para actuar al margen de la ley. El Estado debe garantizar la autonomía de los cuerpos intermedios en el cumplimiento de sus fines específicos, conforme lo señala el propio Constituyente. Pero la ley puede, acto seguido, establecer restricciones o injerencias en el derecho a la libertad de asociación,

lo que también reconoce el Pacto de San José de Costa Rica.

**IV. ARGUMENTACIONES FINALES DE LAS PARTES EN TORNO
A LA INCIDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN
LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES DE AUTOS.**

**Observaciones de las señoras y señores
parlamentarios requirentes.**

Tanto las señoras y señores senadores actores, como en el libelo incoado por las señoras y señores diputados, se refieren a las alegaciones que se formulan en torno a la sentencia *Artavia Murillo v/s Costa Rica*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Exponen que dicha sentencia no tiene ni puede tener incidencia real en esta controversia constitucional. La obligación internacional que pesa sobre Chile es cumplir sólo con las decisiones de dicha judicatura en que nuestro país ha sido parte y desde la sentencia de esta Magistratura en causa Rol N° 346, su jurisprudencia ha sostenido claramente que los Tratados Internacionales, incluso los de derechos humanos, tienen un rango inferior a la Constitución Política. Incluso, se ha sostenido que no resulta plausible contrastar directamente los preceptos legales que se impugnen en un asunto con los Tratados Internacionales a efectos de sostener su eventual inconstitucionalidad.

A este respecto, las diputadas y diputados requirentes, efectuando un repaso global a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, refiriendo vulneraciones a dichos cuerpos normativos, también anotan que bajo la

jurisprudencia constante y vigente de esta Magistratura, la cuestión de constitucionalidad de autos no puede ser resuelta con referencia directa a ningún tratado de derechos humanos, no consagrando en cuerpo internacional alguno la consideración a un derecho al aborto.

Observaciones de S.E. la señora Presidenta de la República.

La Jefa de Estado expone a este respecto que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no prohíbe la despenalización del aborto en determinados casos; por el contrario, de los Tratados Internacionales que se encuentran vigentes en Chile, así como de la interpretación que han efectuado de su articulados los órganos internacionales competentes para ello, se desprende que sí se permite, cuestión acorde con el respeto a la dignidad de las mujeres.

En dicha consideración, argumenta que ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contemplan al *nasciturus* como titular de derechos. Si bien se discutió aquello en la elaboración de estos instrumentos, se desechó esa opción.

A mayor abundamiento, expone que el Comité de Derechos Humanos, órgano encargado de interpretar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ha instado a diversos países, como Chile, a introducir excepciones a la prohibición absoluta del aborto. El enunciado Comité nunca ha hecho aplicable el derecho a la vida reconocido en el artículo 6° al embrión.

A su turno, la Convención sobre los Derechos del Niño no establece en su artículo 1° que el *nasciturus* sea un niño. El Comité de Derechos del Niño, órgano encargado



de su supervisión, tampoco ha hecho aplicable el derecho a la vida al *nasciturus*.

En el ámbito del sistema interamericano, expone la señora Presidenta, desde el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se admiten excepciones al derecho a la protección de la vida desde la concepción, dada la expresión "y, en general", contenida en la disposición, a efectos de conciliar la posibilidad de que las legislaciones nacionales permitieran el aborto, como sucede hoy en la mayoría de los países miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Por último, en el caso *Artavia Murillo y Otros v/s Costa Rica*, de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el embrión no es persona titular del derecho a la vida en los términos del enunciado artículo 4.1, derecho que no es absoluto, prohibiéndose sólo la privación arbitraria de la vida. Hace presente que, así, se presentan coincidencias con nuestra Constitución, armonizando las obligaciones del Estado chileno con el sistema internacional.

Audiencias públicas y vista de la causa.

Con fechas 16 y 17 de agosto de 2017, en sesiones de Pleno espacialmente convocadas al efecto, se verificaron audiencias públicas, en que diversas organizaciones sociales debidamente representadas, plantearon sus alegaciones respecto al conflicto constitucional sometido a decisión de esta Magistratura, compareciendo conforme al cuadro que se reseña:

ORGANIZACIÓN (ES)	EXPOSITOR (A)
Asociación Fraternidad	Rodrigo Poblete Reyes
MILES Chile	Alejandra Zúñiga Fajuri
Pontificia Universidad Católica de Chile	Juan Agustín Larrain Correa, Patricio Zapata Larrain

Instituto Chileno de Medicina Reproductiva	Jesús Vicent Vásquez
Asociación Nacional de Funcionarias, Funcionarios del Servicio Nacional de la Mujer (ANFUSEM), Agrupación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF), Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y, H. Diputada señora Karla Rubilar	Lidia Casas Becerra
Bancada de Diputados del Partido Socialista	Enrique Aldunate Esquivel
División de las Américas de Humans Rights Watch	José Miguel Vivanco
Organización no Gubernamental Acción Mujer y Madre	Virginia Palma Erpel
Organización no Gubernamental de Desarrollo para la Investigación, Formación y Estudios sobre la Mujer - ISFEM	Raúl Madrid Ramírez
Movimiento para la Abolición del Aborto, Fundación Derecho a la Vida	Rodolfo Carmona
Partido Revolución Democrática	Beatriz Sánchez
Corporación Humanas	Camila Maturana Kesten
Asociación Nacional de Mujeres Rurales Indígenas (ANAMURI A.G.) Asociación Chilena de Protección a la Familia (APROFA)	Cristian Riego Ramirez
Partido Comunista de Chile	Camila Vallejo Dowling
Partido por la Democracia	Fernanda Paloma Gajardo Manríquez
Asociación de Magistradas Chilenas	Nicole Nehme Zalaquett
Instituto de Estudios de la Sociedad (IES)	Claudio Alvarado Rojas
Litigio Estructural en Derechos Humanos (LEASUR)	Ignacio Mujica
Misión Iglesia Bíblica Cristiana	Cristian Arévalo Meynard
Fundación Jaime Guzmán	Máximo Pavez Cantillano
Corporación Círculo Emancipador de Mujeres y Niñas con Discapacidad (CIMUNIDIS), Corporación Opción	Jaime Couso Salas
Fundación Centro de Estudios de la Mujer, Agrupación por los Derechos de la Diversidad Rompiendo el Silencio y, Asociación Gremial de Mujeres Abogadas	Verónica Undurraga
Fundación Salud, vida y acción social - Savia, Corporación de Desarrollo de la Mujer La Morada	Andrea Huneeus
Fundación Instituto de la Mujer	Antonia Biggs
Sindicato Nacional Unitario Interempresa de Trabajadoras y Trabajadores de casa particular y Actividades Afines o Conexas	Rodrigo Gil Ljuvetic
Fundación Iguales	Lucas Sierra Iribarren
Corporación de Apoyo Amnistía Internacional	Tatiana Rein Venegas

Centro de Derechos Reproductivos	Catalina Martínez Coral
Fundación Luis Claro Solar y, El Ministerio Cristiano Valientes de David	Víctor Manuel Avilés Hernández
Asociación de Consumidores y Usuarios Servicio Evangélico para el Desarrollo	Edgardo Sepúlveda
Ministerio Evangélico Águilas de Jesús	Francesca Muñoz
Consejo Evangélico de Lota	Álvaro Ferrer
Universidad Finis Terrae	M. Angélica Benavides Casals
Universidad Los Andes	Raúl Bertelsen Repetto
Corporación Comunidad y Justicia, Fundación Sin Fines de Lucro Coordinadora por la Vida y, ONG Alma Chile	Magdalena Ossandon Widow
Agrupación Social Cultural Deportiva y Artística Águilas de Temuco y, Corporación Construye Sociedad	Masami Yamamoto Cortés
Fundación Chilena para el Síndrome de Down	Alejandro Romero Seguel
Mirada Más Humana.Org	Tatiana Vargas Pinto
Fundación Advocates Chile	Soledad Bertelsen Simonetti
Fundación Educacional San Francisco de Asís	Gonzalo Letelier Widow
Soñando Chile	Ignacio Covarrubias
Fundación de Investigación San Ramón	Elard Koch Cabezas
Fundación Formando Jóvenes	Ian Henríquez Herrera
Corporación Idea País	Antonio Correa Ferrer
Corporación Amigos del Maule por la Vida	Marcela Peredo Rojas
Fundación Matter Filius	Alejandro Miranda Montecinos
Fundación Instituto Res Pública	Jorge Acosta Acosta
Corporación Estadio Nacional Memoria Nacional, Ex Presos Políticos	M. Ángeles Coddou Plaza de los Reyes
Universidad de Chile y, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile	Davor Harasic Yaksic
Confederación Nacional de Funcionarios de Salud Municipal	Luis Cordero Vega
Asociación por las Libertades Públicas	Julián Lopez Masle
Asociación de Familiares de Ejecutados Políticos	Alicia Lira Matus
Proyecto Nasciturus y Niños por la Vida	Francisco Javier Astaburuaga Ossa
Partido Amplitud y, Comité de Senadores del Partido Por la Democracia	Ciro Colombara
Partido Socialista de Chile	Karina Delfino
Fundación La Alameda	Nicolás Godoy
O'Neill Institute for National and Global Health Law	Oscar Cabrera
Instituto Igualdad	Patricia Silva
Fundación Sara Phillippi Izquierdo	Carolina Antimán Echeverría
Asociación Brigada Ramona Parra	Irací Hassler
Fundación Protege, Sociedad de Educación y Salud Austral Limitada, H. Senadora señora Adriana Muñoz, Acción de la Mujer Colectivo de Mujeres, Centro de Acción de la Mujer	Leonardo Estrade Brancoli

Colectivo de Mujeres de Copiapó y, Mujeres Presente	
Movimiento Civil de Padres Objetores Chile OIR-ONG	Roxana Rojas
Iglesia Presbiteriana en América Chile	Walter Vera Garrido
Fundación Roma	Julio Alvear
Fundación Vive la Fe	Marcela Aranda
Centro Cultural La Puerta de Villa Alemana	John Vera Aros
Centro de Integración Cultural El Taller del Maestro	Exequiel González Sepúlveda
Centro de Desarrollo de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo	José Manuel Díaz de Valdés
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso	Manuel Núñez Poblete
Fundación HeartCoin	Benajmín Lagos Cárdenas
Paraguas ONG	Felipe Langue
Fundación Hospital Parroquial de San Bernardo y, Fundación Música, Historia y Patrimonio Fundación Sin Fines de Lucro	Enrique Oyarzún Ebensperguer
Instituto Libertad	Manuel José Monckeberg
Iglesia Evangélica Misionera Emanuel, Iglesia de Dios Pentecostal e, Iglesia Evangélica Pentecostés	Jonathan Bastías Díaz
Fundación Chile Siempre	Hernán Corral Talciani
Centro de Ayuda a la Mujer Embarazada	Gian Franco Rosso Elorriaga
Psifam Limitada y, Agrupación Ayuda Social Encuentro y Agrupación Comunitaria, Fundación Música, Historia y Patrimonio Fundación Sin Fines de Lucro	María Francisca Decebal-Cuza
Fundación Corre Conmigo	Horacio Figueroa Diesel
Centro de Estudios de la Federación de Estudiantes de la Universidad de Chile	Javiera Cabello Robertson
Partido Progresista	Andrea Condemarín
Universidad Católica del Maule, Iglesia Evangélica El Buen Samaritano, Porta Vitae y, Servicios Médicos y Culturales Limitada	Jorge Becker Valdivieso
Escuela de Empoderamiento Amanda Labarca	Cristina Gómez
Fundación Chile Unido	Francisco Balart
Iglesia Encuentro de Dios e Iglesia Evangélica Cristiana Pentecostés	Francisco Rivera
Fundación Ciudadano Austral	Cecilia Goity Falconi
Confederación de Estudiantes de Chile	Sandra Beltrami Montero
UNAPAC, Fundación Dos Pilares	Carmen Domínguez
Fundación Influyamos	José Antonio Kast
La Iglesia de Dios y, Consejo Evangélico de Talca	Antaris Varela Compagnon
La Iglesia Cristiana Pentecostal Getsemaní y, La Misión Internacional Pentecostal Visión de Cristo	Misael Ocares Lonconao

Unión de Pastores de Iglesias Evangélicas de Pencolirquén	Yanina Contreras Álvarez
La Misión Evangélica Iglesias Cristianas	Gabriel Fuentealba Beltrán
La Iglesia Revelación de Jesucristo Misionera	Tomás Henríquez
ONG CES	Cristina Rosales
Fundación Chile 21	Fernando Atria Lemaitre
Organización Comunitaria Funcional "Defensoría del Nasciturus"	Gabriel Gutiérrez Bustamante y José Tomás Arteaga
Colegio de Matronas y Matrones de Chile A.G.	Marcela Riquelme Aliaga
Fundación Protege	Catalina Valenzuela Maureira
Congregación Evangelista Pentecostal Tiempos de Cosecha	Carlos Javier Soto Chacón

Concluida la tramitación de la causa, ésta fue decretada en relación con fecha 17 de agosto de 2017, efectuándose la vista de estilo el día 18 del mismo mes y año, alegando por las señoras y señores senadores requirentes los abogados don Miguel Ángel Fernández González y don Rodrigo Díaz de Valdés Balbontín; por las señoras y señores diputados requirentes, la abogada doña Ángela Vivanco Martínez; por el señor Presidente de la H. Cámara de Diputados, el abogado don Francisco Zúñiga Urbina; y, por S.E. la señora Presidenta de la República, el abogado don Alfredo Etcheberry Orthusteguy, adoptándose acuerdo el día 21 de agosto de 2017, conforme se certificó a fojas 1154 de estos autos.

Y CONSIDERANDO:

I. LOS CONFLICTOS DE CONSTITUCIONALIDAD SOMETIDOS AL CONTROL DE ESTA MAGISTRATURA.

PRIMERO. Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, numeral 3° de la Constitución Política de República, es atribución de este Tribunal "resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación



de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso";

SEGUNDO. Que, asimismo, en base a lo establecido en el inciso cuarto del recién enunciado precepto constitucional, "el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación";

II. ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA.

TERCERO. Que el Tribunal rechazará las impugnaciones efectuadas al artículo 1°, numeral 1°, que sustituye el artículo 119 del Código Sanitario; artículo 1°, numeral 2°, que incorpora un nuevo artículo 119 bis al Código Sanitario; artículo 1°, numeral 3°, incisos primero, salvo la voz "profesional" y la expresión "en ningún caso"; segundo; y, tercero, con excepción de la frase "Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119.", que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario; artículo 1°, numeral 4°, que introduce un nuevo artículo 119 quáter al Código Sanitario; artículo 2°, que reemplaza el artículo 344 del Código Penal; artículo 3° del proyecto de ley, que introduce modificaciones al artículo 13 bis, inciso primero, de la Ley N° 19.451; y, al artículo transitorio, todos del proyecto de ley recaído en el Boletín N° 9895-11.



CUARTO. A su turno, el Tribunal Constitucional **acogerá parcialmente** la impugnación planteada por los requirentes, en lo concerniente al **artículo 1º, numeral 3º, incisos primero, en la voz "profesional" y la expresión "en ningún caso"; y, tercero, respecto de la frase "Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119."**, del proyecto de ley, preceptiva que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario y será declarada, en dicho sentido, como contraria a la Constitución Política.

CAPÍTULO PRIMERO.

DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN TRES CAUSALES.

I. LA IMPUGNACIÓN.

QUINTO. Que, mediante requerimientos de inconstitucionalidad, presentados por un grupo de senadores y diputados, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dichas Corporaciones y que fueron acumulados por resolución de esta magistratura, se impugnó, en esta sede, distintas disposiciones del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (Boletín N° 9895-11);

SEXTO. Que, con distintos argumentos, los requirentes objetan dicho proyecto de ley. En primer lugar, sostienen que vulnera la vida del que está por nacer, toda vez que permite el aborto en tres causales. La protección constitucional al que está por nacer impide cualquier tipo de regulación que tienda a desproteger al embrión o al feto, por la vía de levantar la tipificación o la sanción penal. El aborto termina con la vida de un



ser humano inocente en gestación, de un modo irreparable e irreversible. La competencia del legislador es para conservar la vida; no puede contravenir esa finalidad. El proyecto establece una jerarquía de derechos a favor de la madre, impidiendo dar la debida protección al que está por nacer.

En segundo lugar, se objetan las tres causales que el proyecto establece.

Respecto de la primera, es decir, el riesgo vital que ponga en peligro la vida de la mujer, se sostiene que permite un aborto directo, en circunstancias en que la Constitución tolera sólo el aborto indirecto. Es decir, el que no tiene la intención de matar al embrión o feto. Enseguida, sostiene que la causal es innecesaria, porque el actual art. 119 del Código Sanitario permite el aborto indirecto. Asimismo, consideran que la causal que la hace procedente ("riesgo vital"), es ambigua. También, reprochan que la causal se haga operativa mediante la intervención de un solo doctor, y no de dos o más, o de un equipo médico.

Respecto de la segunda causal, es decir la que autoriza el aborto cuando el embrión o feto padezca una patología congénita de carácter letal, se afirma que es difícil de diagnosticar. También, que el que está por nacer no puede ganar o perder derechos de acuerdo a su estado de salud. Asimismo, hay un riesgo para la salud de la madre, toda vez que este aborto no tiene plazo; y entre más edad gestacional tenga el feto, mayor riesgo para ella. Del mismo modo, no repara el efecto psicológico en las madres que el aborto produce, afectando su integridad física y psíquica, que le garantiza la Constitución. Además, se sostiene, que dos doctores para certificar la causal no es suficiente, dado que en la muerte encefálica se exige un equipo de médicos y certificación unánime e inequívoca. Finalmente, se



reprocha que no hay acuerdo entre los especialistas respecto al listado de enfermedades que se encuentra en esta causal.

En relación a la tercera causal, es decir, el que sea resultado de una violación, se sostiene que medicamente no se justifica porque estamos frente a una mujer sana, y un feto sano. Por lo mismo, es un asesinato. Enseguida, se sostiene que el alivio al trauma de la violación no es el aborto; por lo mismo, hay un efecto negativo en la salud de la mujer, que afecta su integridad física y psíquica. También, se reprocha que hay un riesgo para la mujer. Por otro lado, se cuestiona el que no se tomen los resguardos adecuados para acreditar la violación. De ahí que se permite darla por establecida para tomar decisiones que comprometen la vida del que está por nacer. Finalmente, el acompañamiento del proyecto a la mujer que tiene que decidir, no es obligatorio; y no es un acompañamiento disuasivo.

En tercer lugar, se reprocha la objeción de conciencia que regula el proyecto. Por una parte, se cuestiona que la objeción solo sea posible respecto de personas naturales y no de personas jurídicas. Por la otra, se impugna el que el profesional que la invoque no pueda hacerlo en el caso de una atención médica inmediata e impostergable; y el que no abarque todo el equipo que interviene en la situación. En ambos casos, se afecta el principio de igualdad ante la ley y la libertad de conciencia que consagra nuestra Constitución.

En cuarto lugar, se objetan varias desigualdades ante la ley. Por de pronto, el distingo de edad en las causales, al establecerse un marco distinto según la mujer se encuentre en los siguientes rangos de edad: menos de catorce años; más de catorce años y menos de dieciocho; y mayor de dieciocho años. Enseguida, se cuestiona las distintas formas de acreditación de las



causales. En una se exige, un doctor; en otra se exige dos; y, en la tercera, se exige un equipo médico. También se objeta la forma en que los padres o representantes legales participan en el proceso. Finalmente, se objeta que el acompañamiento sea protector de la vida del que está por nacer, sólo cuando la mujer decide continuar su embarazo; y, en cambio, no es lo suficientemente protector cuando desea interrumpirlo, dejando en indefensión al nasciturus;

II. CONSIDERACIONES PREVIAS.

SÉPTIMO. Que, no se nos escapa lo complejo del tema que estamos resolviendo. No hay país en el mundo, donde este tema no haya generado profundas diferencias.

El presente requerimiento afecta profundas convicciones, porque se trata de decidir sobre la manera en que se protege la vida del que está por nacer y la manera en que se amparan los derechos de la mujer. La sociedad espera que nuestra decisión sea una interpretación fiel del texto constitucional.

Pero no podemos evadir la decisión. Sabemos que hay posiciones religiosas, valóricas y morales involucradas. Sin embargo, no vamos a decidir desde la óptica de la religión, de la moral, de la política, sino que desde la perspectiva de la Constitución. Somos un Tribunal de Derecho y conforme a ello decidiremos.

Nosotros tenemos nuestras convicciones personales, pero no podemos decidir conforme a ellas. Se nos exige actuar como Órgano del Estado, en una decisión que afectará más allá de las creencias y reglas morales que cada uno tenga.

Comprendemos la posición legítima que tienen ciertas personas contrarias al aborto, para quienes este no puede



ser aceptado nunca por el Estado. Algunos, incluso han hecho de esto, una causa justa en su vida.

Pero este no es un debate entre buenos y malos, entre pecadores y justos, entre personas con y sin escrúpulos. Entre personas religiosas y otras que no lo son.

No podemos interpretar la Constitución conforme a esos parámetros;

OCTAVO. Que, por otra parte, no vamos a decidir si hay aborto en nuestro país. Esa es una decisión que tomó el Congreso Nacional. Vamos a revisar si ésta decisión del legislador se enmarca dentro de los márgenes permitidos por la Constitución.

Tampoco nos vamos a pronunciar sobre el aborto en general. Lo hacemos sobre este proyecto de ley en particular.

Asimismo, no resolvemos todas las objeciones que pueden existir sobre el aborto. Sólo nos hacemos cargo de aquellas que se formularon en el requerimiento, y en los términos que ahí se indicaron;

NOVENO. Que, el Tribunal Constitucional tiene plena legitimidad para decidir, por cuatro razones fundamentales.

En primer lugar, porque todos debemos respetar la Constitución. El Congreso Nacional también.

En segundo lugar, porque esa es la atribución que la Constitución le dio al Tribunal Constitucional. La misma norma que establece que el Congreso Nacional legisla, le da este rol al Tribunal Constitucional.

En tercer lugar, porque hemos sido requeridos para pronunciarnos por quien tiene la legitimidad que le otorga el ordenamiento jurídico para hacerlo. Nosotros no



conocemos esta materia de oficio, sino a petición de un grupo de parlamentarios.

Finalmente, porque la Constitución le encargó justamente a la ley proteger la vida del que está por nacer. Este Tribunal tiene que verificar, entonces, que ese encargo esté dentro de los límites que la Constitución establece;

III. AQUELLO SOBRE LO CUAL NO NOS VAMOS A PRONUNCIAR

DÉCIMO. Que, en el requerimiento se formulan una serie de argumentaciones que exceden lo que esta Magistratura puede resolver en esta oportunidad, porque van más allá de sus atribuciones.

En primer lugar, no vamos a tratar el estatuto ontológico del nasciturus. Sabemos que el concepto de persona puede tener diversos alcances, acorde a las áreas desde la cual se aborde. Así las cosas, la persona no será lo mismo para la metafísica, la religión, la ciencia, la antropología, etc. No obstante, aquí nos referiremos al concepto jurídico, que es el que está reconocido en nuestra Carta Fundamental.

En segundo lugar, no vamos a realizar juicios de rectitud moral de las personas que eventualmente puedan someterse a un aborto.

En tercer lugar, no vamos a analizar si en este caso se despenalizan o legalizan las conductas que se encuadran dentro de las tres causales establecidas en el proyecto de ley. No es relevante aquello para efectos constitucionales.

En cuarto lugar, no examinaremos la forma en que afectan a Chile las sentencias de Tribunales Internacionales, ni las Declaraciones formuladas por Comités creados por ciertos Tratados Internacionales.

Estos asuntos están lejos de la controversia medular que debe resolver esta Magistratura.

En quinto lugar, no examinaremos alegaciones de mérito o conveniencia, como las críticas a la regulación o a la manera que el legislador normó ciertas situaciones.

IV. ANTECEDENTES.

DECIMOPRIMERO. Que, para un adecuado análisis de nuestra decisión, es necesario consignar ciertos antecedentes relativos a cuatro aspectos: la regulación del aborto que contiene el proyecto; la regulación histórica del aborto en nuestro país; la regulación en el derecho comparado, y la manera en que los Tribunales de otros países han resuelto la legalización del aborto;

1. El proyecto.

DECIMOSEGUNDO. Que, el proyecto de ley, en lo sustancial, modifica dos cuerpos legales. Por una parte, el Código Sanitario, introduciendo cuatro nuevas regulaciones (nuevos artículos 119, 119 bis, 119 ter y 119 quáter). Por la otra, el Código Penal, regulando de nuevo el tipo penal base del aborto (artículo 344).

En cuanto a su contenido, en primer lugar, mantiene como delito el aborto. En efecto, el nuevo artículo 344 establece que "la mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause..."

En segundo lugar, los casos permitidos por la ley, en que mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción del embarazo por un médico cirujano, son tres: riesgo vital de la mujer; patología congénita del embrión o feto de carácter letal, incompatible con la



vida extrauterina independiente; y si el embarazo es producto de una violación.

En las primeras dos causales, no hay plazo para dicha interrupción autorizada. En el caso de la causal de violación, el proyecto hace un distingo. De un lado, si la mujer embarazada es una niña menor de catorce años, la interrupción sólo puede realizarse si no han transcurrido más de catorce semanas de gestación. Del otro, en el caso de una mujer mayor de dicha edad la interrupción procede siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación.

En cualquiera de las causales, la mujer debe manifestar su voluntad de forma expresa, previa y por escrito.

En tercer lugar, la ley exige que la interrupción del embarazo en las causales autorizadas, conlleven la autorización de médicos cirujanos. En el caso de la primera causal, se requiere el respectivo diagnóstico médico de un facultativo. Respecto de la segunda causal, debe contar con dos diagnósticos médicos en igual sentido de médicos especialistas. En el caso de la tercera causal, debe existir la intervención de un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos, encargado de confirmar la ocurrencia de los hechos y la edad gestacional.

En cualquier caso, el diagnóstico debe contar por escrito, y realizarse en forma previa, y respetar el principio de confidencialidad en la relación médico-paciente.

El cuarto aspecto del proyecto, es la regulación del acompañamiento y de la información

El proyecto establece que los prestadores de salud, deben informar a la mujer las características de la prestación médica, las alternativas a la interrupción del

embarazo, y los programas de apoyo social, económico y de adopción disponibles. Dicha información tiene ciertas características: debe ser completa; objetiva; no puede estar destinada a influir sobre la voluntad de la mujer; no puede significar coacción de ningún tipo; y debe asegurarse que la mujer comprenda todas las alternativas antes que el procedimiento de aborto se lleve a cabo.

El proyecto, por otra parte, establece la posibilidad de que la decisión de la mujer lleve una asesoría, tanto si decide abortar, como si resuelve continuar con el embarazo. Dicho acompañamiento es previo y posterior a la decisión; es voluntario; personalizado; respetuoso de la libre decisión de la mujer; opera en cualquiera de las tres causales; y lo pueden ofrecer también instituciones privadas. Comprende la acogida, el apoyo biopsicosocial, y redes de apoyo. En todo caso, la mujer elige la entidad y el programa. Y puede reclamar por malas prestaciones y por discriminación.

En quinto lugar, el proyecto regula la forma de intervención de los padres o representantes legales, cuando la mujer sea menor de edad. Para estos efectos, hace un distinguo, según si la mujer sea menor o mayor de catorce años.

Si la mujer es menor de catorce años, además de su voluntad para la interrupción del embarazo, debe contar con la autorización de su representante legal. Si tuviere más de uno, ella podrá elegir. Si el representante legal no es habido o niega su autorización, la mujer, asistida por un integrante del equipo de salud, puede solicitar la intervención del juez, para que este, sin forma de juicio y verbalmente, resuelva. El procedimiento judicial es reservado, no es admitida posición alguna de terceros, distintos al representante legal que negó la autorización, y solo la resolución que deniegue la autorización es apelable.

Si, en cambio, la mujer es mayor de catorce años y menor de dieciocho, solo debe informar a su representante legal.

No obstante, cuando a juicio de los médicos la autorización o información al representante legal, genere riesgo grave de maltrato físico, psíquico, coacción, abandono, desarraigo, u otras acciones u omisiones que vulneran su integridad, se prescinde de la autorización o comunicación. Como mecanismo sustitutivo, en el caso de la autorización, se debe recurrir directamente al juez. En el caso de la información, se debe informar al adulto o familiar que la adolescente indique; y si no hay, al adulto responsable que ella señale.

En sexto lugar, el proyecto regula la objeción de conciencia. Esta beneficia al médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo, por alguna de las causales ya señaladas, y al equipo profesional que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención.

La objeción de conciencia permite, a quien le invoque, abstenerse de intervenir. Esta objeción debe manifestarse por escrito al Director del establecimiento y en forma previa. El establecimiento debe reasignar de inmediato otro profesional no objetante, para que se haga cargo de la paciente. Si no cuenta con ningún facultativo, debe derivarla de forma inmediata a otro centro médico.

La objeción de conciencia tiene dos características. Por una parte, es de carácter personal, en ningún caso puede ser invocada por una institución. Por la otra, si la mujer requiere de una atención médica inmediata e impostergable por riesgo vital, la objeción no opera si no existe otro médico cirujano que pueda realizar la intervención. Tampoco opera la objeción si es inminente

el vencimiento del plazo máximo para realizar la interrupción del embarazo en el caso de violación;

2. Regulación histórica.

DECIMOTERCERO. Que, un segundo antecedente necesario de consignar, es la regulación histórica del aborto.

En nuestro país, la regulación penal del aborto ha pasado por distintas etapas.

La primera, transcurre entre 1875 a 1931. Se distingue porque el aborto es penado y no tiene ningún tipo de excepción. No obstante la ley penal exigía dolo directo para su comisión, al utilizar la expresión "maliciosamente".

La segunda etapa transcurre entre 1931 y 1989. En 1931, por el D.F.L N° 226, se introduce el aborto con fines terapéuticos. Este se reguló con posterioridad en el D.F.L N° 725 de 1967. Este último cuerpo legal exigió la opinión documentada de dos médicos cirujanos. El D.F.L n° 226, en cambio, exigía la opinión de tres facultativos.

La tercera etapa se abre en 1989. Ese año la Junta de Gobierno dictó la ley N° 18.826. Esta dispuso que "no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto". Esta es la norma que el proyecto reemplaza;

3. Regulación en el derecho comparado y en los Tratados Internacionales

DECIMOCUARTO. Que, un tercer antecedente es la regulación legal del aborto en otros países y la regulación del derecho a la vida en las Constituciones y Tratados Internacionales.

En el derecho comparado, las leyes que permiten el aborto son relativamente nuevas. Comenzaron en la década

que se inició en 1970. En la actualidad son muy pocos los países con prohibición absoluta del aborto.

Los países tienen dos modelos de regulación. Por una parte, están los países con aborto libre, es decir, sin causales que lo justifiquen. Algunos establecen plazos; y otros no. Por la otra, están los países que establecen causales o indicaciones para su procedencia. Algunas deben ser probadas judicialmente y otras no.

Las causales que establecen las distintas legislaciones son de distinto tipo. Así se contempla el aborto terapéutico, el eugenésico, el ético, el por indicación social o de emergencia;

DECIMOQUINTO. Que, respecto del marco constitucional, los países no establecen una referencia explícita al aborto. Sin embargo, regulan el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de la persona.

Algunos establecen el derecho a tomar decisiones respecto a la reproducción y el derecho a la seguridad y el control sobre su cuerpo (Sudáfrica, artículo 12).

Otras pocas constituciones se refieren al no nacido. En Latinoamérica, lo hace la Constitución del Perú ("el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece", artículo 2); Honduras ("al que está por nacer se le considera nacido, para todo lo que le favorezca dentro de los límites establecidos por la ley, artículo 67); Paraguay ("el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción", artículo 4). Algunas Constituciones dan un paso más en esta línea. Así, Guatemala ("El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción", artículo 3), y República Dominicana ("El derecho a la vida es inviolable desde la concepción hasta la muerte", artículo 37);

DECIMOSEXTO. Que, en materia de Tratados Internacionales generales, suscritos y ratificados por Chile, cabe destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo tercero establece que "todo individuo tiene derecho a la vida". Enseguida, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, cuyo artículo cuarto dispone que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo sexto que "el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente";

4. Sentencias de otros países.

DECIMOSEPTIMO. Que, un último antecedente a considerar antes de iniciar nuestro razonamiento, son las sentencias que han dictado organismos jurisdiccionales de otros países al momento de pronunciarse sobre objeciones de constitucionalidad a proyectos o leyes de aborto.

Lo primero que se observa es cierta periodificación u oleadas de sentencias.

El primer período comienza en 1973, en Estados Unidos; y sigue en Europa con sentencias en Alemania, Italia y Francia, en 1975.

El segundo período está ubicado en la década de 1980. Aquí encontramos sentencias de Portugal (1984), España (1985) y Canadá (1988).

Después vienen las sentencias de 1990. Aquí se ubica Hungría (1991), Irlanda (1992) y Polonia (1996).

Finalmente, están todas las sentencias del siglo XXI. Aquí se ubican las sentencias de Colombia (2010), México (2007), Eslovaquia (2007);

DECIMOCTAVO. Que lo segundo a analizar, son las diversas formas en que las sentencias consideran al que está por nacer.

La gran mayoría de los países no le reconocen derecho a la vida. Así están las sentencias que lo consideran un interés. En Estados Unidos, en 1973, se le consideró un interés legítimo que el Estado puede proteger. En la sentencia del Tribunal italiano en 1975, se le consideró como interés constitucionalmente protegido. En España, se le consideró un bien jurídico protegido.

También están las sentencias que lo han considerado como un valor (Colombia, 2006); un valor fundamental (Eslovenia, 2007); un valor objetivo (Portugal, 2010)

No obstante, algunos países han fallado reconociéndole ese derecho. Por ejemplo, Alemania (1975) e Irlanda (1992);

DECIMONOVENO. Que un tercer aspecto a analizar, es la forma en que estas sentencias han resuelto la compatibilidad del aborto con sus respectivas Constituciones. Para ello, han utilizado distintos criterios. En primer lugar, destaca Estados Unidos. La Corte Suprema de ese país ha utilizado tres argumentos para sostener la legitimidad del aborto. El primero es la privacidad de la mujer (*Roe v. Wade*, 1973); el segundo, es el de la viabilidad del feto (*Roe v. Wade*, 1973); y el tercero, es el de la carga inmerecida o indebida (*Planned Parenthood v. Casey*, 1992).

Otro estándar utilizado por los Tribunales, es la inexigibilidad. No se le puede exigir a la mujer más allá de lo razonable. Este criterio fue utilizado por el



Tribunal Alemán, en su sentencia del año 1975, sobre el aborto. Los intereses personalísimos de la mujer embarazada pueden tener tanto peso o relevancia, que hagan inexigible la prohibición de causar aborto. El Tribunal de Portugal el año 1984, también utilizó el mismo estándar al sostener que no se le puede exigir a la mujer sacrificar intereses constitucionalmente protegidos.

El Tribunal alemán, en 1975, también estableció el estándar de la coacción extrema de la vía penal; esta debe ser *ultima ratio*.

Otro estándar es si había una obligación al legislador a establecer una prohibición penal. El Tribunal alemán, en la sentencia de 1993, estableció que el legislador puede no criminalizar aquel aborto que no está constitucionalmente justificado. El Tribunal de Portugal, en 1984, dijo que no existía en la Constitución un mandato de criminalización. Lo mismo estableció la sentencia de México del año 2007.

Se ha establecido también como criterio, la protección incremental del embrión y feto. El interés del Estado predomina sobre el de la mujer, en la medida en que avanzan los meses de gestación y el feto se hace compatible con la vida extrauterina independiente. Mientras los primeros meses se considera una unidad, la madre y el feto; en las siguientes es considerado una dualidad. Esto lo establece el Tribunal alemán en 1993, el Tribunal esloveno en el año 2007, y el Tribunal portugués en su sentencia del 2010. Este último Tribunal sostuvo además, que a medida que la gestación avanza también progresa la realidad existencial del feto.

En el mismo sentido, se expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, del año 2012. La Corte sostuvo que la protección del que está por nacer no es

absoluta, sino que gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional.

Por otro lado, se ha utilizado el criterio de proporcionalidad. El Tribunal Alemán sostuvo, en 1975 que en algunos casos extremos, puede estar prohibido imponer la carga a la mujer de mantener el embarazo. En el mismo sentido, el Tribunal de Portugal, sostuvo que no se le podía exigir a la mujer sacrificar intereses constitucionalmente protegidos. El Tribunal de Eslovaquia, el 2007 afirmó que en algunas situaciones, continuar con el embarazo a todo evento no era una obligación que imponía la Constitución. El Tribunal colombiano, en el 2006, sostuvo que la penalización en toda circunstancia implica la completa preeminencia y el consiguiente sacrificio de los derechos de la mujer embarazada.

Finalmente, como otra variante de la proporcionalidad, el Tribunal esloveno (2007), estableció la idoneidad de las medidas legales para la protección del que está por nacer sobre la base de un distingo: medidas que deben hacerse a través de la mujer; y otras en contra de su autonomía decisional;

V. LOS PRECEDENTES

VIGÉSIMO. Que, por otra parte, es necesario referirse a las sentencias que esta Magistratura ha dictado con anterioridad y que tiene que ver con la materia que debemos resolver en estos autos, es decir, con el derecho a la vida.

La primera de estas sentencias es la STC 220/1995, sobre la muerte encefálica. Esta sentencia se dictó luego de la impugnación que un grupo de parlamentarios hizo al



proyecto de ley de la donación de órganos, donde se regulaba la muerte encefálica.

La norma se impugnó porque permitía que se certificara unánime e inequívocamente por un equipo médico, la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, para declarar muerta a una persona y proceder a la extracción de sus órganos. Por lo mismo, se sostuvo, violaba el derecho a la vida del paciente.

El Tribunal rechazó el requerimiento. Sostuvo, en primer lugar, que definir la muerte es un asunto del legislador. Por lo mismo, era legítimo que la ley así lo hiciera. Enseguida, sostuvo que la Constitución regula la vida desde el nacimiento y durante la existencia de la persona, la que termina con su muerte natural. Con la muerte, agregó, se deja de ser persona. Finalmente, estableció que en este caso el proyecto permitía declarar la muerte de una persona por la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, certificadas por un equipo médico. Esa es una muerte definitiva e inequívoca;

VIGESIMOPRIMERO. Que, la otra sentencia importante es la STC 740/2007. En esta, se discutió la regulación vía decreto supremo de la denominada píldora del día después.

El Tribunal resolvió a raíz de un requerimiento que le presentaron un grupo de parlamentarios.

El Tribunal acogió el requerimiento. En lo que aquí interesa, sostuvo que el que está por nacer es una persona. En cuanto a sujeto de derecho, por una parte, cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo. Por la otra, es un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre. Es un ser único e irrepetible. El que está por nacer, agregó el Tribunal, tiene dignidad, no puede ser subsumido en otra entidad y no puede ser manipulado. Y que la

protección constitucional de la persona se inicia desde el momento mismo de la concepción;

VIGESIMOSEGUNDO. Que, esta sentencia afirma, además, en primer lugar, que el estatuto constitucional se construye sobre la base del reconocimiento de la persona como sujeto de derecho y como titular de derechos. Dicha persona tiene como características el que es libre e igual en dignidad y derechos; el de su sociabilidad y que tiene materia y espíritu. En segundo lugar, que al ser el que está por nacer persona y, por tanto, sujeto de derecho, se le debe proteger porque tiene derecho a la vida y no sólo goza de una protección del bien jurídico de la vida;

VIGESIMOTERCERO. Que, como se observa, existen diferencias entre ambos fallos. En primer lugar, el rol del legislador. En el fallo de la muerte encefálica, definir cuándo termina la vida humana es algo que puede hacer el legislador, no comprometiendo con ello el derecho a la vida. El legislador tiene plena capacidad para normar situaciones vinculadas a la vida y la muerte de las personas, como tradicionalmente lo ha hecho. En la sentencia de la píldora del día después, en cambio, el Tribunal sostiene que la Constitución toma una opción respecto del no nacido, de modo que el legislador no puede modificar o intervenir. En segundo lugar, mientras en el fallo de muerte encefálica se sostiene que, de acuerdo a la Constitución, la vida comienza desde el nacimiento y termina con su muerte, en el fallo de la píldora del día después, se sostiene que esta comienza con la concepción;

VIGESIMOCUARTO. Que, como se aprecia, el Tribunal tiene dos doctrinas que no dialogan entre sí. La discrepancia principal tiene que ver con el rol de legislador. El punto es central por lo que dispone el



artículo 19 N° 1, inciso segundo, en el sentido que la ley debe proteger la vida del que está por nacer.

Además, hay que considerar que después de la sentencia de la píldora del día después, el legislador abordó la materia en la Ley N° 20.418, el año 2010. En esta ley, estableció el derecho de toda persona a elegir libremente, sin coacción de ninguna clase, y de acuerdo a sus creencias o formación, los métodos de regulación de la fertilidad que cuenten con la debida autorización y acceder efectivamente a ellos. Del mismo modo, estableció la obligación de los órganos de la administración del Estado de poner a disposición de la población los métodos anticonceptivos que cuenten con la debida autorización, como parte de la política pública en materia de regulación de la fertilidad.

Dicha ley también dispuso que no se consideran anticonceptivos ni son parte de la política pública señalada aquellos métodos cuyo objetivo sea provocar un aborto.

A raíz de ello, en la actualidad, la píldora del día después es parte de los anticonceptivos que distribuye el Estado y que se comercializan en materia de regulación de la fertilidad;

VIGESIMOQUINTO. Que, por lo mismo, esta es la oportunidad de resolver estas discrepancias interpretativas, tal como lo veremos más adelante;

VI. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

VIGESIMOSEXTO. Que, a continuación, nos parece relevante sentar algunos criterios interpretativos que guiarán nuestro razonamiento.

En primer lugar, la corrección funcional. El presente proyecto de ley fue requerido una vez terminada la tramitación legislativa, no obstante que puede ser



impugnado desde que se da cuenta del Mensaje hasta cinco días de después de despachado por el Congreso Nacional. El requerimiento se formuló en uno de sus extremos.

El Congreso Nacional es la entidad llamada a establecer los marcos jurídicos que regulan nuestra sociedad. De acuerdo al artículo 63, N° 3 de la Constitución, es materia de ley todas aquellas que sean objeto de codificación. En este caso, el proyecto de ley impugnado aborda la modificación de dos Códigos: el Código Penal y el Código Sanitario. En tal sentido, el proyecto aborda una materia propia de ley. Por lo mismo, aprobarlas, modificarlas o derogarlas (artículo 66), está dentro del ámbito del Congreso, a quien le corresponde concurrir a la formación de las leyes (artículo 46).

Al ser una materia de ley la que se está abordando, el legislador tiene un ámbito de discrecionalidad inherente a las regulaciones. Es a los parlamentarios, junto con el Ejecutivo como colegislador, a quien corresponde apreciar la manera en que se busca solucionar un determinado problema en la sociedad. Las soluciones que pudieran considerarse para tal efecto, deben ser definidas por ellos.

En el mismo sentido, no corresponde a nadie más que a esos poderes del Estado, apreciar la bondad o conveniencia del contenido de las regulaciones. Mientras se mantengan dentro de los márgenes permitidos por la Constitución, no hay reproche alguno que pueda formularse;

VIGESIMOSÉPTIMO. El segundo criterio interpretativo que queremos consignar es la presunción de constitucionalidad. Salvo que exista una duda más que razonable, los proyectos aprobados por el Congreso Nacional, deben considerarse que se ajustan a la Carta Fundamental. Por lo mismo, corresponde a quien alega la inconstitucionalidad, el que debe demostrarlo clara e

inequívocamente. No es ni el Congreso ni el Ejecutivo quienes tienen que demostrar la conformidad del texto con la Constitución, sino quienes alegan la inconstitucionalidad.

En este mismo sentido, cabe recordar el principio de la interpretación conforme, de acuerdo con el cual sólo en el caso que no quepa conciliación posible entre el proyecto de ley y la Constitución, cabe la declaración de inconstitucionalidad. Si hay una interpretación posible que permita dicha incompatibilidad, debe optarse por este camino;

VIGESIMOCTAVO. Que el tercer criterio interpretativo es el sistemático. Las normas de la Constitución no pueden interpretarse aisladamente unas de otras, sino que su sentido debe ser producto de la conjugación armónica de sus distintos preceptos. Por muy importante que sean algunas de sus disposiciones, no pueden aislarse del resto y considerarla como la única existente, subordinando todo el resto de la Constitución a sus prescripciones o efectos;

VIGESIMONOVENO. Que un cuarto criterio es la dinamicidad de la interpretación constitucional. Esta, por un lado, debe permitir la adaptación del texto a las distintas realidades. Y, por la otra, debe sujetarse a los cambios de contexto que puedan haberse producido entre la fecha de dictación de la Constitución y el momento en que se la aplica. Como veremos dentro de un instante, existen cambios constitucionales, legales y de derecho internacional que fortalecen la autonomía decisoria, la plena igualdad y los derechos de la mujer, que el intérprete de la Constitución no puede obviar;

TRIGÉSIMO. Que, en este sentido, es particularmente complejo recurrir exclusivamente a un criterio originalista de interpretación constitucional. Desde luego, porque la Constitución ha tenido 40 reformas



constitucionales, que han alterado profundamente el diseño original. También, porque ha cambiado el contexto jurídico y político en que fue dictada. Asimismo, la Constitución tiene dictadas todas las leyes que la complementan, y que le dan un cierto sentido y alcance. Además, porque el originalismo se traduce en el uso de las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución o las actas del Consejo de Estado. Si bien esta Magistratura ha recurrido en algunas oportunidades a ellas, está consciente que su empleo tiene dificultades.

En efecto, tratándose de las actas de la comisión recién señalada, técnicamente era una comisión asesora (D.S. N° 1064/1973/Justicia). Enseguida, sus integrantes cambiaron en el tiempo. Asimismo, una cosa son las actas y otra el informe que refleja las ideas de la comisión. Además, después de la comisión, el proyecto pasó por el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno. Esta última tenía radicado el poder constituyente (decretos leyes N° 1, 128, 527, 788, 991). También la Junta de Gobierno tenía su propia asesoría legislativa (decretos leyes N° 36, 460, 527, 991). De hecho, las normas fundantes del texto original de la Constitución, plebiscitada en 1980, sólo cita la normativa legal recién indicada (decretos leyes N° 1, 128, 527, 788, 991).

Por lo mismo, el uso de este tipo de criterios interpretativos debiera ser auxiliar, no central ni decisivo. También, en casos muy justificados y nunca para rigidizar el sentido del texto;

TRIGESIMOPRIMERO. Que en este caso particular, queremos dejar constancia de una serie de antecedentes que constan en distintas etapas de elaboración de la Constitución, tanto en la Comisión Ortúzar como en la Junta de Gobierno, que demuestran que la discusión de estos autos se produjo hace 40 años, sin que los

supuestos hayan cambiado, pues la norma objeto central del debate, permaneció siempre igual.

En efecto, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución debatió respecto al sustrato básico que debía quedar comprendido en este primer numeral de las garantías resguardadas por el constituyente y, en ese contexto se representó la situación de figuras como la pena de muerte, la legítima defensa y el aborto. Una parte de los integrantes -señores Guzmán, Silva Bascuñán- fueron partidarios de garantizar derechamente en la Constitución la vida del que está por nacer, teniendo presente para ello que el derecho a la vida necesariamente importa esa protección también en el rango constitucional. Otros, en cambio, fueron de parecer de no abordar el aborto en el nuevo ordenamiento. En este sentido el señor Ovalle, consideró que existen determinadas circunstancias de concurrencia de derechos que lo justifican, "*(...) en especial en todos aquellos casos que en virtud de un delito -la violación, por ejemplo- una mujer engendre en sus entrañas un hijo no querido por ella y, sobre todo, rechazado por ella (...)*". Por su parte, los comisionados señores Ortúzar y Evans, teniendo presente que se trataba de un tema naturalmente cruzado por convicciones religiosas, expresaron sus dudas en cuanto a si el texto constitucional debía cautelar en forma absoluta la vida del que está por nacer o, más bien, incluir una norma "flexible" que estatuya esa protección, pero a la vez permita que la ley autorice, en determinados casos, eliminar al no nacido, sin que ello importe delito, por ejemplo en la disyuntiva entre el derecho a la vida de la madre o del hijo (Enrique Evans de la Cuadra, "Los Derechos Constitucionales", Ed. Jurídica de Chile, T. I., págs. 146, 148 y 149);

Finalmente, ante la falta de acuerdo, la referida Comisión de Estudios de la Nueva Constitución arribó a la

conclusión de asegurar a nivel constitucional el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, el sujeto nacido, y dejar entregada al legislador la facultad de proteger la vida del que está por nacer y determinar las diversas hipótesis que puedan presentarse en la materia, tal y como ya se encuentra contemplado en el artículo 75 del Código Civil. Al respecto el profesor Enrique Evans de la Cuadra expresó: "*(...) Estimamos, sin embargo, que hay en el precepto constitucional un mandato flexible al legislador penal para no sancionar el aborto terapéutico en casos calificados en que exista la autorización responsable del padre o del médico tratante. Lo que no la ley ni la autoridad podrían autorizar o tolerar, sin infringir la Constitución, es la práctica masiva del aborto común (...)*" (op. cit. pág. 114);

Si bien es cierto, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, creada en octubre de 1973 por la Junta Militar de Gobierno, no ejercía el poder constituyente, sino ésta última al asumir el "mando supremo de la Nación", conviene tener presente lo tratado por los comisionados redactores ante los propios integrantes de dicha Junta, de lo que se levantó acta y de las principales opiniones y acuerdos adoptados. Es así que en la sesión N° 280 de la Junta de 3 de septiembre de 1976 (transcrita a pie de página)³, destinada a la

³ Acta de la Junta Militar

1.0 Sesión 280ª celebrada el 03 de septiembre de 1976

Nota :

En el marco de la exposición efectuada por el señor Consejero Enrique Ortúzar relativo a materias consultivas sobre las Actas Constitucionales N°s, 2, 3 y 4, se traba debate torno al derecho a la vida, y en especial la de quién está por nacer.

-- Asisten los señores: Miguel Schweitzer, Ministro de Justicia; General de Ejército Sergio Covarrubias, Ministro Jefe del Estado Mayor Presidencial; General de Ejército Patricio Torres, Ministro Jefe del Comité Asesor de la Junta COAJ; Enrique Ortúzar, Presidente de la Comisión Constituyente; Capitán de Navío Mario Duvauchelle, Subsecretario de Justicia; Jaime Guzmán, miembro de la Comisión Constituyente; Capitán de Navío Aldo Montagna, Secretario de Legislación; Contralmirante Rodolfo Vío, integrante de I Comisión Legislativa; Coronel de Aviación (J) Julio Tapia, integrante

de II Comisión Legislativa; Coronel de Ejército (3) Fernando Lyon, Jefe de Subjefatura Legislativa del Comité Asesor de la Junta COAJ; Capitán de Navío (3) Sergio Rillón, integrante de la I Comisión Legislativa, y señorita Mónica Madariaga, asesora jurídica de la Presidencia.

El señor PRESIDENTE DE LA JUNTA DE GOBIERNO.- Veamos el Acta N° 3 "De los Derechos y Deberes Constitucionales".

El señor ORTUZAR.- "CAPITULO I DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y SUS GARANTIAS"

El señor PRESIDENTE DE LA JUNTA DE GOBIERNO.- Hay varias observaciones.

El señor ORTUZAR.- La disposición quedaría así:

"1.- El derecho a la vida y a la integridad de la persona, sin perjuicio de la procedencia de las penas establecidas por las leyes.

"La ley protegerá la vida del ser que está por nacer,

El señor MINISTRO DE JUSTICIA.- Me parece que aquí hay una redundancia. "El ser que está por nacer" no tiene sentido. La expresión "del que está por nacer" sí lo tiene.

El señor CAPITAN DE NAVIO (J) RILLON. - En verdad, con la redacción "del que está por nacer", queda implícita la idea del ser.

El señor GUZMAN,- Nos dimos cuenta de la redundancia, pero quisimos afirmar el concepto.

Esto fue materia de un análisis bastante largo y nos chocó el "ser" y el "nacer", pero pensamos que más valía dejar esa cacofonía, con el fin de señalar en forma muy clara que el ser empieza con la concepción y no con el nacimiento. Luego, no es "del que está por nacer", porque no es una cosa lo que está por nacer; es un ser.

El señor MINISTRO DE JUSTICIA. - Perdóneme, pero eso es lo que dice el Código Civil. El Código Civil asegura, y el Código Penal establece los delitos específicos contra eso.

El señor GUZMAN. - No quisimos perfeccionar por razones didácticas, sino reafirmar la idea de que es un ser. Por eso lo protege.

El señor MINISTRO DE JUSTICIA. - Eso no lo ha discutido nadie. La ola abortiva no niega que se trata de un ser que está por nacer. Establece ciertas legitimidades en determinadas situaciones. Que es procedente, que es lícito, que es legítimo, que es útil, que no es delito, en ciertas y determinadas circunstancias: si se hace en clínicas, etc. toda la gama. Pero jamás se ha discutido que trata de un ser que está por nacer. Y eso es lo que se protege: la vida del que está por nacer. Por eso, no se notifica la pena de muerte a la mujer encinta,

El aborto terapéutico es lícito. Siempre se ha establecido así.

El señor ORTUZAR. - No pretendíamos nosotros imponer la doctrina o filosofía cristiana o católica a todos los habitantes de la República a quienes va a regir la constitución. Por eso se estableció que la ley protege la vida del que está por nacer. Allá verá el legislador en qué casos le merece protección o en qué casos admite el aborto terapéutico. Lo dejamos entregado a la ley.

El señor PRESIDENTE DE LA JUNTA DE GOBIERNO. - Al que está por nacer la ley lo protege. Pero hay un caso en que no hay nada que hacer: la madre o el hijo. La ley da protección al que está por nacer, lo que perjudicaría a la madre.

El señor GUZMAN. - Frente a una interpretación así, también en ese caso se podría invocar el derecho a la vida de la madre y a la integridad de su persona. O sea, saliéndonos aquí de la postura que cada cual tenga sobre el problema, da para que el legislador establezca esto como quiera. La madre podría alegar el inciso primero. Que el legislador decida.

El señor ORTUZAR. - La disposición legal seguramente va a penar sólo el aborto malicioso, pero no el aborto terapéutico. Y en cuanto al aborto a que se vean abocadas las personas que se encuentren ante el dilema de salvar a la madre o al hijo, yo convengo en que la mayoría estaría por la madre.

El señor MINISTRO DE JUSTICIA.- Hay un caso en que yo postulo la legitimidad. Es el de la mujer víctima de una violación, que podría tener perfecto y legítimo derecho a no ser permanentemente estigmatizada con el hijo.

La señorita ASESORA LEGAL DE LA PRESIDENCIA. - ¿Y qué culpa tendría ese hijo?

El señor GUZMAN.- Pero eso queda todo entregado al legislador.

El señor MINISTRO DE JUSTICIA.- Tampoco tendría culpa la madre, por las condiciones en que se produce. Y sería el efecto proveniente de un delito.

Es discutible, en realidad. Por eso dije que yo he postulado. No deja de ser impugnado por otros. Pero son cosas sobre las cuales se va a legislar.

El señor CORONEL (J) TAPIA. - En consecuencia, existiendo el ser desde el momento de la concepción y siendo imperativo el precepto porque dice que "la ley protegerá", creo que no se va a poder limitar más por ley.

El señor ORTUZAR. - No, porque en este caso el propio Constituyente no ha establecido él, directamente, por así decirlo, la protección, sino que la ha entregado al legislador.

La señorita ASESORA LEGAL DE LA PRESIDENCIA. - Pero ha dado orden al legislador de que lo haga.

El señor ORTUZAR. - Pero le ha dejado tal amplitud que él verá cómo y cuándo debe proteger.

El señor GENERAL LEIGH, MIEMBRO DE LA JUNTA. - Bueno, pero si aquí crea esto dudas, discusión, vacilación, ¿por qué no sacamos este precepto de la constitución y de los considerandos y lo dejamos en los códigos y en la legislación?

La señorita ASESORA LEGAL DE LA PRESIDENCIA. - Ya está en los Códigos.

El señor GENERAL LEIGH, MIEMBRO DE LA JUNTA. - Entonces, si está en el Código Civil y en el Código Penal, etc., ¿para qué lo ponemos en la constitución? Saquémoslo de este texto constitucional y se acaba el problema. Porque si estamos viendo que entre los eruditos hay problemas, es de imaginarse como va a ser afuera.

Yo tenía esta materia entre las que iba a proponer sacar, sin que por esto se me pueda interpretar mal, en el sentido de que estoy oponiéndome.

Sin amago, considero que no es un asunto que deba estar en la Constitución.

El señor ALMIRANTE MERINO, MIEMBRO DE LA JUNTA. - En el momento que estamos viviendo, existe toda una tendencia al aborto en el mundo en general. Al dejarlo en un Acta Constitucional en: la forma como está redactado, estamos manifestando la voluntad de la ley chilena de que el aborto no se realice en Chile nada más que en casos debidamente calificados.

El señor GENERAL LEIGH, MIEMBRO DE LA JUNTA. - Pero partamos de la base de que en todos los países del mundo y en la ley normal existe una manifestación popular manifestada a través de congresales, etcétera, y resulta que nosotros, de sí y ante sí, de hecho le estamos imponiendo esto al país.

Desde ya, por principio, soy opositor al aborto, pero si esto figura en la legislación actual, el problema de cuando se permite y cuando no se permite está muy claro en diversos cuerpos legales. Entonces, por qué y para qué colocamos esta cuña en la Constitución, esta cuña de duda.

El señor ORTUZAR. - Le diré la razón de por qué se consignó. Si no se hubiera establecido regiría el inciso primero, que asegura el derecho a la vida y, entonces, sí que podría argüirse que no es admisible el aborto en caso alguno. Por lo tanto, se quiso establecer no una excepción propiamente tal, pero sí dejar entregada al legislador la forma cómo se iba a proteger el derecho a la vida en el caso del que está por nacer. Si se suprime el inciso, podría darse la otra interpretación que nos llevaría al otro extremo y se diría: "Nos pronunciamos definitivamente en contra del aborto, incluso del aborto terapéutico; o sea, de toda clase de abortos".

Esa es la razón por la cual se contempló la disposición. De otra manera, mucho mejor sería suprimirlo, como se dice.



redacción del Acta Constitucional N° 3 "De los derechos y Deberes Constitucionales", centrada en debatir sobre el derecho a la vida y sobre el que está por nacer, se expresaron diversas opiniones, entre las cuales estuvo la del Ministro de Justicia de la época quien hizo presente que era lícito y legítimo el aborto y que no era delito en determinadas circunstancias, que el terapéutico "siempre ha sido así" y terminó manifestándose en favor del aborto por violación, en cuyo caso la mujer "podría tener perfecto y legítimo derecho a no ser permanentemente estigmatizada con el hijo". Pero llama especialmente la atención lo afirmado por el comisionado Guzmán ante lo manifestado por el Presidente de la Junta de Gobierno. Éste afirma que si la ley da protección al no nacido "perjudicaría a la madre", respondiendo Guzmán lo siguiente: "Frente a una interpretación así, también en ese caso se podría invocar el derecho a la vida de la madre y a la integridad de su persona. O sea, saliéndonos aquí de la postura que cada cual tenga sobre el problema, da para que el legislador establezca esto como quiera. La madre podría alegar el inciso primero. Que el legislador decida.";

Finalmente, el Presidente de la Comisión, señor Ortúzar, ante la idea de eliminar el inciso sobre la vida del que está por nacer, formulada por alguno de los asistentes, entre ellos el General del Aire Gustavo Leigh, aquél expresará: "Le diré la razón de por qué se consignó. Si no se hubiera establecido regiría el inciso primero, que asegura el derecho a la vida y, entonces, sí que podría argüirse que no es admisible el aborto en caso alguno. Por lo tanto, se quiso establecer no una excepción propiamente tal, pero sí dejar entregada al legislador la forma cómo se iba a proteger el derecho a

El señor ORTUZAR. - Por lo tanto, de la manera como señalé, la ley protege la vida del que está por nacer. El legislador verá cómo, y en esa forma se salva el problema.

El señor CORONEL (J) LYON.- Ahí no habría problema.

la vida en el caso del que está por nacer. Si se suprime el inciso, podría darse la otra interpretación que nos llevaría al otro extremo y se diría: "Nos pronunciamos definitivamente en contra del aborto, incluso del aborto terapéutico; o sea, de toda clase de abortos. Esa es la razón por la cual se contempló la disposición. De otra manera, mucho mejor sería suprimirlo, como se dice. Por lo tanto, de la manera como señalo, la ley protege la vida del que está por nacer. El legislador verá cómo, y en esa forma se salva el problema".

La Comisión Ortúzar en su sesión 407 de 9 de agosto de 1978 (transcrita al pie de página)⁴, centrada en la

⁴ Acta de Comisión de Estudios de la Nueva Constitución 1.61. Sesión 407", celebrada el 9 de agosto de 1978.

La Comisión se reúne bajo la presidencia del señor Enrique Ortúzar Escobar, con asistencia de sus miembros señores Raúl Bertelsen Repetto, Juan de Dios Carmona Peralta, Jaime Guzmán Errázuriz, Gustavo Lorca Rojas y las señoras Luz Bulnes Aldunate y Alicia Romo Román,

Actúa de Secretario, el Prosecretario, señor Rafael Larraín Cruz.

El señor ORTÚZAR (Presidente) declara, en el nombre de Dios, abierta la sesión.

ORDEN DEL DÍA

Informe de la Comisión

El señor GUZMÁN formula indicación para reemplazar la frase final del inciso sexto del párrafo 50 que dice: "no es menos que desde su concepción como ser humano...", por la siguiente: "no es menos que ya en la vida intrauterina tiene una existencia real que debe serle reconocida. Se constitucionaliza así una norma que por lo demás contempla nuestro Código Civil desde su dictación". Explica que de esta manera se evita la polémica relativa al momento en que el ser humano tiene una existencia real.

El señor BERTELSEN juzga peligrosa la indicación del señor Guzmán, porque podría pensarse que esta Comisión es tan avanzada en su criterio que reconoce el derecho a la vida del ser que se encuentra en una probeta.

El señor GUZMÁN replica que el problema podría salvarse expresando: "no es menos que ya antes de éste" -antes del nacimiento- "el ser tiene una existencia real que debe serle reconocida".

El señor BERTELSEN estima que esta sugerencia constituye una perogrullada, y que prefiere el primitivo texto propuesto por la Mesa.

El señor GUZMÁN dice que, entonces, reformula su proposición anterior.

El señor BERTELSEN insiste en que en estos momentos no conviene hacer una referencia de esa naturaleza.

El señor ORTÚZAR (Presidente) discrepa de esta indicación, porque al señalar que "Se constitucionaliza así una norma que por lo demás contempla nuestro Código Civil desde su dictación", se está dando a la materia contenida en los párrafos que se desea suprimir un alcance que la Comisión no consideró.

El señor GUZMÁN precisa que la frase referida tiende a formalizar lo que siempre ha hecho la legislación chilena.

redacción final del texto de la Constitución Política de 1980, que se sometería a aprobación plebiscitaria el 11 de septiembre del mismo año, destaca en primer lugar la respuesta que dará el comisionado Bertelsen al comisionado Guzmán ante la indicación que formulara éste, en orden a consignar en el texto constitucional el reconocimiento que el no nacido, ya en la vida intrauterina, tiene una existencia real. El comisionado Bertelsen advertirá entonces que *"es peligrosa la indicación del señor Guzmán, porque podría pensarse que esta Comisión es tan avanzada en su criterio que reconoce el derecho a la vida del ser que se encuentra en una probeta"*. Finalmente concluye el debate el Presidente de la Comisión, señor Ortúzar acordando la fórmula que actualmente rige, fundado en que *"la ventaja del texto*

El señor ORTÚZAR (Presidente) estima indispensable dejar entregado al legislador la protección de la vida del ser que está por nacer, porque si la Constitución derechamente lo hiciera, estarían abocándose a un problema sumamente conflictivo y delicado como es el del aborto.

El señor GUZMÁN sugiere que la frase termine con la entrega al legislador de "la protección de la vida del ser que está por nacer", que jurídicamente es lo que importa, y se supriman la referencia al aborto y el párrafo siguiente, porque con ello se evita tocar un tema conflictivo y polémico, herir a uno u otro sector y traslucir una apreciación que fue mayoritaria, pero no unánime.

El señor ORTÚZAR (Presidente) señala que la ventaja del texto reside precisamente en que aclara el pensamiento de la Comisión, ya que de otra manera podría prestarse para interpretar que la Carta condena en cierto modo el aborto. Recuerda que, cuando se discutió el punto, la mayoría llegó a la conclusión de que no podían imponerse creencias religiosas propias en una materia tan delicada y trascendental como una norma de la Constitución.

Dice que mal podría herir a alguien —destaca que, además, demuestra una tolerancia muy grande y no contiene un pronunciamiento en sentido alguno— un párrafo como el siguiente:

"De este modo el legislador con mayor flexibilidad, podrá contemplar los casos en que el aborto debe tener carácter delictual. Una condenación absoluta en el texto constitucional habría necesariamente comprendido los casos de aborto terapéutico y otros en que la concepción puede haber sido la consecuencia de acciones violentas no consentidas, situaciones que desde un punto de vista moral o social pueden ser apreciadas de diferentes maneras, según sean las creencias o principios religiosos de quienes las juzguen".

El señor GUZMÁN se declara partidario de dejar el punto para la labor de los intérpretes.

El señor BERTELSEN hace presente que no desea, en el acuerdo adoptado por la Comisión respecto de una materia muy delicada y en cuya discusión no le fue posible intervenir, formular reservas sobre ciertas apreciaciones, de manera que solicita eliminar la parte en estudio.



reside precisamente en que aclara el pensamiento de la Comisión, ya que de otra manera podría prestarse para interpretar que la Carta condena en cierto modo el aborto. Recuerda que, cuando se discutió el punto, la mayoría llegó a la conclusión de que no podían imponerse creencias religiosas propias en una materia tan delicada y trascendental como una norma de la Constitución.

"Dice que mal podría herir a alguien -destaca que, además, demuestra una tolerancia muy grande y no contiene un pronunciamiento en sentido alguno- un párrafo como el siguiente:

"De este modo el legislador con mayor flexibilidad, podrá contemplar los casos en que el aborto debe tener carácter delictual. Una condenación absoluta en el texto constitucional habría necesariamente comprendido los casos de aborto terapéutico y otros en que la concepción puede haber sido la consecuencia de acciones violentas no consentidas, situaciones que desde un punto de vista moral o social pueden ser apreciadas de diferentes maneras, según sean las creencias o principios religiosos de quienes las juzguen".

En conclusión, la disposición constitucional del inciso segundo del numeral 1 del artículo 19 -la ley protege la vida del que está por nacer- envuelve una diferencia con la protección del derecho a la vida que la precede, en el inciso primero, puesto que al entregar su resguardo al legislador, tiene un margen de adaptación o de flexibilidad para abordar casos en que la interrupción deliberada del embarazo no se considere constitutiva de delito. El legislador no tiene una reserva limitada o dirigida a prohibir el aborto, su redacción es simplemente habilitante para regular la protección. De otro modo, si se estimase que el derecho constitucional a la vida, reconocido en el inciso primero del artículo 19

Nº 1, abarca al que está por nacer, el inciso segundo resultaría absolutamente redundante;

TRIGESIMOSEGUNDO. Que, finalmente, para finalizar este análisis, es necesario tener presente que los derechos fundamentales no se conciben o consagran, ni pueden protegerse de modo absoluto o ilimitado, desde luego y en primer lugar, porque ellos encontrarán siempre un límite natural en el o los derechos de los otros, y, en segundo lugar, por las limitaciones o restricciones establecidas por la propia Constitución o por la ley siempre que no afecten el contenido esencial de tales derechos, según consta en el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución. Tal es así que incluso respecto del propio derecho a la vida la Constitución autoriza al legislador a establecer con exigencias de quórum agravado, la pena de muerte en contra de una persona, aunque en la actualidad está prácticamente derogada en casi todo el ordenamiento jurídico, mas no abolida aún. Del mismo modo que el legislador penal establece causales de exculpación y de justificación en determinados delitos contra las personas, por ejemplo en situaciones de legítima defensa o estados de necesidad;

VII. LOS ELEMENTOS QUE GUIARÁN NUESTRO RAZONAMIENTO.

TRIGESIMOTERCERO. Que luego de analizados los criterios interpretativos recién indicados, queremos dejar sentados ciertos elementos que guiarán nuestro razonamiento. Estos tienen que ver con cuatro aspectos: con el pluralismo que garantiza nuestra Constitución, con la autonomía con los derechos de la mujer como persona, con el derecho penal concebido como última ratio y con los derechos de los pacientes;

1. Sociedad pluralista.



TRIGESIMOCUARTO. Que la Constitución garantiza el pluralismo organizativo y de ideas. Eso impide que se pueda imponer un modelo determinado de pensamiento, de moral, propio de una o más organizaciones, de una o más personas, al resto de la sociedad.

Por eso, la Constitución obliga al Estado a promover la integración armónica de "todos los sectores de la nación". También lo hace para el efecto de las organizaciones privadas, pues reconoce el derecho de asociación (artículo 19 N° 15), su autonomía como grupo intermedio (artículo 1), y regula algunas de ellas (partidos políticos, artículo 19 N° 15; colegios profesionales, artículo 19 N° 16; organizaciones sindicales, artículo 19, N° 19). Del mismo modo, menciona a las organizaciones vecinales, profesionales, empresariales, sindicales, estudiantiles (artículo 9, artículo 57 N° 7).

Asimismo, la Constitución garantiza la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos (artículo 19 N° 6). Por lo mismo, no hay una religión oficial del Estado. Y garantiza la libre elaboración y circulación de las ideas (artículo 19 N° 12).

2. Derechos de la mujer.

TRIGESIMOQUINTO. Que la mujer es persona; como tal sujeto de derecho. Por lo mismo, tiene derechos y puede adquirir obligaciones. Entre los primeros, puede hacer valer en su favor: su libertad e igualdad (artículo 1° inciso primero, 19 N° 2), su condición de igual ante la ley con el hombre (artículo 19 N° 2), su derecho a la vida y a la integridad física y síquica (artículo 19 N° 1), su derecho a la salud (artículo 19 N° 9), su derecho a la privacidad (artículo 19 N° 4), su derecho a la mayor realización espiritual y material posible (artículo 1°).



La mujer es, en el lenguaje de la Constitución, una persona humana;

TRIGESIMOSEXTO. Que, además, distintos cuerpos normativos han buscado profundizar y desarrollar los derechos de la mujer. la generación de una institucionalidad destinada a promover la equidad de género, la igualdad de derechos y procurar la eliminación de toda forma de discriminación arbitraria en contra de las mujeres, y el establecimiento de medidas de acción afirmativa en su favor;

TRIGESIMOSÉPTIMO. Que, en efecto, tanto el constituyente como el legislador, sin perjuicio de la suscripción de tratados internacionales, han avanzado en este sentido.

Así, en materia constitucional, el cambio más importante es la igualdad entre hombres y mujeres, y el establecimiento que hombres y mujeres nacen libres e iguales en dignidad y derechos (Ley de reforma constitucional N° 19.611/1999).

El legislador también ha buscado avanzar en esa línea en materia civil, laboral, de seguridad social, institucional y en otros aspectos.

En materias civiles puede destacarse la ley que estableció nuevos regímenes patrimoniales en el matrimonio (Ley N° 19.335/1994), la nueva ley de filiación (Ley N° 19.585/1998), la ley de violencia intrafamiliar (Ley N° 20.480/2010).

En el ámbito laboral, destacan la no discriminación en la postulación a empleos (Ley N° 19.739/2001), la ley que prohíbe el acoso sexual (Ley N° 20.005/2005), la ley de igualdad remuneratoria entre hombres y mujeres (Ley N° 20.348/2009).

En lo que se refiere a la seguridad social, está el derecho de la madre para amamantar a su hijo (Ley N°

20.166/2007 y 20.367/2009), el bono por hijo para efectos jubilatorios (Ley N° 20.255/2008), el post natal parental (Ley N° 20.545/2011).

En lo que se refiere a los aspectos institucionales destaca la creación del Servicio Nacional de la Mujer (Ley N° 19.093/1991) y el Ministerio de la Mujer y de Equidad de Género (Ley N° 20.820/2015).

En otros ámbitos, destaca la regulación que protege a las estudiantes embarazadas (Ley N° 19.688/2000), la ley que regula la fertilidad (Ley N° 20.418/2010), la ley Zamudio (Ley N° 20.609/2012); la ley de cuotas para diputados y senadores (Ley N° 20.840/2015); y la ley que establece que no se puede discriminar arbitrariamente, y que ello se traduzca en exclusiones o restricciones, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades en el empleo (Ley N° 21.015/2017).

En lo relativo a los tratados internacionales, apuntan en el mismo sentido de los cambios constitucionales y legales, la promulgación de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra La Mujer (D.S. N° 789, Relaciones Exteriores, 1989), y la promulgación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra Las Mujeres (D.S. N° 1.640/1998);

TRIGESIMOCTAVO. Que dichos tratados han reiterado que la mujer tiene ciertos derechos tradicionales, como su libertad, su privacidad, los que puede gozar, ejercer y demandar protección a plenitud. Pero han avanzado en el reconocimiento de otros nuevos que profundizan y desarrollan los derechos tradicionales.

En este sentido, destaca 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 o

subordinación; el derecho a una vida libre de violencia física, sexual y psicológica; el derecho a una capacidad jurídica idéntica a la del hombre.

Entre estos nuevos énfasis destacan aspectos relacionados con la maternidad. Así, se le reconoce el derecho para contraer matrimonio, para elegir libremente al cónyuge, para asumir los mismos derechos durante el matrimonio o su disolución. Asimismo, se le reconoce el derecho a acceder a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia. También, a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos;

TRIGESIMONOVENO. Que es en el marco de estos nuevos énfasis, definidos por el constituyente, el legislador y los tratados internacionales, que debe interpretarse el embarazo y la maternidad. El embarazo es un estado temporal, propio de la mujer, normalmente voluntario, personalísimo, que compromete el cuerpo de la mujer. El embarazo compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas;

3. El que está por nacer.

CUADRAGÉSIMO. Que la Constitución se refiere al que está por nacer en el artículo 19 N° 1 inciso segundo. Ahí encarga a la ley proteger la vida del que está por nacer.

El hecho que se lo entregue al legislador en nada desmerece la protección. La ley es la principal fuente de derecho.

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, la Constitución no le otorga al que está por nacer la categoría de persona. Ello no obsta a que sea un bien jurídico de la mayor relevancia.

En este sentido, el análisis de este proyecto de ley implica examinar que hay una medida o decisión legislativa que pondera razonablemente, entre un derecho fundamental y un interés protegido legalmente. En este caso el legislador opta por maximizar la protección del derecho constitucional a la vida de la madre o de la mujer, como es la despenalización en circunstancias excepcionales por su gravedad y dramatismo. Ciertamente que el costo de interrumpir el embarazo y hacer cesar la gestación de una vida humana con expectativas de alcanzar el estatus de persona, es alto y puede ser doloroso, pero de ningún modo puede compararse ni es proporcional al sacrificio de la vida de una persona plena, de una mujer o una madre con un proyecto vital en pleno desarrollo en el mundo, en el medio social y familiar.

En un contexto donde el que está por nacer mantiene en el vientre materno una existencia común con la madre, sin vida individual ni autónoma, constituyendo una existencia condicionada al nacimiento y a la sobrevivencia un momento siquiera, parece necesaria y razonable la diferenciación entre una persona y un nasciturus, entre un sujeto jurídico pleno de derechos y deberes y un sujeto que es aún una expectativa de persona, una vida en ciernes, sin duda objeto de valoración por el derecho que lo protege durante el desarrollo gestacional;

4. El derecho penal como última ratio.

CUADRAGESIMOPRIMERO. El derecho penal implica una carga para las personas, por las mayores restricciones de derechos que implica, tanto en el procedimiento de la generación de la sanción, como en la sanción misma. También, por el mayor reproche social y jurídico que conlleva.

Por lo mismo, no puede operar siempre y a todo evento como instrumento de preservación de ciertos bienes jurídicos, pues puede resultar excesivo. El legislador, encargado de establecer la sanción penal, puede ponderar la existencia de otros mecanismos regulatorios. Por eso, las leyes penales se aprueban, modifican o derogan, pues el legislador realiza este juicio de cómo se adecua mejor el derecho penal a la realidad que pretende regular, construir o mejorar;

4. Derechos de los pacientes.

CUADRAGESIMOSEGUNDO. Que con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.584, el año 2012, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas con su atención en salud, cambió en nuestro país el paradigma de la atención médica. Este estaba centrado en la discrecionalidad del facultativo. En cambio, esta ley pone en el centro de la atención médica al paciente y sus derechos, sin perjuicio de dar certeza al accionar del facultativo.

Ello se expresa en que toda persona tiene ahora el derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su salud (artículo 14). Dicha manifestación de voluntad debe ser libre, expresa, voluntaria, informada, previa y escrita (artículo 14).

La única manera en que el facultativo pueda eludir esa manifestación de voluntad es la ocurrencia de tres causales, que la ley establece. Estas tienen que ver con la salud pública, con que el paciente no se encuentre en condiciones de darla y exista riesgo vital, y, en que el paciente esté en incapacidad y no se encuentra disponible su representante (artículo 15).

Asimismo, la única manera en que se puede imponer al paciente algún tratamiento es que el rechazo que hace acelere artificialmente su muerte o ponga en riesgo la salud pública (artículos 14 y 16). Si esas causales no se dan, prima la voluntad del paciente y sólo caben las medidas de soporte ordinario o los cuidados paliativos.

A partir de este cambio de paradigma, es que el proyecto de ley que examinamos se explica. Por una parte, porque exige la voluntad de la mujer para la interrupción del embarazo. Por la otra, porque exige que intervenga un equipo médico para constatar las causales que permiten dicha interrupción;

VIII. EL ARTÍCULO 19 N° 1 INCISO SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN

CUADRAGESIMOTERCERO. Que ahora estamos en condiciones de entrar al fondo del asunto. Los requirentes fundan su alegato, de modo principal, en lo dispuesto en el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución. Este dispone que la ley protege la vida del que está por nacer.

Esta disposición es interpretada no sólo como una actividad pasiva, de no dañar, sino como un deber de defensa activa del no nacido. Asimismo, es interpretado como un mandato penal de tipificar el delito de aborto, sin que quepa retroceso en la materia, como sería destipificar, atenuar o eximir de responsabilidad. Habría una prohibición en tal sentido. También, es interpretado como el otorgamiento de la calidad de sujeto de derecho al no nacido. Este tiene, afirman, la condición de persona humana; por lo mismo, goza del derecho a la vida, como la mujer;

CUADRAGÉSIMOCUARTO. Que el origen de esta disposición se encuentra en el Código Civil, en su

artículo 75. Se trasladó la disposición que había en ese cuerpo legal a la Constitución;

CUADRAGESIMOQUINTO. Que la fórmula verbal que emplea la Constitución, está compuesta de los siguientes elementos. En primer lugar, utiliza la expresión "ley". Con ello, excluye que sea la Constitución la que se encargue directamente de aquello. La Constitución quiere que una norma general y obligatoria, sometida al debate democrático, pueda cumplir este rol protector. Como consecuencia de ello, excluye que sean, originariamente, los particulares, la autoridad administrativa o los tribunales los que se encarguen de esta tarea. Indudablemente, la ley puede perfectamente convocar el esfuerzo de todas estas entidades. Pero en un rol derivado, no original. No quiso la Constitución cerrar ella misma la protección. La entregó a la apreciación del legislador; en qué casos si, en cuáles no, de qué modo. También es necesario puntualizar que la Constitución no se refiere a una norma legal particular. Puede ser esta penal, civil, laboral, de seguridad social, etc.;

CUADRAGESIMOSEXTO. Que, en segundo lugar, la Constitución manda a la ley proteger. Lo primero que cabe señalar es que la Constitución marca una diferencia en su regulación con lo establecido en el inciso primero. Mientras ahí establece "el derecho a la vida y a la integridad psíquica y física de la persona", utilizó aquí un lenguaje distinto. Desde luego, porque no habló de derechos; encarga a la ley proteger. No es que la Constitución no establezca la protección; es que le encarga al legislador hacerlo. Introduce, por tanto, una mediación. Entregó a la ley un rol, sin asumirlo directamente. También porque habló "del que está por nacer", en circunstancias que en el inciso primero habla de "la persona".

Por otra parte, no es la única norma constitucional que habla de protección. Varias disposiciones constitucionales utilizan la misma expresión. Así, el Estado debe dar "protección" a la población y a la familia (artículo 1º, inciso quinto). En el derecho a la salud se establece que este consiste en el "derecho a la protección de la salud" Y que el Estado debe proteger el libre o igualitario ejercicio a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y recuperación del individuo (artículo 19 N° 9). Asimismo, corresponde al Estado la "protección e incremento del patrimonio cultural de la nación" (artículo 19 N° 10). Además, la Constitución asegura "la libertad de trabajo y su protección (artículo 19 N° 16). También, la Corte de Apelaciones debe asegurar en el recurso de protección "la debida protección del afectado" (artículo 20). Finalmente, le corresponde al Ministerio Público "proteger a las víctimas y a los testigos" (artículo 83).

Como se observa, estas disposiciones tienen distintos sujetos responsables. En unos casos, el Estado; en otros, todas las personas; y en otros, órganos específicos (Corte de Apelaciones, Ministerio Público, el legislador).

Nunca estas disposiciones han sido interpretadas aisladamente de otras que la propia Constitución establece. Tampoco se han interpretado como equivalentes a tipos penales. Asimismo, no han sido consideradas mandatos máximos y a todo evento. Tampoco han sido considerados títulos para sacrificar otros bienes jurídicos. Finalmente, tampoco ha impedido el desarrollo de nuevos derechos. Por ejemplo, la protección de la familia no ha impedido la ley de divorcio, la ley de filiación, la ley de unión civil;

CUADRAGESIMOSÉPTIMO. Que proteger es, sin duda, un deber activo, pues implica cuidar, favorecer, defender.

Implica una interferencia no perjudicial cotidiana; y medidas positivas de potenciamiento.

Esta protección no puede significar ni desprotección, en el sentido que no existen medidas de todo tipo e indispensables en resguardo del no nacido; ni sobreprotección, en el sentido de medidas que vayan más allá de lo razonable y sacrifiquen derechos de otros.

Por eso, no puede significar un mandato para descuidar a la mujer. Del texto de la Constitución no se desprende ni se infiere que la protección del que está por nacer sea un título que perjudique a la progenitora. Desde luego, porque las medidas de protección en algunos casos pasan inevitablemente por ella. El primer sujeto obligado por la protección y sin cuyas acciones u omisiones este deber no puede cumplirse, es la mujer. El legislador no puede no contar con esas acciones u omisiones. También, porque la madre no puede ser considerada como un instrumento utilitario de protección del no nacido. El legislador, precisamente y por ese deber primario, no puede ir contra la mujer imponiendo su voluntad e incluso poniendo en peligro su vida o imponiéndole deberes más allá de lo que a cualquier persona se le exige. La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada. No puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer. Ella no es un medio. Además, cuando la Constitución ha querido hacer primar un derecho sobre otro o privilegiar intereses superiores, lo ha dicho expresamente. Así sucede con la función social de la propiedad (artículo 19 N° 24); con la libertad en aras de la seguridad pública (artículo 19 N° 7); con la privacidad respecto de la publicidad (artículo 19 N° 12) o con la transparencia (artículo 8); o con los derechos durante los estados de excepción (artículos 39 y siguientes); o el mismo derecho a la vida, con la pena de

muerte (artículo 19 N° 1). Por lo demás, este Tribunal ha considerado que es una carga intolerable la regla del turno para los abogados, que los obliga a asumir defensas gratuitas (STC 755/2008). Dichas cargas no guardan relación alguna de proporcionalidad con las que debe soportar la mujer en las tres causales del proyecto;

CUADRAGESIMOCTAVO. Que, el tercer elemento de la fórmula constitucional, es que la Constitución manda proteger la vida del que está por nacer.

Como ya indicamos, no habla de proteger el derecho a la vida.

Este, es decir, el derecho a la vida, está reconocido y definido en convenciones internacionales. Así, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6), como la Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículo 4), señalan que "nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

Tal definición explica instituciones como la legítima defensa, o algunos casos de estado de necesidad, en que una persona mata a otra, o sea, la priva de su vida. Pero no lo hace "arbitrariamente". Lo mismo puede decirse de un acto médico riesgoso, que trae como consecuencia la muerte. Pero el derecho a la vida es distinto de la vida. Esta es la plataforma biológica y síquica de sustentación. No cabe confundir ambos conceptos;

CUADRAGESIMONOVENO. Que el derecho a la vida, no es un derecho de carácter absoluto, pues ningún derecho fundamental es un derecho absoluto, toda vez que los derechos fundamentales aceptan limitaciones, al exigirse su compatibilidad con la debida protección del ser humano y su dignidad, tal sería el caso de la legítima defensa, la pena de muerte y la interrupción del embarazo.

El derecho a la vida supone dos contenidos básicos: el derecho a tener y vivir una vida en condiciones dignas y el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella.

Sin embargo, por su propia naturaleza el contenido que le otorga el derecho constitucional a la vida tiene un contenido de protección positiva y no es un derecho de libertad que incluya a la propia muerte. Ello no impide - como lo señaló el TC español- reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del agere licere, en cuanto a que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, muchos menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho (STC español 120/1990);

QUINCUAGÉSIMO. Que, finalmente, el último elemento que establece el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución, es que la vida que se protege es el que está por nacer.

Nuestro ordenamiento jurídico denomina de distinto modo al que está por nacer. Así, algunas disposiciones reiteran la expresión constitucional (Código Orgánico de Tribunales, artículo 369; Código Civil, artículo 75; artículo 1°, Ley N° 14.908; artículo único, Ley N° 20.699). Pero también se utilizan otras denominaciones. Así, se encuentra la de "criatura" (artículo 74 y 77, Código Civil; artículo 7°, D.L. N° 824); la de "hijo en período de gestación" (artículo 66 Código del Trabajo);

la de "No nacido" (artículo 75 Código Civil); la de "embriones humanos" (artículo 6, Ley N° 20.120).

A su vez, al nacido, la Constitución le denomina persona (artículo 1°; artículo 19 N° 1 inciso primero). Sobre esto volveremos más adelante. El resto del ordenamiento jurídico usa otras expresiones que aquí es necesario resaltar. Así, emplea el de "hijo ya nacido" (artículo 1°, Ley N° 14.908); "niña" o "niño" (artículo 199 y 205, del Código del Trabajo; artículo 16, Ley N° 19.968); "menor de edad" (artículo 199 y 200, Código del Trabajo); "hijos menores" (artículo 203, Código del Trabajo); "menor" (artículo 3°, Ley N° 19.620); "ser humano que no ha cumplido los catorce años" (artículo 16, Ley N° 19.968); "hijo" (artículo 195, Código del Trabajo; artículo 16, Código Sanitario).

Y el texto constitucional cuando utiliza la expresión "hijo" la reserva para los nacidos. Así, a propósito de la nacionalidad, habla de "hijos de extranjeros", y de "hijos de padre o madre chilenos" (artículo 10 N° 1 y 2). En el artículo 19 N° 10 y 11, consagra el derecho de los padres a elegir el establecimiento de enseñanza para sus hijos; y el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos;

QUINCUGESIMOPRIMERO. Que, enseguida, está claro el límite temporal de esa condición: el nacimiento. Con el parto, y la separación total de la madre, cesa esta condición.

Sin embargo, la Constitución guarda silencio respecto del comienzo de esa condición.

En la STC 740/2007, el Tribunal sostuvo que ello ocurría desde la concepción.

Nosotros consideramos que dado el silencio de la Constitución en la materia, no le corresponde a este organismo establecer algo en este sentido. Más todavía si

hay controversia científica en la materia. Y posiciones morales encontradas sobre este aspecto.

Por eso, en algunos casos ha sido el legislador el que ha avanzado en fijar un criterio en esta materia. Así lo hizo en la Ley N° 20.120, a propósito de la investigación científica en el ser humano, su genoma y la clonación. Ahí la ley definió que la protección iba a comenzar "desde el momento de la concepción".

Lo mismo hizo la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que estableció que el derecho a la vida está protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción.

Todos conocemos la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo sobre esta disposición, en el caso *Artavia Murillo versus Costa Rica*. En lo que aquí interesa, esta sostuvo dos cosas. Por una parte, que la protección del que está por nacer no es absoluta sino que gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional. Por la otra, dicha protección implica proteger a la mujer, porque la concepción ocurre dentro de su cuerpo.

Tratándose de los límites temporales de la vida de las personas, el legislador definió cuándo una persona se encuentra con muerte cerebral (Ley N° 19.451). Ahí definió cuándo una persona está muerta.

Por lo mismo, el Congreso Nacional se encuentra mucho más capacitado y legitimado para resolver una controversia de cuándo comienza la vida del que está por nacer, que esta Magistratura, dado la falta de una regla explícita en la Constitución;

QUINCUAGESIMOSEGUNDO. Que, además, zanjar inequívocamente este asunto no es ajeno a la controversia que nos ocupa. Afirmar que la vida comienza desde la

concepción, implica establecer inmediatamente una separación y un interés contrapuesto entre la madre y el embrión o feto. También implica establecer una jerarquía, pues la madre pasa a ser el lugar donde el embarazo transcurre y donde la madre tiene poco que hacer o decir;

QUINCUAGESIMOTERCERO. Que, por lo mismo, no podemos eludir pronunciarnos sobre cierta variable vinculada con esta controversia. Lo anterior no significa que eludamos el punto. Sólo que lo enfocaremos desde el concepto de persona que la Constitución establece;

Sobre esto avanzaremos en un instante;

QUINCUAGÉSIMOCUARTO. Que antes de aquello, queremos profundizar sobre si el mandato de protección que establece la Constitución del que está por nacer, prohíbe la despenalización de ciertas conductas;

QUINCUAGESIMOQUINTO. Que, por de pronto, la Constitución tiene un lenguaje para expresar las prohibiciones. En el mismo artículo 19 N° 1, hay un ejemplo claro, pues "prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo". Es cierto que en otros casos usa otras fórmulas verbales. Por ejemplo, "nadie puede" (artículo 19 N° 7, 19 N° 15, 19 N° 24), "en ningún caso" (artículo 69, 76), "no podrán" (artículo 92, 94 bis, 95, 100, 19 N° 15, 16, 19), "nadie" (artículo 19 N° 3, 7, 15, 24), "ninguno" o "ninguna" (artículo 7, 19 N° 3, N° 7, N° 15, 103). Pero "proteger" no puede interpretarse como una prohibición. En el lenguaje constitucional es asimétrica una **interpretación** en ese sentido;

QUINCUAGESIMOSEXTO. Que, enseguida, la Constitución se refiere muy pocas veces a los delitos. Así, se refiere al terrorismo (artículo 9), a los delitos producto de la libertad de expresión (artículo 19 N° 12), a los delitos que constituyen causales de acusación constitucional (traición, concusión, malversación, soborno) (artículo 52 N° 2) y la responsabilidad de los jueces (cohecho,

denegación y torcida administración de justicia, prevaricación) (artículo 79).

La Constitución no trata ni se refiere al aborto.

La razón es que la Constitución le encarga al legislador la prerrogativa de punición (artículo 19 N° 3 y artículo 63 N° 3). La ley puede crear delitos, establecer la conducta reprochada y fijar la pena;

QUINCUAGESIMOSÉPTIMO. Que la Constitución asume que el legislador puede cambiar los tipos penales. Por lo mismo, puede crear, modificar, o derogar delitos. Para el conflicto que esto produce, establece dos reglas. Por una parte, que no se puede sancionar una persona si la ley no se promulgó antes de la perpetración del delito. Y por la otra, que la ley penal no puede tener efecto retroactivo, "a menos que una nueva ley favorezca al afectado" (artículo 19 N° 3);

QUINCUAGESIMOCTAVO. Que por lo mismo, no se ve impedimento para el "retroceso penal". Desde luego, porque es una garantía que la ley pueda ser más favorable. También, porque el derecho penal es siempre última ratio.

En la norma que analizamos, no se prohíbe el principio pro reo ni se le impide.

Además, dicha norma remite a la ley. Esta puede tipificar o destipificar;

QUINCUAGESIMONOVENO. Que la Constitución asegura el derecho a la vida. El Código Penal castiga el homicidio. Pero no son sinónimos. Proteger el derecho a la vida no es equivalente a tipificar el homicidio.

De hecho, el legislador ha podido crear nuevas figuras de homicidio (por ejemplo, el parricidio entre convivientes); ha configurado nuevas agravantes; ha establecido nuevas eximentes o ha cambiado las existentes; ha creado distintos niveles de homicidio

(homicidio simple o calificado; parricidio; infanticidio);

SEXAGÉSIMO. Que ese margen de apreciación que se le encarga al legislador, le ha permitido establecer el aborto, como un delito distinto al de homicidio y al infanticidio.

También tratarlo como un delito distinto a aquellos delitos contra las personas en el Código Penal. Este delito se encuentra ubicado dentro del Título VII del Código, que trata los crímenes y delitos contra el orden de las familias, la moralidad pública y la integridad sexual.

Asimismo, el legislador ha establecido una pena considerablemente menor al aborto que aquellas que establece respecto del homicidio.

Y es el mismo legislador el que ha omitido el delito de lesiones del feto. Y al que ha restringido el aborto culposo, porque con dificultades cabe en el artículo 343 del Código Penal;

SEXAGESIMOPRIMERO. Que, en segundo lugar, la protección que establece la norma constitucional que se analiza, no puede reducirse al ámbito penal, toda vez que hay una serie de normativas, que no tiene este carácter y que se enmarcan dentro del mismo propósito.

En efecto, nuestro ordenamiento jurídico contempla normas que protegen la maternidad y otras normas que protegen al que está por nacer.

Entre las normas que protegen la maternidad, se encuentra, por vía ejemplar, la protección y vigilancia del Estado durante el embarazo y hasta seis meses de nacido el hijo (Código Sanitario, artículo 16). Enseguida, toda la normativa laboral. Así, el embarazo no puede ser un factor para contratar, para permanecer en el trabajo o para renovar el contrato (artículo 194); el pre

y post natal (artículo 195 y 197 bis); el permiso especial por enfermedad grave del niño menor de un año (artículo 199); el permiso especial por enfermedad gravísima del menor de 12 años (artículo 199 bis); el fuero maternal (artículo 201); el derecho a sala cuna (artículo 203); el derecho a dar alimentos (artículo 206). Después, se encuentra la normativa de seguridad social, como el bono por hijo en caso de jubilación (Ley N° 20.255).

Por su parte, entre las normas que protegen la vida del que está por nacer, también hay normas de distinto tipo. Desde luego, normas laborales. Por ejemplo, el pre natal (artículo 195); el descanso pre natal complementario por enfermedad (artículo 196); el derecho a pedir cambio de funciones durante el embarazo (artículo 202); el permiso de hasta tres días para el trabajador que sufra la muerte de un hijo en período de gestación (artículo 66, Código del Trabajo). También existen normas de reconocimiento. Así, se encuentra la Ley N° 20.558, que estableció el Día del Niño y Niña Prematuros; la Ley N° 20.699, que estableció el Día de la Adopción y del que está por nacer. Asimismo se encuentran las normas del Código Civil, que permiten diferir el castigo a la madre hasta después del nacimiento o que faculden al juez para adoptar medidas en caso que existiere peligro del no nacido (artículo 75); la que permite suceder y recibir donaciones (artículo 962 y 1390). También existen normas que protegen al embrión en la investigación científica (Ley N° 20.120). Asimismo, normas que impiden aquellos métodos de regulación de la fertilidad cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto (Ley N° 20.418). Del mismo modo, existen normas de seguridad social. Por ejemplo, el Programa Chile Crece Contigo, que permite acompañar el proceso de desarrollo de los niños y niñas que se atienden en el sistema público de salud, desde su primer control de gestación (Ley N° 20.379).

Todas estas normas apuntan a destacar que la protección del que está por nacer es heterogénea y no comprende solamente aspectos penales. Además, son diseñadas por el legislador. Se enmarcan, por tanto, dentro del diseño del artículo 19 N° 1 inciso segundo. Es decir, proteger al que aún no nace, en los términos que el legislador vaya estructurando;

IX. EL CONCEPTO DE PERSONA EN LA CONSTITUCIÓN.

SEXAGESIMOSEGUNDO. Que para los requirentes, el que está por nacer es una persona humana. En tal sentido, es un sujeto y puede adquirir y ejercer derechos.

El Ejecutivo y la Cámara de Diputados, por su parte, sostienen que la condición de persona comienza con el nacimiento;

SEXAGESIMOTERCERO. Que lo primero que cabe señalar es que el Código Civil señala que la existencia legal de toda persona principia al nacer (artículo 74). Y termina con la muerte natural (artículo 78). El nacimiento, agrega, se produce al separarse completamente de la madre (artículo 74). Asimismo, el Código define como persona a "todos los individuos de la especie humana" (artículo 55). Finalmente, como la existencia legal principia al nacer, ello en el Código Civil produce dos efectos. Por una parte, los derechos entregados al que está por nacer, quedan diferidos hasta que nazca. Si nace entra en su goce (artículo 77). Por la otra, si no nace, se reputa que no ha existido jamás (artículo 74). Ello ocurre tanto si muere en el vientre materno como si perece antes de estar completamente separado de su madre o si no sobrevive a la separación un momento siquiera (artículo 74).

Como se observa, a los nacidos el Código les denomina personas. Y a los que están por nacer, criatura.

Y nunca a las personas los considera como si no hubiesen existido;

SEXAGÉSIMOCUARTO. Que como se observa, el Código Civil pone énfasis en el nacimiento para hacer una separación.

Tenemos que analizar cuál es la visión que tiene la Constitución en la materia;

SEXAGESIMOQUINTO. Que la Constitución usa el término persona en doce de los veintiséis numerales del artículo 19. La emplea en el encabezado del artículo 19, y en los numerales 1, 2, 3, 4, 7, 9, 10, 12, 15, 16 y 24. En algunos de ellos, la emplea más de una vez (numerales 3, 7, 12, 15 y 16).

Además, la Constitución utiliza la expresión "persona" en singular (la persona) (artículo 12, 16, 19 N° 1, 2, 4, 10 y 12) y en plural (las personas) (artículo 1, 19 N° 15, 16 y 24). En algunos casos habla de "persona humana" (artículo 1°). También se refiere a "grupo de personas" (artículo 7 y 19 N° 15). Asimismo, enfatiza el que comprenda a "toda persona" (artículo 6, 19 N° 3, N° 7, 12 y 16), a toda "persona natural o jurídica" (artículo 19 N° 12); o a "alguna persona" (artículo 19 N° 7, letra c); o "cada persona" (artículo 19 N° 9).

En otras oportunidades la Constitución habla de "individuo" (artículo 19, N° 9 y artículo 21); de "habitante" (artículo 19 N° 18, y artículo 22); de "chilenos" (artículo 22); de "hombres y mujeres" (artículo 19 N° 2); de "particulares" (artículo 19 N° 24, inciso final);

SEXAGESIMOSEXTO. Que uno de los efectos más importantes de atribuir a alguien su condición de persona para efectos constitucionales, es que sólo estas tienen derecho. Así lo dice la Constitución. Los derechos se aseguran "a todas las personas" (encabezado artículo 19).

Lo mismo indica el artículo 1°, inciso primero de la Constitución: "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". También varios numerales del artículo 19 emplean la voz "persona" para resaltar el titular del derecho que establece y regula;

SEXAGESIMOSÉPTIMO. Que la Constitución se refiere al nacimiento en su artículo 1° (las personas nacen) y en el artículo 10, cuando regula la nacionalidad. También se refiere a la muerte, a propósito de la regulación de la pena de muerte (artículo 19, N° 1), de la muerte de los candidatos a Presidente (artículo 26) y de los montepíos (artículo 32 N° 11);

SEXAGESIMOCTAVO. Que la Constitución también construye su concepto de persona a partir del nacimiento.

En primer lugar, porque así lo establece el artículo 1° inciso primero de la Constitución. Este establece que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

En la controversia desatada a raíz del presente requerimiento, se han dado una serie de argumentos para rechazar lo anterior.

El primero es que la expresión "nace" que utiliza el señalado artículo tiene un sentido distinto al hecho biológico del nacimiento;

SEXAGESIMONOVENO. Que, efectivamente, esta expresión apunta a resaltar el hecho que esta condición no se hereda. Las personas por ese solo hecho, y a partir de ahí, adquieren originaria y gratuitamente esa condición, sin que se necesite más. Automáticamente, por el nacimiento, sin que se requiera acto, contrato, registro o reconocimiento. También esta condición no se pierde. No es temporal, por un tiempo. Se tiene para siempre. De ahí que no se suspenda ni se prive, ni se cancele, ni se pueda renunciar a ella. Pasa a ser inherente. Además,

esta condición la tienen todas las personas. No hay ser humano o grupo de estos, privilegiados que tengan esta condición, y otros no. La tienen los hombres y las mujeres, cualquiera sea su orientación sexual o su identidad de género, los niños, los jóvenes, los adultos, los creyentes y no creyentes, los casados y los solteros, los que pertenezcan o no a etnias originarias, los que tengan alguna enfermedad o alguna discapacidad, los chilenos y los extranjeros. Al tenerla todos, es oponible también a todos;

SEPTUAGÉSIMO. Que, sin embargo, este no es el único sentido que se pueda atribuir a esta expresión. También, tiene el sentido de un hecho biológico.

Para la Constitución, en efecto, el nacimiento no es un hecho jurídico menor. Desde luego, la Constitución la usa para definir la nacionalidad, al distinguir entre los nacidos "en el territorio de Chile" y los nacidos "en territorio extranjero" (artículo 10 N° 1 y 2). Enseguida, la usa para establecer la ciudadanía. Conforme al artículo 13 de la Constitución, para ser ciudadano, hay que ser chileno. Asimismo, la Constitución lo utiliza para establecer el requisito de la edad. Este lo establece la Constitución para dos efectos. De un lado, para la ciudadanía. Se requiere 18 años de edad para ello (artículo 13). Del otro, para ocupar cargos públicos. Así, para ser Presidente de la República se requiere tener 35 años (artículo 25); para ser diputado, 21 (artículo 48); para ser senador, 35 (artículo 50); para ser Fiscal Nacional, 40 años (artículo 83); para ser contralor, se requieren 40 años (artículo 98). Finalmente, la utiliza para establecer la condición de persona (artículo 1° inciso primero);

SEPTUAGESIMOPRIMERO. Que el segundo argumento que se señala para no interpretar la expresión "nacen" del artículo 1° inciso primero, como el hecho jurídico

habilitante para adquirir la condición de persona, es un alcance que se hizo cuando se aprobó la reforma constitucional de la Ley N° 19.611, el año 1999.

En efecto, el artículo original del texto constitucional señalaba que "los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

La reforma incorporó la expresión "las personas" en reemplazo de la voz "los hombres".

Durante la tramitación de la reforma, se propuso incorporar la expresión "hombres y mujeres". Pero quedó en personas.

Recordemos que esta reforma incorporó en el artículo 19 N° 2, a raíz de la garantía de la igualdad ante la ley, que "hombres y mujeres son iguales ante la ley". Tal fórmula no la contemplaba el texto original de la Constitución.

Con ocasión del debate en Sala de la señalada reforma constitucional, se aprobó dejar constancia que "el nasciturus, desde la concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por ende, es titular del derecho a la vida";

SEPTUAGESIMOSEGUNDO. Que lo primero que cabe señalar al respecto es que antes y después de la Ley de reforma constitucional, el texto utiliza la expresión "nacen". Antes decía "los hombres nacen". Y ahora dice "las personas nacen". En este sentido, nada cambió.

Enseguida, es necesario sostener que el alcance no es parte del texto constitucional. Puede ser considerado un elemento de interpretación, siempre que no sea contrario a otros preceptos o al propio texto de la Constitución.

Asimismo, el alcance en ningún caso puede ser una ley interpretativa del propio texto que se está incorporando a la Constitución. Estas leyes son expresas

y tienen un quórum especial de aprobación (artículo 66). La Constitución se puede interpretar oficialmente a través de este tipo de leyes. Pero requieren dos requisitos importantes. Un quórum especial (artículo 66) y deben ser objeto del control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional (artículo 93 N° 1). Dicha constancia no siguió ese procedimiento.

Del mismo modo, la constancia no buscó interpretar el artículo 1° que se modificaba, sino el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución. Buscaba entonces, fijar el sentido y alcance de otro precepto constitucional al que se modificaba (el artículo 1 inciso primero de la Constitución). Eso excede su ámbito.

Finalmente, la Ley N° 19.611 tuvo dos modificaciones. Por una parte, reemplazar la expresión "los hombres", por "las personas". Por la otra, incorporar la igualdad entre hombres y mujeres.

Esto último tiene particular relevancia en la controversia que se analiza, toda vez que la médula de la discusión es si la mujer es o no un sujeto de derecho suficiente para autorizar interrumpir el embarazo.

El alcance que se formuló en la Sala tercgiversa ese propósito, pues limita su autonomía frente al nasciturus;

SEPTUAGESIMOTERCERO. Que también se ha sostenido en esta controversia, que la expresión "persona" es equivalente a "especie humana" y "naturaleza humana".

El argumento es el siguiente. Existe una naturaleza humana, que no depende del nacimiento. La tiene incluso el no nacido. Dicha naturaleza le da derechos. Es esta la que se los entrega, no el Estado. Este tendría, por tanto, derecho a la vida;

SEPTUAGÉSIMOCUARTO. Que, al respecto, cabe señalar primeramente, que la Constitución emplea la expresión



"derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" (artículo 5°).

Sin embargo, el mismo texto agrega que tales derechos no son cualquiera, si no aquellos "garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Es decir, los derechos que los órganos del Estado deben respetar y promover son los que están garantizados en ambos textos. No aquellos que emanan únicamente "de la naturaleza humana".

En el mismo sentido, se expresa el encabezado del artículo 19: "la Constitución asegura a todas las personas". Lo mismo dice el artículo 39 de la Constitución (el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución "asegura" a todas las personas).

Alguien podría sostener, sin embargo, que la expresión "asegura" y no "otorga", permite afirmar que hay derechos inherentes a la naturaleza humana.

Al respecto, hay que señalar dos cosas. Por una parte, puede concordarse en que hay ciertos derechos que emanan de la naturaleza humana. Pero aquellos de los que aquí nos ocupamos, son los que la Constitución asegura. Por la otra, a propósito de la definición de bien común, la Constitución establece que este debe procurarse con "pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece". No es, por tanto, cualquier tipo de derechos sino los que la Carta Suprema crea y configura.

Por lo demás, el artículo 19 N° 26 señala que los preceptos legales que regulen o complementen derechos o que los limiten, no son cualquiera, sino que son aquellos cuyas garantías "esta establece".

Además, recordemos que por la ley de reforma constitucional N° 19.295, se incorporó un nuevo derecho,



en el artículo 19 N° 25: el de crear y difundir las artes. Qué sentido tendría dicha incorporación si hay derechos que emanan "de la naturaleza humana". Lo mismo reitera el artículo 20 cuando regula el recurso de protección, que ampara los derechos y garantías "establecidos en el artículo 19...".

Por lo demás, cuáles serían esos derechos, qué contenido tendrían, quiénes serían sus titulares, contra quién y de qué modo se ejercerían, cuáles son sus límites.

Finalmente, aquí la controversia no es sobre estos derechos que existirían más allá de un ordenamiento jurídico. Es sobre el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución;

SEPTUAGESIMOQUINTO. Que también se ha sostenido en esta controversia que la expresión "individuo de la especie humana" comprende al que está por nacer.

Recordemos que el artículo 55 del Código Civil señala que son personas "todos los individuos de la especie humana".

Cabría ahí, porque no se hace distingo, el embrión o feto.

Sin embargo, el mismo artículo 55 agrega que no cabe distinguir para asignar esta condición en base a factores como la "edad, sexo, estirpe o condición".

Al utilizar como factor de no distinción la edad, hay un problema porque ésta se cuenta a partir del nacimiento. Consecuente con eso, el Código dice que la concepción se infiere de la época del nacimiento según una regla que entrega (artículo 76). Y el estado civil de hijo se prueba mediante el certificado de nacimiento (artículo 305).

Además, el problema es que el propio Código dice más adelante, en el ya indicado artículo 74, que la



existencia legal de toda persona principia al nacer. Y el nasciturus, por definición, está en el vientre materno; aún no nace.

También, el Código distingue entre las personas, que necesitan haber nacido, de los que están por nacer, a quien el Código denomina "criatura", "no nacido".

Se trata, en todo caso, de una discusión legal, no constitucional;

SEPTUAGESIMOSEXTO. Que un segundo argumento para sostener que el que está por nacer no es persona, la da el propio artículo 19 N° 1 de la Constitución.

Este parte por señalar que la Constitución asegura a todas "las personas". Es a estas a quienes les reconoce derechos. Luego, el inciso primero del artículo 19 N° 1, garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y síquica a "la persona".

Sin embargo, el inciso segundo ya no emplea la expresión "persona". Habla "del que está por nacer".

Tal como se dijo en estrados por el abogado del Ejecutivo, si la Constitución hubiera querido asimilar el que está por nacer a persona, no habría empleado la proposición "del", sino que "de la" que está por nacer;

SEPTUAGESIMOSÉPTIMO. Que un tercer argumento, es que el resto de los numerales del artículo 19, razonan sobre la base de que la persona está nacida o tiene una edad determinada. Por lo mismo, no es un mero error de redacción. Por ejemplo, el no nacido no puede ser imputado de delito. Por eso el artículo 19 N° 3 inciso cuarto, habla de "toda persona imputada de delito". Asimismo, las personas tienen derecho a la honra y respeto y protección a la vida privada (artículo 19 N° 4). Del mismo modo, el artículo 7° reconoce el derecho de toda persona de residir y permanecer en cualquier lugar de la República y de trasladarse a uno o a otro y a

entrar o salir de su territorio. Eso no puede realizar el no nacido. También, no puede ejercer el derecho a elegir un sistema de salud (artículo 19 N° 9), ni el derecho a la educación (artículo 19 N° 10), ni a la libre contratación en materia laboral (artículo 19 N° 16), etc.

El no nacido no tiene las condiciones habilitantes para que se le reconozca su condición de persona y titular de derechos.

Como se infiere de lo anterior, la forma correcta de interpretar la Constitución no es alterar una interpretación sistemática ni subordinar el resto de los conceptos constitucionales para dar cabida al nasciturus forzando su incorporación en categorías conceptuales no diseñadas para él;

SEPTUAGESIMOCTAVO. Que el que está por nacer es un bien jurídico, de mucha importancia para la Constitución. Por eso se refiere a él y le encarga al legislador su resguardo.

El que está por nacer no necesita del estatuto de persona y distorsionar todo el resto del sistema constitucional y legal, para recibir protección. La Constitución lo relevó de aquello. No hay ninguna entidad que en nuestro sistema jurídico tenga esta posibilidad;

SEPTUAGESIMONOVENO. Que, sin embargo, esta protección no puede hacerse sin la debida consideración a los derechos que tiene la mujer. La Constitución no habilita al Estado a que se pueda poner en peligro la vida de la madre ni le impone tener un hijo producto de una violación. Proteger al no nacido no es título para abandonar a la mujer. El que está por nacer no es el único protegido por la Constitución. El legislador debe buscar la fórmula para que el que está por nacer pueda hacerlo. Pero a partir de cierto límite, los derechos de la mujer deben primar.



El derecho a la vida que tienen todas las personas, tampoco es absoluto. Como se sostuvo en estrados, este se ve limitado por la pena de muerte (artículo 19 N° 1 de la Constitución). También, por una serie de instituciones que legitiman la muerte, como la legítima defensa, el estado de necesidad, el uso del arma de fuego por la autoridad policial.

De este modo, no puede considerarse, como se indicó en estrados, que la vida del que está por nacer sea la única que no puede ser afectada en ninguna circunstancia, por ninguna razón o interés;

X. LAS CAUSALES QUE AUTORIZAN EL ABORTO.

OCTOGÉSIMO. Que, a continuación, nos debemos hacer cargo de los reproches que se formulan a las tres causales que autorizan la interrupción del embarazo en este proyecto de ley.

Recordemos que el proyecto de ley mantiene la tipificación del aborto. El artículo 344 del proyecto establece que "la mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo".

Por eso, el artículo 119 que se introduce al Código Sanitario, establece las tres causales que autorizan la interrupción del embarazo.

Estas exigen, primeramente, que haya voluntad de la mujer de forma expresa, previa y por escrito. Enseguida, que se autorice la interrupción por un médico cirujano. Y, finalmente, que nos encontremos en las tres causales que el proyecto señala;

1. La descripción de las causales.



OCTOGESIMOPRIMERO. Que las tres causales son las siguientes. En primer lugar, está la que consiste en que la mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.

Como se observa, la causal está centrada en la mujer, pues exige riesgo vital para su vida. La interrupción del embarazo debe evitar el peligro que ello implica.

La actual normativa, es decir, el artículo 119 del Código Sanitario vigente, establece que "no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto". Esta norma existe desde el año 1989. Antes regía la norma del D.F.L. N° 725, de 1967, que permitía interrumpir un embarazo con fines terapéuticos.

La antigua causal de interrupción del embarazo "con fines terapéuticos", era mucho más amplia que la de riesgo vital.

La expresión "riesgo vital" no es ajena a nuestro ordenamiento. La ley que regula los Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud (Ley N° 20.584) la utiliza en tres oportunidades. Por de pronto, para definir la atención médica de emergencia (artículo 10 y 15). También para la hospitalización involuntaria (artículo 25). Además, para los casos en que el facultativo consulte al Comité de Ética del establecimiento si la decisión del paciente en torno a su tratamiento compromete su vida u ocasiona graves daños a su salud (artículo 17).

Para proceder a la interrupción es necesario, señala el artículo 119 bis que propone agregar el proyecto al Código Sanitario, contar con el respectivo diagnóstico médico;



OCTOGESIMOSEGUNDO. Que la segunda causal es que el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso, de carácter letal.

Como se observa, mientras la causal anterior estaba centrada en la mujer, ésta está centrada en el embrión o feto.

La patología que debe reunir el embrión o feto debe cumplir con tres requisitos. Desde luego, tiene que ser congénita. Es decir, que se haya adquirido o desarrollado en el seno materno. Enseguida, debe tratarse de una patología que haga incompatible la vida extrauterina independiente del embrión o feto. Esto es, que no pueda vivir, aunque sea apoyado por tecnología, fuera del vientre materno. Finalmente, debe tratarse de una patología letal. Esto es, que cause la muerte del embrión o feto.

Esta causal exige la intervención de dos diagnósticos médicos en igual sentido de médicos especialistas;

OCTOGESIMOTERCERO. Que la tercera causal que permite la interrupción del embarazo, es que este sea producto de una violación.

Esta causal busca proteger la integridad física y síquica de la mujer, que ha padecido dos actos. Por una parte, el que ha sido violada. La violación es un delito que tipifica nuestro Código Penal en los artículos 361 y 362. Consiste, básicamente, en el acceso carnal, usando fuerza o intimidación, o aprovechándose que se haya privada de sentido o no pueda oponerse. También hay violación cuando se abusa de la enajenación por trastorno mental de la víctima. No se requieren dichas circunstancias si el acceso carnal es una persona menor de catorce años. Por la otra, es necesario que producto de esa violación, la mujer haya quedado embarazada.

Esta causal exige que el diagnóstico respectivo lo realice un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos. Dicho equipo debe confirmar, desde el punto de vista médico, la concurrencia de los hechos y la edad gestacional.

Esta causal es la única de las tres que exige un plazo máximo de gestación. Este es distinto según se trate de una niña menor de catorce años o no. Si la víctima es una niña menor de catorce años, la interrupción puede realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación. Si es mayor, el plazo máximo de gestación es de 12 semanas;

OCTOGÉSIMOCUARTO. Que de lo anterior, se infiere que las circunstancias que permiten configurar estas tres causales en el presente proyecto de ley, están tipificadas; reflejan situaciones graves; tienen estrictos requisitos y buscan que la mujer no sea sometida reproche penal alguno en caso que interrumpa el embarazo;

OCTOGESIMOQUINTO. Que como se observa, el proyecto de ley a diferencia de lo sostenido por los requirentes, no desprotege al que está por nacer. En primer lugar, porque sigue habiendo delito de aborto. En segundo lugar, porque el proyecto sólo libera de reproche penal en tres causales. En tercer lugar, porque las causales están sometidas a estrictos requisitos, que no dependen sólo de la voluntad de la mujer, pues exigen un diagnóstico médico. Finalmente, porque el proyecto no deroga ni modifica el conjunto de disposiciones legales de todo tipo que buscan proteger al que está por nacer;

2. La constitucionalidad de las tres causales.

OCTOGESIMOSEXTO. Que los requirentes objetan cada una de estas causales. A ello nos abocaremos a continuación.

Sin embargo, hay que precisar ciertos aspectos del cuestionamiento, serán tratados aparte, en otro capítulo, pues están formulados como desigualdades antes la ley;

a. La primera causal no vulnera la Constitución.

OCTOGESIMOSÉPTIMO. Que como ya indicamos, los reproches que se formulan respecto de esta causal, es que permite un aborto directo, en circunstancias en que la Constitución tolera sólo el aborto indirecto. Enseguida, sostiene que la causal es innecesaria, porque el actual art. 119 del Código Sanitario permite el aborto indirecto. Asimismo, consideran que la causal que la hace procedente ("riesgo vital"), es ambigua. También reprochan que la causal se haga operativa mediante la intervención de un solo doctor, y no de dos o más, o de un equipo médico;

OCTOGESIMOCTAVO. Que, antes que nada, debemos separar los reproches jurídico-constitucionales, de las objeciones del mérito o conveniencia. Sólo de los primeros nos podemos hacer cargo. Los segundos son de apreciación del Congreso Nacional.

Consideramos que se encuentra en esta última situación el reproche de que no basta la intervención de un doctor. Se necesitan otros.

Sin embargo, dejamos constancia que entre 1931 y 1967, el aborto terapéutico exigía tres facultativos. Luego, entre 1967 y 1989, esto se rebajó a dos. El proyecto exige el diagnóstico médico de un médico cirujano.

Es posible sostener que dicha exigencia se funda en dos criterios. Por una parte, en los avances en la

medicina. Por la otra, a que la causal exige riesgo vital. Por lo mismo, no se puede retardar la atención del paciente en más consultas.

Por lo demás, en otras hipótesis de riesgo vital, es indudable que no se exigen más diagnósticos;

OCTOGESIMONOVENO. Que, también caen en el análisis de mérito el que la causal sea innecesaria, porque el actual artículo 119 permite el aborto terapéutico.

El Congreso consideró que era necesario legislar en esta materia. Se puede discutir sobre si efectivamente el artículo 119 permitía o no el aborto indirecto. El hecho es que esa disposición es reemplazada por un nuevo texto legal.

Nosotros no podemos juzgar la ley vigente. Sólo podemos hacerlo respecto del proyecto de ley que se nos ha sometido a examen;

NONAGÉSIMO. Que tampoco podemos hacernos cargo de argumentos que implican el control de ejercicio o aplicación de disposiciones legales. Eso es propio de la inaplicabilidad o de recursos de ilegalidad. El control que está ejerciendo esta Magistratura en esta oportunidad, es un control de constitucionalidad de naturaleza abstracta.

Por eso no podemos hacernos cargo del reproche que sostiene que la causal puede ser usada para encubrir muchas hipótesis. No podemos especular en la materia;

NONAGESIMOPRIMERO. Que el primer reproche jurídico constitucional que se formula a la causal es que la Constitución permite sólo el aborto indirecto, en circunstancias que la norma que se examina permite el aborto directo.

Detrás de ese reproche está la doctrina del doble efecto. Esta postula que es lícito moralmente agotar las posibilidades de salvar a la madre y al feto. Pero que si



eso no es posible, y se salva la madre, no hay intención de matar al feto;

NONAGESIMOSEGUNDO. Que, al respecto, cabe señalar que la Constitución no se refiere al aborto. Ya examinamos que en la expresión "protege" no hay un mandato penal, sino que un encargo general al legislador para que ampare o defienda al que está por nacer. Indudablemente no excluye la intervención penal. Pero, como todo delito, es entregado en su configuración al legislador;

NONAGESIMOTERCERO. Que, por otra parte, por la Ley de los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, la decisión de cómo proceder no es únicamente del facultativo, porque dicha normativa exige el consentimiento del paciente. Por lo mismo, no puede haber un aborto indirecto sin dicha voluntad. Es la mujer la que debe establecer cómo proceder. Ni aún en caso de riesgo vital, se puede proceder sin ese consentimiento (artículo 15 letra b);

NONAGESIMOCUARTO. Que, en todo caso, en cualquiera de los tipos de aborto, el resultado será siempre el mismo: la muerte del feto. En el aborto no hay muerte natural del que está por nacer. Hay una acción médica que provoca su muerte. En este caso concreto, dicha muerte es porque el embarazo pone en peligro vital a la mujer;

NONAGESIMOQUINTO. Que no hacer nada frente al riesgo que produce el embarazo en la mujer, es una forma de decidir. Requerida por la mujer la interrupción del embarazo y diagnosticado por el cirujano el riesgo vital, no cabe otra solución que la interrupción para salvar la vida de la madre;

b. La segunda causal no vulnera la Constitución.

NONAGESIMOSEXTO. Que respecto de esta causal, se afirma que es difícil de diagnosticar. También, que el que está por nacer no puede ganar o perder derechos de acuerdo a su estado de salud. Asimismo, hay un riesgo para la salud de la madre, toda vez que este aborto no tiene plazo; y entre más edad gestacional tenga el feto, mayor riesgo para ella. Del mismo modo, no repara el efecto psicológico en las madres que el aborto produce, afectando su integridad física y psíquica, que le garantiza la Constitución. Además, se sostiene, que dos doctores para certificar la causal no es suficiente, dado que la muerte encefálica se exige un equipo de médicos y certificación unánime e inequívoca. Finalmente, se reprocha que no hay acuerdo entre los especialistas respecto al listado de enfermedades que se encuentra en esta causal;

NONAGESIMOSÉPTIMO. Que al igual que en el caso anterior, debemos separar las objeciones de las que nos podemos hacer cargo de aquellas que no.

No podemos hacernos cargo que la norma exija dos médicos para certificar la causal. En todo caso, el contraste que se formula respecto de la muerte encefálica no es efectivo. La Ley N° 19.451 exige que la certificación unánime e inequívoca sea otorgada por un equipo médico. Pero el reglamento de la ley (D.S. N° 35/Salud/2013), estableció que dicho equipo debe estar compuesto por "a lo menos dos médicos cirujanos, uno de los cuales deberá desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía" (artículo 17). Por lo mismo, se exigen también dos facultativos;

NONAGESIMOCTAVO. Que tampoco nos podemos hacer cargo de lo difícil del diagnóstico de la patología. Se trata nuevamente de un control de aplicación de normativa, no de atribución de facultades.

Por lo demás, lo fácil o difícil del diagnóstico de una determinada enfermedad no hace más o menos constitucional la norma.

También hay que considerar que la enfermedad que permite la interrupción del embarazo no es la única enfermedad de difícil diagnóstico en nuestro país. Ello no ha impedido que opere la medicina o se paralice el proceso de atender el paciente.

Asimismo, este tipo de obstáculos no pueden impedir la posición legal que otorga el proyecto de ley a la mujer. Los médicos deben desplegar el máximo esfuerzo que su ciencia les permita, para que no se sume a la patología del feto, el peligro sustantivo de una parálisis decisoria por falta de un diagnóstico correcto y oportuno.

Sin duda que los facultativos deben actuar sobre la base de una información relevante, completa y confiable. Pero eso no se lo puede garantizar el proyecto de ley. Tiene que ver más con especialidades médicas, infraestructura, equipamiento;

NONAGESIMONOVENO. Que en relación a la objeción del efecto psicológico en las madres y su eventual amenaza en la integridad física y síquica, cabe señalar que durante las audiencias públicas se aludió a distintos estudios. En unos, se afirmaba que el aborto era perjudicial en estos casos; mientras en otros, se sostenía que era aliviador.

Como es la madre la que inicia el proceso de interrupción del embarazo, sin perjuicio de toda la información y el acompañamiento que pueda tener, es ella la que asume conscientemente los efectos de su decisión.

No podemos partir de la base, como se sostuvo durante las mismas audiencias públicas, que a la mujer se le nubla el juicio en estas circunstancias. Eso, en todo

caso, no emanaba de los estudios. La mujer es la que debe decidir si continuar adelante con el embarazo, no obstante la patología del embrión o feto, que necesariamente terminará en la muerte de éste, o que quiere terminar con esta situación y proceder a interrumpir el embarazo. ¿Por qué tiene que decidir el juez, el marido, el médico y no la mujer? Mientras la mujer está embarazada puede celebrar actos y contratos, es responsable ante la ley, puede seguir trabajando o estudiando, puede ser candidata, puede votar. Para todos esos actos no se la considera con esta interdicción pasajera;

CENTÉSIMO. Que respecto del eventual riesgo en que pueda incurrir la madre, producto de que el aborto no tiene plazo, hay que considerar que la decisión está sujeta al informe previo y favorable de dos diagnósticos médicos en igual sentido. Y no de cualquier médico, sino que de "médicos especialistas". Por lo mismo, hay que confiar en la capacidad de ese equipo y en la *lex artis* que lo guía.

Otras enfermedades, no obstante, que producen un riesgo mayor en el paciente, no requieren de este tipo de diagnóstico colectivo.

Por lo demás, el riesgo es asumido íntegramente por la mujer, toda vez que se requiere su consentimiento;

CENTESIMOPRIMERO. Que lo anterior guarda armonía con el mandato de protección del que está por nacer, toda vez que la decisión de interrupción del embarazo siempre constituirá una medida de "última ratio", de modo tal que debe intentarse siempre disminuir al máximo la posibilidad de un error en el diagnóstico y acercarse desde lo científico a la mayor certidumbre que sea posible, de manera de evitar los perjuicios derivados de una determinación que tendrá carácter de irreversible;

CENTESIMOSEGUNDO. Que en relación a la posibilidad de que se produzca el aborto y el feto logre sobrevivir, por una parte, el proyecto contempla que el prestador de salud debe proporcionar los cuidados paliativos. En el caso que no los necesite, está la regla general del sistema de salud; y, por tanto, deberá sujetarse a este. No es que no haya regla para el caso que nazca vivo y sobreviva sin dificultades. La situación compleja de que nazca vivo y con dificultades, el proyecto la soluciona. Si el feto nace vivo, tiene todos los cuidados de cualquier persona. Y, por eso, la ley habla de parto.

De todas maneras, se trata de una situación excepcionalísima, toda vez que la causal implica que la patología sea incompatible con la vida extrauterina independiente;

CENTESIMOTERCERO. Que, por otra parte, en cuanto al capítulo de los requerimientos que expresan que la despenalización sería más bien una prestación médica que se constituye en un auténtico derecho subjetivo, no es posible desconocer que la Constitución Política asegura a todas las personas, en el artículo 19 N° 9, el derecho a la protección de la salud, lo que conlleva que las acciones de salud que ahí se establecen el Estado está obligado a garantizarlas, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley. Como se ve, corresponde al Estado y los particulares otorgar las prestaciones de salud, en el caso del aborto en las causales despenalizadas, considerando que se verifica una afectación a la vida e integridad física y psíquica. La protección de la salud es un derecho constitucional que permite garantizar el derecho a la vida;

Las prestaciones médicas que se derivan de la 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.

Por lo anteriormente expresado, las prestaciones médicas para practicar el aborto justificado, no son un nuevo derecho subjetivo, sino, sólo una concreción y confirmación del derecho constitucional a la protección de la salud, que debe garantizarse a las mujeres como titulares universales del mismo y que se encuentran enfrentadas a la decisión de interrumpir su embarazo. No hay un derecho nuevo, sino la garantía de igualdad ante la ley, pues se trata de una categoría eventual de pacientes que deben ser tratados de la misma forma;

CENTÉSIMOCUARTO. Que, finalmente, se sostiene que el feto no puede ganar o perder derechos de acuerdo al estado de salud.

Ya explicamos en otra parte de esta sentencia, que el feto no tiene derecho a la vida, por no ser jurídicamente persona.

Se trata, además, de un embrión o feto que padece una patología letal. Por lo mismo, la decisión es si la muerte se va a producir antes o después de la interrupción, estando fuera de la hipótesis de protección de la vida que está por nacer.

Como señalaremos más adelante, no se puede imponer a la mujer una carga de soportar su embarazo a todo evento con este embrión o feto destinado a fallecer. Ella es la que tiene que decidir, con los dos facultativos especialistas;

c. La tercera causal no vulnera la Constitución.

CENTESIMOQUINTO. Que en relación a la causal de violación, se sostiene que medicamento no se justifica

porque estamos frente a una mujer sana, y un feto sano. Por lo mismo, es un asesinato. Enseguida, se sostiene que el alivio al trauma de la violación no es el aborto; por lo mismo, hay un efecto negativo en la salud de la mujer, que afecta su integridad física y psíquica. También, se reprocha que hay un riesgo para la mujer. Por otro lado, se cuestiona el que no se tomen los resguardos adecuados para acreditar la violación. De ahí que se permite darla por establecida para tomar decisiones que comprometen la vida del que está por nacer. Finalmente, el acompañamiento del proyecto a la mujer que tiene que decidir, no es obligatorio; y no es un acompañamiento disuasivo;

CENTESIMOSEXTO. Que nuevamente debemos distinguir entre los cuestionamientos jurídico-constitucionales y aquellos de mérito o de crítica a la regulación establecida en el proyecto.

El que se sostenga que el alivio al trauma de la violación no es el aborto, es una decisión de conveniencia o mérito. Es el legislador el que apreció que era una alternativa de solución. En todo caso, no es una decisión impuesta por el Estado, sino que recae en la decisión de la mujer y del equipo médico encargado de examinarla.

En esta misma categoría se ubica el alegato de que la causal se puede prestar para abusos. Eso es un control de aplicación de ley. El fraude a la ley no es sin más un asunto de constitucionalidad;

CENTESIMOSÉPTIMO. Que no es efectivo que se trate de una mujer indemne. Cualquier mujer que haya sido violada, y más encima embarazada producto de esa violación, tiene un trauma. Este podrá ser mayor o menor; pero no puede ser desconocido;

CENTESIMOCTAVO. Que en relación a que el feto está sano, no es la única causal que ello puede suceder.

Tratándose de la causal de riesgo vital, este no necesariamente es producto de alguna patología del feto. Puede ser consecuencia de enfermedades de la madre, previas o adquiridas, desarrolladas o no, producto del embarazo.

Por otra parte, el énfasis no tiene que estar puesto en el embrión o feto, sino que en el sufrimiento de la mujer.

Más todavía si, como se señaló en las audiencias públicas por la doctora Huneeus, el 66% de los embarazos por violación corresponden a adolescentes. De ellos, el 12% son menores de 14 años; y el 7% son menores de 12 años. Y en el 92% de esos casos, la violación la cometen familiares; y en casi la mitad de esos casos, son reiteradas.

Por lo tanto, estamos frente al sufrimiento de una menor;

CENTESIMONOVENO. Que se trata de darle a la mujer una defensa tardía del ataque vejatorio de que fue objeto. La mujer no tiene por qué hacerse cargo de los efectos del delito. En efecto, una cosa es el embarazo, que dura un tiempo. Y otra es la maternidad, que dura toda la vida.

Por lo demás, todas las convenciones internacionales más arriba individualizadas, establecen como deber del Estado evitar la violencia física, sexual y psicológica contra la mujer;

CENTESIMODÉCIMO. Que en cuanto al riesgo de la mujer, al verse expuesta a un aborto, a diferencia de las otras causales, esta tiene plazo. Ya señalamos que ese plazo es de 12 semanas para las mujeres mayores de 14 y 14 semanas para las menores de esa edad.

Dicho plazo implica que hasta antes de finalizar ese período, la mujer tiene la opción de interrumpir el

embarazo. Después de vencido ese plazo, el legislador entiende que ha asumido este, renunciando a dicha interrupción. Y por lo mismo, debe continuar con él, como cualquier otra mujer. Esa es una forma de proteger al que está por nacer.

El plazo está establecido sobre la base que como las violaciones con embarazo afectan a niñas, estas no se percatan de la situación hasta que es evidente.

El plazo disminuye el riesgo, porque este aumenta con la edad de gestación;

CENTESIMODECIMOPRIMERO. Que en cuanto al argumento que no se contemplan soluciones alternativas y que el acompañamiento no es obligatorio, cabe señalar que el proyecto obliga al prestador de salud a entregarle a la mujer información verbal y escrita sobre las alternativas a la interrupción del embarazo. Dicha información debe ser completa y objetiva. En cuanto a que el programa de acompañamiento no es disuasivo, eso no lo hace inconstitucional. Lo relevante es que sea la mujer que decida cómo obtiene una mejor reparación. Ni el acompañamiento ni la información, pueden ser coactivas. Es decir, estar destinados a forzar la voluntad de la mujer en un determinado sentido. Lo importante es que haya acogida, apoyo y redes de apoyo. Sólo así se respetan adecuadamente sus derechos;

CENTESIMODECIMOSEGUNDO. Que en cuanto al argumento que la violación, antes de proceder a la interrupción del embarazo, debe estar acreditada judicialmente, cabe señalar lo siguiente.

Por de pronto, cuando cualquier persona llega a un hospital, aunque haya participado en un delito, se le atiende. No se le pide acreditar su participación en el hecho delictivo. Se procede inmediatamente a entregarle el tratamiento que corresponda. No se le condiciona a que demuestre que ha sido víctima o partícipe del delito.

Para iniciar el procedimiento de interrupción, la ley también sigue la misma lógica. Separa la atención del paciente de la parte judicial.

Por eso, el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal obliga a toda persona que se encuentra a cargo de un establecimiento de salud a dar cuenta al fiscal de la entrada de cualquier individuo que tuviere lesiones corporales de significación. Pero no se le autoriza a negar o condicionar la atención médica.

Enseguida, el proyecto obliga a hacer las denuncias que correspondan. Para tal efecto, hace un distinguo. De un lado, la mujer mayor de 18 años. Esta, de acuerdo al artículo 369 del Código Penal, no está obligada a hacer denuncia a la justicia o al Ministerio Público. No obstante eso, el proyecto dice que si la mujer no hizo la denuncia, los jefes de los establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares, deben poner en conocimiento del Ministerio Público este delito.

Del otro, tratándose de menores de 18 años, dichos jefes deben proceder a hacer la denuncia y notificar al Servicio Nacional de Menores.

No es, por tanto, que el asunto penal no importe. Es sólo que no condiciona el procedimiento de interrupción.

Asimismo, el equipo médico debe concentrarse en confirmar la ocurrencia de los hechos y la edad gestacional, y respetar el principio de confidencialidad médico paciente. En dicho equipo deben existir todos los profesionales que puedan aportar en la situación que la mujer señala (médicos, psicólogos, psiquiatras).

Los informes que este equipo evalúe serán determinantes para la decisión e incluso para la comprobación del delito en la investigación penal.

Finalmente, el proyecto establece que la comparecencia de la víctima a los actos del procedimiento

judicial es siempre voluntaria, sin que quepa ningún tipo de apremio;

XI. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD.

CENTESIMODECIMOTERCERO. Que, por otra parte, es necesario someter el alegato de los requirentes al test de proporcionalidad. Ellos sostienen que la mejor manera de proteger al que está por nacer es mediante medidas penales;

CENTESIMODÉCIMOCUARTO. Que en cuanto a la idoneidad, la pregunta central es si la medida penal es la más eficaz para proteger al no nacido.

En los anexos acompañados por el Ejecutivo en su contestación, viene una serie de estadísticas no controvertidas por los requirentes. En ellas se señala que durante el año 2014 hubo 30.799 egresos hospitalarios por aborto. No obstante, entre el año 2005 y 2016, el número de mujeres formalizadas por delito de aborto y por aborto sin consentimiento, corresponden a 378 mujeres. Las mujeres condenadas sólo ascienden a 148.

Ello demuestra inmediatamente que la persecución y sanción penal no ha sido el mecanismo idóneo para proteger al no nacido.

Hay que señalar, además, que en esa cifra de 30.000 no se incluyen los abortos clandestinos.

De la sola lectura de estas cifras, se demuestra que la **protección** penal no es la más idónea;

CENTESIMODECIMOQUINTO. Que en cuanto al test de necesidad, ya anotamos en otra parte de esta sentencia que el derecho penal es siempre última ratio. Por lo mismo, por definición, hay otras medidas menos lesivas.

Además, la sanción penal absoluta del aborto, sin causales de excepción, choca con los derechos de la mujer.

No se da, en consecuencia, el segundo elemento del test;

CENTESIMODECIMOSEXTO. Que, finalmente, en cuanto al balance, tampoco procede.

Desde luego, se contrasta los derechos de la mujer con un bien jurídico protegido.

Enseguida, el embarazo provoca un compromiso vital de la mujer, que afecta toda su vida. La intensidad de la unión entre ella y el embrión o feto, se establece un vínculo único, diferente a lo que se conoce. Sin embargo, la presencia de las tres causales que el proyecto contempla, obligan a ponderar las cargas excesivas que estas significan para la mujer. El derecho no puede obligar a las personas a actuar contra sí mismas, y obligarlas a soportar el riesgo vital, la muerte de su hijo por una patología letal o la maternidad como consecuencia de la violación;

XII. NO SE AFECTA LA IGUALDAD ANTE LA LEY.

CENTESIMODECIMOSÉPTIMO. Que, finalmente, los requirentes alegan una serie de distinciones que hace el proyecto vulneran la igualdad ante la ley.

En primer lugar, se reprochan las distintas formas de acreditación de las causales.

A este respecto, cabe señalar que son causales distintas, sometidas a requisitos distintos, que no se pueden asimilar y someter a una misma regla común.

Enseguida, para el resto de situaciones médicas, salvo casos muy excepcionales, no hay prácticamente regulación legal. En este sentido, el proyecto

complementa la lex artis con intervenciones obligatorias y regladas de facultativos.

Asimismo, en la medida que la causal se complejiza, aumenta la cantidad de equipo médico que debe participar;

CENTESIMODECIMOCTAVO. Que también se reprocha el distingo de edad de las mujeres violadas, entre mayores de 14 años y menores.

Esta separación se hace sobre la siguiente base. De acuerdo a la Ley de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, se debe distinguir entre los que sean mayores de 14 años y los menores de esa edad. Los menores son inimputables. Para los que sean mayores de 14 y menores de 18, se les aplica esta ley. Y para los mayores de 18, se les aplica el estatuto general.

El punto es importante, porque aquí estamos hablando de causales que impiden el reproche penal en un delito: el de aborto.

Enseguida, el distingo se funda en que de acuerdo al Código Penal, el acceso carnal a una menor de 14 años, es siempre violación (artículo 362 del Código Penal).

Por lo tanto, el distingo no es artificial, sino coherente con el resto de la legislación;

CENTESIMODECIMONOVENO. Que, en tercer lugar, se reprocha que no es razonable la forma en que los padres o los representantes legales participan en el proceso.

El proyecto hace un distingo entre las menores de 14 años y las mayores de 14 y menores de 18 años.

Para las menores de 14 años, es necesaria la autorización del representante legal. Para las mayores de 14 y menores de 18, basta que se informe al representante legal; y si hay más de uno, al que la menor señale.



El distingo recién señalado se funda en que están en juego aquí derechos personalísimos. También en que romper la confidencialidad puede ser extremadamente gravoso para el menor. Está en juego el interés superior del menor.

De hecho, el propio proyecto contempla que cuando el riesgo sea mayor, no se requiere autorización del representante, yendo el equipo médico directamente donde el juez. Lo mismo sucede en el caso en que cabe información, porque si se dan las mismas causales, se prescinde de la comunicación y se informa al adulto familiar que la adolescente indique y, en caso de no haberlo, al adulto responsable que señale.

Además, no es el único caso en que se opera así. Existen procedimientos parecidos en la Ley N° 20.584, sobre los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud (artículo 15), también en la Ley N° 20.418, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad (artículo 2°). Asimismo, en la Ley N° 19.779 que establece normas relativas al VIH, se establece otro procedimiento equivalente (artículo 5);

CENTESIMOVIGÉSIMO. Que, en cuarto lugar, se cuestiona el acompañamiento. Se sostiene que no es suficientemente disuasivo cuando la mujer desea interrumpir el embarazo.

Al respecto, cabe señalar que el proyecto estructura sus disposiciones sobre la base de la dignidad de la mujer. Desde luego, porque ella decide. Para eso pone énfasis en que su voluntad debe ser expresa, previa y escrita. Enseguida, se le informan todas las alternativas posibles. Luego se le entrega un acompañamiento, incluso si decide interrumpir el embarazo.

Para los requirentes si el acompañamiento no es disuasivo, no se protege la vida del que está por nacer.

Sin embargo, a estas alturas, ya está claro que dicha protección no es un título para imponer sacrificios a la mujer. El Estado debe respetar la decisión, pero no imponerla ni coaccionarla;

CENTESIMOVIGESIMOPRIMERO. Que en mérito de todo lo anterior, consideramos que el requerimiento debe ser rechazado, en todas sus partes.

CAPÍTULO SEGUNDO.

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

CENTESIMOVIGESIMOSEGUNDO. Que el Tribunal Constitucional acogerá este capítulo de los requerimientos parlamentarios, declarando parcialmente inconstitucional el nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario, que agrega el artículo 1°, N° 3, del Proyecto de Ley objetado;

CENTESIMOVIGESIMOTERCERO. Que el numeral 3 del Proyecto introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario, regulando por primera vez en forma expresa en nuestro derecho, el tema de la objeción de conciencia. Dispensa en tal virtud tanto al médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso del artículo 119 - agregado por el N° 1 del mismo Proyecto - cuanto al resto del personal profesional al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención, de la obligación de efectuar el respectivo acto quirúrgico, cumpliéndose las formalidades que indica;

CENTESIMOVIGESIMOCUARTO. Que la disposición aludida comete al Ministerio de Salud la dictación de los



"protocolos necesarios para la ejecución de la obligación de conciencia", resguardando el deber de "asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo ...". Acto seguido, el acápite final del inciso 1° de este nuevo artículo declara que "[L]a objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución".

Es precisamente este pasaje del mandato legal el que ha sido reprochado de inconstitucional, por entender las requirentes que: a) la restricción de tal derecho a solo los médicos y personal profesional concernidos, constituiría una discriminación arbitraria respecto del personal de salud no profesional que también participa en el correspondiente acto médico, así como afectaría la libertad de asociación y la autonomía de los cuerpos intermedios para el cumplimiento de sus propios fines específicos, y b) que asimismo el derecho a la objeción de conciencia no puede quedar limitado exclusivamente a los profesionales intervinientes en la prestación de que se trata, sino que ha de expandirse además a las instituciones en que ellos prestan sus servicios, so pena de quebrantar las garantías que se menciona y que se explicitarán en el desarrollo de esta argumentación;

ANÁLISIS DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA COMO UN DERECHO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADO

CENTESIMOVIGESIMOQUINTO. Que el fundamento constitucional del derecho de que se trata, se suele afincar en el artículo 19, N° 6° de nuestra Carta Política, en cuanto asegura a todas las personas "*[L]a libertad de conciencia, la manifestación de todas las creaciones y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público*". Sin embargo y como puede apreciarse de su simple lectura, este precepto no contiene un

reconocimiento expreso de este derecho, que ha sido definido como "el derecho a no ser obligado a cumplir, por razones de conciencia, las imposiciones de la ley" (Informe N° 43, Caso 12219 Fondo Cristián Daniel Sahli Vera y otros v. Chile (10.03.2005, N° 37);

CENTESIMOVIGESIMOSEXTO. Que no son muchas las Constituciones que, en el derecho comparado, reconocen explícitamente en su texto a la institución en análisis, otorgándole efecto liberatorio de alguna obligación concreta. Entre las excepcionales que lo hacen, cabe mencionar la española de 1978, cuyo artículo 30.2 encomienda al legislador la regulación, con las debidas garantías, de la objeción de conciencia, todo ello a propósito de las obligaciones militares de los españoles. Lo propio hace la Constitución Nacional del Paraguay, de 1992, en su artículo 37, que junto con reconocerla, la extiende "por razones éticas y religiosas para los casos en que esta Constitución y la ley admitan";

CENTESIMOVIGESIMOSEPTIMO. Que el tema que nos convoca ha sido tratado en órganos de justicia constitucional, tanto en Europa como en Latinoamérica.

La Corte Europea de Derechos Humanos, en efecto, reconoce y admite la legislación nacional referida a la objeción de conciencia de personal médico (CEDH. P.S. vs. Polonia, aplicación número 57375-08, de 5.11.12, par. 107). La interrupción del aborto en ciertas circunstancias, conlleva, en muchos países europeos, un debate persistente sobre el alcance y titularidad del derecho a la objeción de conciencia, no solo individual, sino también por parte de las instituciones de salud, aspecto muy complejo especialmente tratándose de instituciones de carácter privado con un ideario contrario a dichas prácticas;

CENTESIMOVIGESIMOCTAVO. Que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Resolución 1763, de 2010, tuvo oportunidad de invitar a los Estados

miembros del Consejo de Europa "a desarrollar marcos legales claros y completos que definan y regulen la objeción de conciencia en relación con los servicios médicos y de salud" los cuales deben garantizar "el derecho a la objeción de conciencia en relación con la participación del procedimiento en cuestión" (4.1.)h;

CENTESIMOVIGESIMONOVENO. Que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos reconoce que "los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación" (Corte IDH., caso Cantos vs. Argentina. Excepciones preliminares, serie C, N° 85-2001, par. 22 y 23). La Corte ha abierto pues la puerta para que, de manera excepcional y en ciertas circunstancias, las personas jurídicas puedan ser consideradas como titulares de ciertos derechos y obligaciones conforme al sistema interamericano. No obstante en reiteradas oportunidades ha manifestado también que las personas jurídicas no son titulares del derecho a la libertad de conciencia y de religión. Con todo esta aproximación - que como se ve no es del todo uniforme - no es vinculante para esta instancia de justicia constitucional. Como se ha expresado anteriormente en la disidencia relacionada con las causales de interrupción voluntaria del embarazo, tales enunciados no son vinculantes a su respecto, sin perjuicio de su importancia como herramienta hermenéutica, relativizada en este punto por la falta de completa uniformidad de estas decisiones;

CENTESIMOTRIGESIMO. Que, en consecuencia, este Tribunal Constitucional fundará su decisión respecto al derecho de libertad de conciencia y religión que ostentan las personas jurídicas, en materia de objeción institucional, en una perspectiva diversa de la sustentada por la Corte Interamericana, con estricto

apego a la norma del artículo 19, N° 6°, pero, además, considerando las garantías contenidas en los numerales 11° y 15°, en relación con el artículo 1°, inciso tercero, de nuestra Carta Fundamental, con arreglo al desarrollo argumental de que se da cuenta en las consideraciones siguientes.

**ANALISIS DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL PROYECTO
DE LEY CUESTIONADO.**

CENTESIMOTRIGESIMOPRIMERO. Que la objeción de conciencia, en la forma planteada por el proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, debe entenderse amparada por la dignidad de las personas que - individualmente o proyectada en su asociación con otros- se niegan a practicar cierto tipo de actuaciones (la interrupción del embarazo), por razones éticas, morales, religiosas, profesionales, u otras de señalada relevancia;

CENTESIMOTRIGESIMOSEGUNDO. Que, en efecto, ya de entrada la Constitución Política, en el artículo 1°, inciso primero, reconoce expresamente -entre las "Bases de la Institucionalidad"- la dignidad de las personas, entendida como aquella cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados (STC Rol N° 389, c. 17°). De esta forma, ninguna ley puede disponer de las personas como un medio; a un punto tal que incluso a costa de tener que enajenar las propias convicciones que la definen como persona, cual recurso humano, sea puesta a satisfacer los deseos, apetencia o necesidades de otros.

Una alienación tal implica, entonces, despojar a los destinatarios de la norma de su misma calidad de

personas, e imponer la obediencia ciega frente a los dictados de una ley que desconoce el elemental derecho, a ampararse en las propias convicciones, para no llevar a cabo un acto que violente su conciencia;

CENTESIMOTRIGESIMOTERCERO. Que la objeción de conciencia, esto es, el rechazo a una práctica o deber que pugna con las más íntimas convicciones de la persona es, precisamente, una manifestación de la libertad de conciencia asegurada, en nuestra Constitución, en su artículo 19 N° 6°.

La doctrina ha señalado que la libertad de conciencia *"importa la de creer en lo que se desee, sea en materia política, social, filosófica o religiosa. Es una variante de la libertad de pensamiento y comprende el derecho a pensar libremente, el derecho de cada uno a formar su propio juicio, sin interferencias."* (Sagüés, Néstor Pedro. Derecho Constitucional 3 Estatuto de los Derechos. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 255).

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;

CENTESIMOTRIGESIMOQUINTO. Que, en la misma línea de razonamiento, atendida la naturaleza y peculiaridad del Proyecto de Ley en revisión, no se divisa razón jurídica alguna para restringir la objeción de conciencia solamente a las personas naturales que revistan la condición de profesionales. Cuando aquéllas que no lo son

también podrían tener reparos, en conciencia, frente a los procedimientos en que deben intervenir;

CENTESIMOTRIGESIMOSEXTO. Que, no es menos evidente, asimismo, 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 1º, inciso tercero. La interposición de este legítimo reparo no se agota en el orden individual, puesto que también se extiende y propaga a las asociaciones destinadas a encarnar el mismo libre pensamiento, acorde con el derecho que asegura a todas las personas el artículo 19, N° 15º, de la Constitución.

E idénticamente pueden hacerla valer las instituciones religiosas, personas jurídicas o entidades con idearios confesionales que se proyectan hacia el ámbito de la salud, al amparo del artículo 19, N° 6º, constitucional. Como también les es dable oponer la objeción de que se trata a los establecimientos educacionales con una función e ideario en el sentido indicado, de conformidad con el artículo 19, N° 11º, de la Carta Fundamental;

CENTESIMOTRIGESIMOSÉPTIMO. Que conviene puntualizar que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los establecimientos de enseñanza tienen un ideario que debe ser respetado. Es así como el mismo Tribunal Constitucional de España, razonando sobre la libertad de cátedra, ha afirmado que "En los centros privados, la definición del puesto docente viene dada, además de por las características propias del nivel educativo, por el *ideario* que, en uso de la libertad de enseñanza y dentro de los límites antes señalados, haya dado a aquél su titular, Cualquier intromisión de los poderes públicos en la libertad de cátedra del profesor sería así, al mismo

tiempo, violación también de la libertad de enseñanza del propio titular del centro (...)” Más adelante precisa que *el ideario “forma parte de la propia libertad del centro.”* (Sentencia 5/1981, de 13 de febrero de 1981);

CENTESIMOTRIGESIMOCTAVO. Que, en consecuencia, se declaran inconstitucionales y deberán eliminarse del proyecto de ley las siguientes expresiones contenidas en el nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario:

1) La expresión **“profesional”**, que va entre las frases “el resto del personal” y “al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención”, que se encuentra en el inciso primero del artículo 119 ter del Código Sanitario, agregado por el artículo 1º, N° 3, del Proyecto de Ley en examen.

2) La frase impeditiva **“en ningún caso”**, que se emplea entre “es de carácter personal y” y “podrá ser invocada por una institución”, en el inciso primero del artículo 119 ter del Código Sanitario, agregado por el artículo 1º, N° 3, del citado Proyecto de Ley.

3) La frase **“Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119”**, contenida en la parte final del inciso final del nuevo artículo 119 ter, agregado por el artículo 1º, N° 3, del mismo proyecto de Ley.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 3º, e incisos cuarto y siguientes, y las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República, y en los artículos 61 y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,



SE RESUELVE:

1°. Que se rechazan las impugnaciones efectuadas al artículo 1°, numeral 1°, que sustituye el artículo 119 del Código Sanitario; artículo 1°, numeral 2°, que incorpora un nuevo artículo 119 bis al Código Sanitario; artículo 1°, numeral 3°, incisos primero, salvo la voz "profesional" y la expresión "en ningún caso"; segundo; y, tercero, con excepción de la frase "*Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119.*", que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario; artículo 1°, numeral 4°, que introduce un nuevo artículo 119 quáter al Código Sanitario; artículo 2°, que reemplaza el artículo 344 del Código Penal; artículo 3° del proyecto de ley, que introduce modificaciones al artículo 13 bis, inciso primero, de la Ley N° 19.451; y, al artículo transitorio, todos del proyecto de ley recaído en el Boletín N° 9895-11.

2°. Que el Tribunal Constitucional acogerá parcialmente la impugnación al artículo 1°, numeral 3°, incisos primero, en la voz "profesional" y la expresión "en ningún caso"; y, tercero, respecto de la frase "*Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119.*", del proyecto de ley, preceptiva que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario y que se declara como contraria a la Constitución Política.

3°. Que, en consecuencia, esta Magistratura declara que el artículo 1°, numeral 3° del proyecto de ley, que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario, en su parte no objetada, es del siguiente tenor:

"3. Introdúcese el siguiente artículo 119 ter:

"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.”.

DISIDENCIAS

PRIMER CAPÍTULO. Despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

Los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Iván Aróstica Maldonado, Juan José Romero Guzmán y Cristián Letelier Aguilar estuvieron por acoger los requerimientos deducidos por una cuarta parte de los senadores (Rol N° 3729) así como por una cuarta parte de los diputados (Rol N° 3751), a fojas 1 de los respectivos expedientes, en base a las siguientes consideraciones:

I. EL CONFLICTO SOMETIDO A LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

1°. Que en el Rol N° 3729, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 3° de la Constitución, un grupo de senadores -que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio del Senado- ha requerido la inconstitucionalidad de una serie de preceptos del Proyecto de Ley, originado en Mensaje de S.E. de la República, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (Boletín N° 9895-11).

Los preceptos objetados, ya reproducidos en la parte expositiva, son los siguientes:

- **Artículo 1° N° 1, inciso primero, numerales 1), 2) y 3),** que autoriza la interrupción de un embarazo por un médico cirujano, mediando la voluntad de la mujer: a) Si la mujer se encuentra en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida (primera causal); b) Si el embrión o feto padece de una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal (segunda causal), y c) Si el embarazo es el resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de 12 o de 14 semanas de gestación según si la violación ha afectado a una mujer mayor o menor de 14 años.

- **Artículo 1°, incisos 2° a 14°,** excepto las dos frases finales del inciso 13° que comienzan con las expresiones "La madre podrá siempre solicitar (...)", que regulan el mecanismo necesario para que las tres causales descritas puedan operar. Concretamente, aluden a la manifestación de voluntad de la mujer (incluyendo el caso de personas con discapacidad hayan o no sido declaradas interdictas), ya sea directamente por ella, por su representante legal o a través de autorización judicial sustitutiva. Asimismo, contemplan el deber del prestador de salud de informar verazmente a la mujer sobre las características de la prestación médica conducente a la interrupción del embarazo, a las alternativas a ésta y a los programas de apoyo, social, económico y de adopción disponibles. El programa de acompañamiento también se regula detalladamente en estos preceptos.

- **Artículo 1° N° 2**, que se refiere a los diagnósticos médicos necesarios para que pueda operar la interrupción voluntaria del embarazo en las tres causales precisando una serie de aspectos adicionales relativos a la denuncia y procedimiento aplicable al delito de violación cuando se trata de la tercera causal.
- **Artículo 1° N° 3**, que regula la objeción de conciencia que pueden plantear el médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo como el resto del personal profesional que haya de intervenir en ese acto al interior del pabellón quirúrgico. Se excluye la objeción de conciencia institucional.
- **Artículo 1° N° 4**, que prohíbe la publicidad de establecimientos y procedimientos en que se practique la interrupción del embarazo.
- **Artículo 2°**, que reemplaza el artículo 344 del Código Penal para adaptarlo a la nueva regulación.
- **Artículo 3°**, que modifica la Ley N° 19.451 sobre trasplante y donación de órganos, y
- **Artículo transitorio** que regula el plazo para que las prestaciones de salud asociadas a la interrupción voluntaria de un embarazo se hagan exigibles así como la forma de financiamiento del sistema que se asocia a aquellas;

2°. Que las contravenciones constitucionales denunciadas en este primer requerimiento dicen relación con los artículos 6°, 7°, 19, N° 1°, inciso segundo, y N° 2° de la Carta Fundamental;

3°. Que en el Rol N° 3751, y en virtud del mismo artículo 93, inciso primero, N° 3° de la Constitución, un grupo de diputados -que representan más de la cuarta

parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados- ha requerido la inconstitucionalidad de los mismos preceptos del proyecto de ley indicados precedentemente, con las salvedades que se indican a continuación:

- En el caso del **artículo 1° N° 1, inciso 13**, se impugna también aquella parte que, al final de esa norma, señala que "La madre tendrá siempre derecho" (a solicitar que el acompañamiento sea otorgado por instituciones u organizaciones de la sociedad civil debidamente acreditadas mediante decreto supremo dictado por el Ministerio de Salud).
- En el **artículo 1° N° 2, el inciso quinto**, referido a la obligación de los jefes de establecimientos hospitalarios o clínicas particulares de poner en conocimiento el delito de violación perpetrado contra una mujer mayor de 18 años. Asimismo, el **inciso séptimo** de este artículo que dice relación con la comparecencia siempre voluntaria de la víctima a los actos del procedimiento en el caso que se persiga el delito de violación así como con la prohibición de decretar en su contra medidas de apremio.

Las normas constitucionales que se estiman transgredidas por los preceptos indicados del proyecto de ley son los artículos 1°, incisos tercero y cuarto; 5°, inciso segundo; 6°, inciso segundo y 19, N°s 1°, incisos primero y segundo, 2°, 6°, inciso primero; 15°, inciso primero y 26° de la Carta Fundamental;

4°. Que, a diferencia de lo sostenido por la mayoría de este Tribunal, estos Ministros disidentes aprecian que el fundamento toral de las diversas impugnaciones contenidas en ambos requerimientos consiste en que, al regular el proyecto de ley cuestionado -por la

vía de un nuevo derecho de configuración legal (a una prestación de salud)- la interrupción del embarazo basado en la voluntad libre de la mujer se vulnera el derecho a la vida "del que" está por nacer asegurado en el artículo 19 N° 1° de la Constitución Política. Al proceder el legislador de esa manera transgrediría el deber que le impone esa misma norma constitucional de brindar protección al *nasciturus*;

II. CONSIDERACIONES PREVIAS DE ESTE VOTO.

5°. Que, coincidiendo con la mayoría en esta sentencia, no escapa a la consideración de estos Ministros que el asunto que se ha planteado al Tribunal Constitucional tiene múltiples connotaciones (éticas, culturales, sociales, médicas). Sin embargo, la decisión a la que se arribe debe estar fundada en estrictas consideraciones propias del Derecho de la Constitución (utilizando la expresión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica), no de la que nos gustaría leer sino que de la que está vigente. Es esta perspectiva la que resulta acorde a su naturaleza de un tribunal de derecho aún cuando deba resolver cuestiones arraigadas en convicciones diversas desde las perspectivas antes mencionadas.

Al mismo tiempo, interpretar la Constitución no es lo mismo que interpretar cualquier ley. Como dice Guastini, "*La existencia misma de una (amplia) bibliografía sobre la interpretación constitucional sugiere con toda evidencia que la interpretación de un texto constitucional es algo decididamente distinto de la interpretación de otros textos jurídicos (la ley, en particular): se supone que la interpretación de la Constitución demanda métodos especiales, diferentes de los que normalmente son utilizados en la interpretación de la ley.*" (Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la*

interpretación constitucional. Editorial Trotta, 2008, pp. 53-54)

De allí que teniendo presente la naturaleza misma de la Constitución cuya infracción se ha denunciado en estos autos, los razonamientos que se contienen en este voto se basarán, especialmente, en los siguientes principios de interpretación constitucional: a) supremacía constitucional; b) unidad de la Constitución; c) fuerza normativa directa de la Constitución; d) interpretación conforme con la Constitución; e) racionalidad y razonabilidad; y f) proporcionalidad o prohibición de exceso;

6°. Que, entrando derechamente al análisis del proyecto cuestionado, cabe tener presente que, en el traslado evacuado por S.E. la Presidenta de la República, se ha puesto énfasis en que "*el proyecto de ley impugnado fue extensamente debatido en el Congreso Nacional*" durante sus más de dos años de tramitación alcanzando un alto grado de acuerdo, al que se une una amplia aprobación ciudadana (fojas 330 y 331). Tal circunstancia obligaría a esta Magistratura a ser particularmente deferente con el legislador a través de la "presunción de constitucionalidad de la ley" (fojas 331).

El traslado evacuado por la Cámara de Diputados, a su turno, también se refiere a dicha deferencia y a la presunción de constitucionalidad en que se expresa argumentando, a mayor abundamiento, que "*el control de constitucionalidad no puede sustituir al control político y al control social del poder.*" (Fojas 324);

7°. Que, al respecto, estos Ministros disidentes dejan constancia de que el control de constitucionalidad abstracto que hoy ejercen, no desconoce ni la presunción de constitucionalidad de la ley ni la necesaria deferencia a la obra del legislador, principios largamente asentados en la jurisprudencia de este Tribunal. (Valenzuela Somarriva, Eugenio. *Criterios de*



interpretación constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional. En: Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 31, 2006, p. 35 y siguientes).

Por el contrario, el control activado como consecuencia de la presentación de dos requerimientos parlamentarios sobre el proyecto de ley que hoy nos ocupa, se inserta dentro del sistema de *checks and balances* o de frenos y contrapesos que es propio del Estado de Derecho (STC Rol N° 681, considerando 7°). Aún más, se trata de un control destinado a hacer eficaces los principios de supremacía constitucional y de vinculatoriedad directa de los preceptos de la Carta Fundamental respecto de todo órgano del Estado, incluyendo al legislador (artículo 6°, incisos primero y segundo, de la Constitución);

8°. Que el respeto a la supremacía constitucional que la Constitución exige a todos los órganos del Estado en el inciso primero del artículo 6° de la Carta Fundamental adquiere una especial relevancia cuando se encuentran comprometidos los derechos fundamentales. Como ha dicho Luigi Ferrajoli, *"la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera exigencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre sometida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con elegir los únicos significados válidos, o sea, **compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas.**"* (Énfasis

agregado). (Derechos y garantías. *La ley del más débil*. Editorial Trotta, 2010, p. 26).

Por lo anterior es que, siguiendo al mismo autor, "Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social." (Ibidem, p. 24).

Sobre la misma idea, "podemos afirmar que a partir de la configuración del Estado democrático de derecho o de la democracia constitucional, la regla de la mayoría dejó de ser una simple valoración numérica para convertirse en un principio dual de protección, como lo es el de la mayoría y minoría, en la medida en que tanto la actividad de los más, como la de los menos, se encuentra sometida al respeto y garantía de los derechos, valores y principios consagrados en la Constitución de cada Estado." (Amaya, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad de la ley*. 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 85);

9°. Que, en consecuencia, las afirmaciones vertidas en este proceso por dos de los órganos colegisladores no se avienen con la vigencia de un auténtico Estado Democrático de Derecho donde el parecer de las mayorías queda subordinado al respeto irrestricto de los derechos fundamentales que no son creados, por cierto, por la Constitución, sino que simplemente reconocidos y asegurados por ella. Esta afirmación se sustenta en que los derechos fundamentales son el reconocimiento, en el ordenamiento jurídico positivo, de aquellas facultades inherentes al ser humano, desde que es tal.

Por lo mismo, en la sentencia Rol N° 740, este Tribunal afirmó que el significado del verbo "asegurar", contenido en el encabezado del artículo 19 constitucional importa: "a) que sólo puede asegurarse lo que existe previamente; b) que la condición de seguridad que el Constituyente desea brindar a los derechos que reconoce

importa hacer cesar cualquier transgresión o vulneración que, más allá de los propios límites previstos en la Carta, puedan experimentar tales derechos, como también impedir la amenaza o peligro inminente que pueda afectarlos; y c) que deben diseñarse e implementarse todos los mecanismos necesarios para brindar efectiva protección tanto a la titularidad de tales derechos cuanto a su ejercicio" (considerando 47°);

10°. Que no cabe duda, entonces, que nuestra Carta Fundamental ha abrazado una concepción garantista. Ello se ve reforzado por el deber que se impone a los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados tanto por la Constitución cuanto por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (artículo 5°, inciso segundo);

11°. Que, de esta forma, quienes suscriben este voto enfocarán el juzgamiento que se ha requerido del Tribunal Constitucional desde una perspectiva estricta de derechos fundamentales como son los que se reconocen a la vida y a la integridad física y psíquica de toda mujer, así como a la vida del más débil y vulnerable de los seres humanos: el que está por nacer.

La afirmación que precede cobra toda su relevancia si se conviene en que la única forma en que la decisión del legislador -materializada en el proyecto de ley que se examina- cobrará legitimidad democrática, consiste en que esté dotada de una fundamentación racional desde la perspectiva de los derechos fundamentales concernidos. Siguiendo a Luis Prieto Sanchís, "[...] los derechos fundamentales en el Estado constitucional se caracterizan por presentar una especial fuerza o resistencia jurídica frente al legislador y, en general, frente a los poderes públicos. Dicha resistencia se traduce básicamente en la exigencia de justificación de toda medida limitadora, exigencia que cercena la discrecionalidad política del

legislador y que añade **un elemento suplementario de legitimidad**: en materia de libertades, incluso la constitucionalidad o validez de una ley no reside sólo en el principio de competencia (...) sino que requiere también un respeto material o sustantivo al contenido de los derechos, respeto que a la postre **implica una exigencia de fundamentación racional de la decisión legislativa.**" (Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Editorial Palestra, Lima, 2007, pp. 75-76);

12°. Que, por las razones expresadas, este voto afirmará que el proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales carece de la debida fundamentación racional para justificar la vulneración del derecho a la vida del ser humano que está por nacer y, particularmente, la infracción del legislador a su deber constitucional de proteger tal derecho. De esta forma, resulta necesario referirse, en primer término a la concepción constitucional de la persona y a la titularidad del derecho a la vida en los términos asegurados por la Carta Fundamental.

III. LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE PERSONA.

13°. Que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, señala, en su artículo 1° que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros." Agrega, en el inciso primero de su artículo 2°, que: "Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición.";

14°. Que, al tenor, de la Declaración ya citada, cabe preguntarse quiénes son los titulares de los derechos fundamentales.

Entre nosotros, se ha señalado que esa titularidad se asocia a *"la definición de los sujetos de derecho habilitados para invocar, como títulos de defensa todos o algunos de los derechos libertades reconocidos en el elenco del art. 19 constitucional."* (Núñez, Manuel. *Titularidad y sujetos pasivos de derechos fundamentales*. En: *Revista de Derecho Público*, Vol. 63, Tomo I, 2001, p. 200);

15°. Que, a partir de dicho concepto, la doctrina ha radicado la titularidad de los derechos fundamentales en la "persona" en cuanto individuo de la especie humana.

Así, Carlos Nino, ha sostenido que ***"Siendo la propiedad de ser individuos humanos la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen un título igual a ellos (salvo que se sostuviera, como algunos partidarios de la esclavitud y del aborto han pensado, que la humanidad es una propiedad que puede presentarse en distintos grados)."*** (Énfasis agregado). (Citado por Nogueira Alcalá, Humberto. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo III. Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, p. 47).

Humberto Nogueira argumenta, por su parte, que *"la titularidad de los derechos es independiente de la edad y de la capacidad jurídica de la persona, incluso el nasciturus es titular del derecho a la vida."* (Énfasis agregado). (Nogueira, Ob. Cit., p. 48).

Eduardo Aldunate agrega que *"los derechos fundamentales surgen en primera línea como derechos de todo individuo de la especie humana."*;

16°. Que lo anterior encuentra perfecta conexión con lo prescrito en el artículo 25 de nuestro Código Civil: *"Las palabras hombre, persona, niño, adulto y otras*

semejantes se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo (...)." Y también en el artículo 55 de ese mismo cuerpo legal que indica: "*Son personas **todos los individuos de la especie humana**, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídense en chilenos y extranjeros.*" (Énfasis agregado);

17°. Que, en esta misma línea, se ha pronunciado la jurisprudencia.

En su sentencia de 27 de julio de 1994, el Consejo Constitucional francés recordó que en el Preámbulo de la Constitución de 1946 -que forma parte integrante del bloque constitucional-, después de la victoria obtenida en la Revolución, el pueblo francés proclamó la novedad de que **todo ser humano**, sin distinción de raza, de religión ni de diferencia, posee unos derechos inalienables y sagrados proclamando, también, que la salvaguarda de **la dignidad de la persona humana** contra toda forma de avasallamiento y de degradación es un principio de valor constitucional. (Sentencia 94/343DC, cons. 2, p. 100). (Énfasis agregado).

El Supremo Tribunal Federal del Brasil, entretanto, ha sostenido que "[Cuando] el Magno Texto Federal se refiere a "derechos de la persona humana" y también a "derechos y garantías individuales" como cláusula pétrea está hablando de **derechos y garantías del individuo-persona que se ha hecho destinatario de los derechos fundamentales** a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, entre otros derechos igualmente distinguidos con el timbre de fundamentalidad (como el derecho a la salud y al planeamiento familiar)". (ADI 3.510, Rel.Min.Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário DJE de 28-5-2010). (Énfasis agregado);

18°. Que si, a la luz de los antecedentes doctrinales, legales y jurisprudenciales recordados, persona es todo individuo de la especie humana cabe precisar, para efectos de este pronunciamiento, cuál es



el alcance de la voz "persona" que se utiliza en el artículo 19 N° 1° de la Constitución en directa conexión con su artículo 1°, inciso primero, pues la Constitución debe interpretarse como una unidad lo que supone que *"ningún enunciado normativo de la Carta Fundamental puede analizarse e interpretarse exclusivamente a partir de sí mismo"*. (Nogueira Alcalá, Humberto. *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*. Editorial Librotecnia, Santiago, 2006, p. 114).

En este sentido, resulta necesario destacar el cambio en la redacción del artículo destinado a asegurar los derechos constitucionales desde la Carta de 1925 a la que hoy nos rige.

Como se sabe, el artículo 10 de la Constitución de 1925 tenía como encabezado la oración: *"La Constitución asegura a todos **los habitantes de la República**"*. El artículo 19 de la actual Carta señala: *"La Constitución asegura a todas **las personas**."*

En el documento Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva Constitución Política, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución afirmó que la normativa constitucional a desarrollar estaría fundada, entre otros aspectos, en *"la afirmación de que los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana y no nacen del reconocimiento que les brinde determinado Estado, siendo, por tanto, anteriores y superiores a todo ordenamiento jurídico."*

En la Sesión N° 156ª, del 7 de octubre de 1975, y a propuesta de la Subcomisión de Estudios sobre el Derecho de Propiedad, se discutió el cambio del enunciado del artículo 10 de la Carta de 1925 por el que actualmente registra el artículo 19 constitucional. En dicho debate, se dejó constancia que se trataba de superar el esfuerzo dialéctico que implicaba la expresión "habitantes de la



República", que además circunscribía su ámbito espacial. Así, José María Eyzaguirre llamó a "usar la palabra "personas", que es **el verdadero sujeto de derecho** y que tiene una connotación filosófica mucho más clara que el término "habitantes", por cuanto la persona es un ser que está dotado de mucho mayor trascendencia que el habitante."

A su turno, en el debate de la reforma constitucional de la Ley N° 19.611, que modificó los artículos 1°, inciso primero, y 19 N° 2° de la Carta para acoger expresamente la igualdad entre el hombre y la mujer, se explicó que el vocablo "persona", que se sugirió para la primera de esas normas "corresponde a un lenguaje técnico jurídico neutro (...) que es, precisamente, el que la Constitución utiliza en el mismo precepto como en el artículo 19, que tiene a las "personas" como **sujeto de los derechos que la misma norma consagra.**" (Intervención del Senador Hamilton. Historia de la Ley N° 19.611, p. 96)

De allí que, en la concepción que explica el encabezado del artículo 19 de la Constitución (y al que también alude el artículo 1°, inciso primero), "persona" es equivalente a "sujeto de derechos";

19°. Que, en esta misma línea argumental, debe recordarse que este Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el significado del enunciado contenido en el artículo 19 -"La Constitución asegura a todas las personas"- en la sentencia Rol N° 740, en el año 2007. Asimismo, y en ese mismo dictamen, se refirió a los alcances del derecho a la vida siguiendo el razonamiento ya efectuado previamente en su sentencia Rol N° 220;

20°. Que los pronunciamientos aludidos constituyen, sin duda, una fuente de referencia obligada para resolver el presente conflicto constitucional pues, aunque, en Chile, no existe el sistema de precedente obligatorio, no es menos cierto que, conforme a las reglas generales,



este Tribunal no puede apartarse de la doctrina fijada en anteriores fallos. Dicha afirmación solo cede si el mismo Tribunal entrega, en la nueva sentencia, argumentos para desvirtuar o superar lo ya razonado. En efecto, aun cuando el Tribunal Constitucional debe estar abierto a la adaptación de las normas constitucionales a las nuevas realidades sociales, *"la modificabilidad de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional tiene, sin embargo, el condicionante de su motivación; toda modificación debe quedar explicitada y razonada de tal forma que su capacidad de adaptación queda sujeta a un imperativo elemental de seguridad jurídica y a la **garantía y lealtad a los principios consagrados en la Constitución.**"* (Énfasis agregado). (García Martínez, María Asunción. *El control de constitucionalidad de las leyes*. Jurista editores, Lima, 2005, p. 300).

Como se comprobará, la sentencia de la que se discrepa no entrega argumentos suficientes que permitan desvirtuar lo razonado y decidido en la sentencia Rol N° 740. Cabe recordar, con todo, que el conflicto decidido por ese pronunciamiento sólo invocaba la vulneración del derecho a la vida del que está por nacer como consecuencia de la distribución gratuita de un fármaco, al que se atribuían efectos abortivos, y sin relación con otros derechos fundamentales concernidos;

21°. Que el presente conflicto constitucional difiere del que se ha indicado, pues el proyecto de ley cuestionado presenta una aparente colisión entre derechos reconocidos a titulares distintos: la madre, por un lado, y la criatura que se encuentra en su vientre, por otro, que se resuelve por el legislador a favor de la primera;

22°. Que, S.E. la Presidenta de la República ha afirmado, al evacuar su traslado en estos autos, que *"debe considerarse que la Constitución distingue a las personas de los embriones o fetos"* reconociendo un estatuto distinto para ambos" (fojas 351) agregando que



"son las personas quienes detentan el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y que el que está por nacer se encuentra en un estatuto distinto al de la personalidad. Ello, tanto por la expresa mención que se hace "del que está por nacer", no entendiéndolo subsumido a la categoría de persona, unido a que esa mención se hace en un inciso diferente dentro del numeral. Todo indica que se trata de un caso especial" (fojas 351 y 352).

Sin perjuicio de que en el capítulo que sigue abordaremos el estatuto constitucional de "el que" está por nacer, cabe señalar que la apreciación de la Jefa de Estado se afirma en cierta doctrina que distingue entre la persona como titular de derechos fundamentales y el titular de un mero "derecho de protección", pretendiendo ver una diferencia conceptual entre el inciso primero y el inciso segundo del artículo 19 de la Carta Fundamental, la que no tiene asidero en nuestro derecho constitucional.

Eduardo Aldunate es uno de los académicos que señala que el que está por nacer está excluido de la calidad de persona (en conformidad a la posición tradicional de nuestro Derecho Civil, y de acuerdo al momento del nacimiento fijado en el artículo 1º, inciso primero, de la Constitución). A su juicio, el que está por nacer es *"solo titular del derecho de protección previsto por esta disposición. Afirmar que un individuo tiene la calidad de persona desde el momento de la concepción es sustentable desde un punto de vista extra-jurídico, pero no parece encontrar fundamento en la estructura del art. 19."* (La titularidad de los derechos fundamentales. En: Estudios Constitucionales Año 1, N° 1, 2003, p. 191);

23º. Que la tesis sustentada por la Presidenta de la República en orden a que el que está por nacer -o *nasciturus*- carecería de la titularidad de derechos fundamentales por no estar comprendido en la concepción

constitucional de persona parece identificarse con la concepción legal de persona que se desprende del Código Civil. En ese contexto, y durante las audiencias públicas sostenidas durante la sustanciación del presente proceso constitucional se escucharon intervenciones que conducían a afirmar que la persona no comprende al ser concebido y no nacido de modo que éste no es titular de derechos (Camila Maturana por Corporación Humanas) comenzando a ser persona sólo al momento del nacimiento. Tal aseveración se fundó en lo dispuesto en el artículo 74 del Código Civil;

24°. Que el intento forzado de identificar la concepción constitucional con la concepción simplemente legal de la persona cae por su propio peso si se atiende, detenidamente, a la historia de la reforma constitucional de junio de 1999 (Ley N° 19.611) que consagró la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer reemplazando, en el inicio del artículo 1°, inciso primero, de la Carta Fundamental la expresión "Los hombres" por "Las personas" (nacieron libres e iguales en dignidad y derechos);

25°. Que, precisamente, en el debate sostenido durante el primer trámite constitucional de esa reforma, en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, se advirtió, entre otras observaciones y comentarios, que *"la fórmula propuesta, en cuanto mantiene el verbo "nacer" es imperfecta, porque podría sostenerse que después de nacidos los hombres y las mujeres dejarían de ser iguales."* (Historia de la Ley N° 19.611, p. 14).

Por su parte, durante la ratificación de esa reforma por el Congreso Pleno, el Presidente del Senado, senador Andrés Zaldívar, manifestó que *"el diccionario entrega la siguiente definición de "persona": "Individuo de la especie humana." Por tanto, **se es persona desde el momento de la concepción o gestación.** Y los derechos del individuo se encuentran amparados por las normas constitucionales. Además, de acuerdo con el párrafo*



segundo del N° 1° de la Carta, la ley también debe proteger la vida del que está por nacer." (Énfasis agregado). (Historia de la Ley N° 19.611, p. 246).

El senador Hernán Larraín manifestó, en idéntico sentido, que "han surgido algunas inquietudes respecto de la utilización del vocablo "personas" en conjunto con el verbo "nacer", lo que podría prestarse en el futuro a una errónea interpretación de la voluntad del constituyente. Así, alguien podría entender que, producto de esta nueva redacción, se estaría quitando el reconocimiento como "persona" al embrión humano antes de su nacimiento. Y si así fuere, quedaría despejado el camino para que los partidarios de interrumpir el embarazo o legalizar el aborto pudiesen asirse de esta redacción, como si el feto no fuere un ser humano."

Añadió que "en la propia Cámara Alta, ante una inquietud presentada por el Honorable señor Bombal destinada a esclarecer el sentido en que debía interpretarse esta nueva redacción, en mi calidad de Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado señalé que era del todo evidente que en la modificación introducida no había ninguna innovación respecto del sentido que la actual norma constitucional tiene en la materia, toda vez que el cambio buscaba consagrar la igualdad esencial entre hombres y mujeres, y no modificar la naturaleza del ser que se halla en el seno materno. Abona esta interpretación el artículo 19, número 1), inciso segundo, de la Carta Fundamental cuando dispone que "La ley protege la vida del que está por nacer", lo cual constituye un explícito reconocimiento de la existencia de un "ser vivo" en el seno materno, que la ley debe proteger." Finaliza indicando que **"el constituyente no ha pretendido, bajo ningún concepto, modificar, ignorar, reducir o suprimir el reconocimiento de la personalidad constitucional que nuestro ordenamiento confiere en forma**

inequívoca a hombres y mujeres desde el momento mismo de la concepción, esto es, desde el instante en que empieza la vida." (Énfasis agregado) (Historia de la Ley N° 19.611, p. 229);

26°. Que las diversas constancias consignadas en el trámite de ratificación de la reforma constitucional aludida -de las que sólo se han extraído algunas para efectos de la argumentación central de este voto- demuestran que el Constituyente Derivado entendió que la persona, como sujeto de derecho, no se inicia con el nacimiento sino que antes: con la concepción.

Difícilmente los detractores de la legitimidad de la Constitución vigente podrían refutar un argumento consolidado en plena vigencia de nuestra democracia, ante el Congreso Pleno, y a propósito de un objetivo tan acorde con la dignidad humana como es consagrar, en el texto de la Carta Fundamental, la igualdad entre el hombre y la mujer;

27°. Que lo expresado sólo viene a confirmar lo explicado durante las audiencias públicas desarrolladas en estos autos en el sentido de que la existencia "legal" de la persona, marcada por su nacimiento, a la que alude el artículo 74 del Código Civil, sólo se refiere a la consolidación de su capacidad patrimonial (intervención del profesor Hernán Corral por la Fundación Chile Siempre). Precisamente, el contenido preceptivo del artículo 77 del Código Civil indica que "*Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, **estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe.** Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inciso 2°, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.*" (Énfasis agregado).

Por lo demás, y como indicó el profesor José Manuel Avilés, que intervino en representación de la Fundación Luis Claro Solar, no es posible interpretar la Constitución conforme a normas legales, como la Ley N° 20.584, que regula los Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, ni tampoco conforme a las opiniones que algunos miembros de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución manifestaron aisladamente al discutirse la regulación del derecho a la vida;

28°. Que, así, no se puede confundir o identificar la concepción constitucional de la persona, en cuanto titular de derechos fundamentales, con la concepción legal de la misma, en cuanto titular de derechos subjetivos, sobre todo, de carácter patrimonial.

Y es que los derechos fundamentales pueden coincidir, en algunos casos, con los derechos subjetivos, pero exigen algo más. Así, para tener el carácter de derechos fundamentales deben estar revestidos de propiedades formales y materiales de las cuales no participan todos los derechos subjetivos, sobre todo, porque fuera de estar recogidos en una fuente positiva (la Constitución o los tratados internacionales de derechos humanos), protegen facultades morales de la persona, su capacidad de discernimiento o la satisfacción de sus necesidades básicas (como la alimentación) y aseguran la igualdad en el ejercicio de las facultades derivadas del respectivo derecho fundamental (Bernal Pulido, Carlos. *El carácter fundamental de los derechos fundamentales*. En: Clérico, Laura; Sieckmann, Jan-R y Oliver-Lalana, Daniel. *Derechos fundamentales, principios y argumentación: Estudios sobre la Teoría Jurídica de Robert Alexy*. Granada, 2011).

IV. EL DERECHO A LA VIDA DEL QUE ESTÁ POR NACER.

29°. Que el artículo 19 N° 1°, incisos primero y segundo, cuya infracción ha sido denunciada en estos autos, a propósito del Proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, señala que: *"La Constitución asegura a todas las personas: "1°. El derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona. La ley protege la vida el que está por nacer.";*

30°. Que el requerimiento de una cuarta parte de los diputados se pregunta: *"¿Cuál es la razón, entonces, por la cual se ha estimado por algunos autores que el artículo N° 1 asegura la vida de las personas nacidas en su inciso 1°, con el peso de la Constitución, y sólo protegería legalmente al que "está por nacer" en su inciso 2°? Es decir, se trataría de una protección diferenciada y de distinto rango?"* (Fojas 50).

La respuesta a esa interrogante es clara: no existe diferencia sostenible entre los incisos primero y segundo del mencionado artículo 19 N° 1°, pues ambos dicen relación con el derecho a la vida (y a la integridad física y psíquica) de las "personas";

31°. Que ya se ha demostrado que nuestra Constitución asegura los derechos fundamentales a "todas las personas", concepto que, después de la reforma constitucional de 1999 (Ley N° 19.611), comprende, inequívocamente, a todo individuo de la especie humana, incluido "el que está por nacer". Muestra de aquello es la intervención del senador Hernán Larraín quien, durante el segundo trámite constitucional de dicha reforma, expresó que el cambio de la expresión de "los hombres y las mujeres" por "las personas", en el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental, *"no altera la búsqueda de igualdad como objetivo central de la iniciativa y no cambia la noción sobre el término "persona" que, dentro de la tradición jurídica, ha incluido como sujeto de derecho al que está por nacer."*

(Historia de la ley N° 19.611, p. 154) (Énfasis agregado).

A mayor abundamiento, el senador José Antonio Viera-Gallo coincidió con la proposición planteada en el sentido de utilizar la palabra "personas" en el artículo 1° y de incorporar las menciones diferenciadoras de "hombre" y "mujer" en el artículo 19. Al respecto puso de relieve que *"el constituyente utiliza estos mismos términos, en las mencionadas disposiciones y en otras, así como otras expresiones concordantes, por ejemplo, "nadie", "el que", "toda persona", "todo individuo", "todo habitante", "cualquiera", "toda persona natural o jurídica"*". (Historia de la ley N° 19.611, p. 97);

32°. Que, en consecuencia, el hecho de que el inciso segundo del artículo 19 N° 1° constitucional disponga que *"La ley protege la vida del que está por nacer"* no importa una diferencia significativa con el inciso primero de esa misma norma que asegura a "todas las personas" el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. Expresado en otros términos, ese especial mandato o habilitación conferida al legislador no altera la titularidad del derecho fundamental a la vida y a la integridad física y psíquica que se asegura a "toda persona", incluyendo al que está por nacer. Por el contrario, **se trata de una especificación de la protección constitucional de la vida** que adquiere una especial dimensión de protección cuando el titular del derecho es especialmente vulnerable porque está en plena etapa de desarrollo y porque aún no puede manifestar su voluntad;

33°. Que, en el mismo sentido que se viene expresando, la Constitución asegura a "todas las personas" el derecho a defensa jurídica como parte de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19 N° 3°, inciso primero, de la Constitución Política). Precisa la Ley Suprema que "la

ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a **quienes** no puedan procurárselos por sí mismos" (artículo 19 N° 3°, inciso tercero, de la Constitución Política).

Por su parte, el artículo 20 constitucional reconoce como legitimado activo del recurso de protección de las garantías constitucionales a "**el que**" por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que esa norma indica.

Nadie podría afirmar, con seriedad, que cada una de esas normas constitucionales no aluden a titulares de derechos fundamentales porque no repiten el enunciado del artículo 19: "**[T]odas las personas**". Contrariamente a lo sostenido por el abogado Alfredo Etcheverry, en estrados, quien afirmó que la expresión "el que está por nacer", insertada después del epígrafe "la Constitución asegura a todas las personas...", "debería haber dicho que la ley protege la vida **de LA que está por nacer** (esto es, el sustantivo elidido (sic) o subentendido "persona"), giro que se justifica en cambio en el C. Civil donde expresamente no se le considera todavía legalmente persona". (Minuta de alegato, pp. 5 y 6). En este punto también discrepamos con la mayoría de esta Magistratura;

34°. Que si bien bastaría con mencionar las constancias contenidas en la tramitación de la reforma constitucional del año 1999 para descartar toda insinuación de que el derecho a la vida no se le asegura al que está por nacer, en cuanto titular de derechos fundamentales, cabe recordar que la jurisprudencia previa de esta Magistratura, contenida en la sentencia Rol N° 740, llegó a la misma conclusión.

En efecto, en esa sentencia se sostuvo que "*queda claro que, para el Constituyente -y a diferencia del examen que pueda desprenderse de normas legales*

determinadas- el embrión o el nasciturus es persona desde el momento de la concepción" (considerando 54°).

La jurisprudencia recordada se aviene con aquella emanada de la Corte Europea de Derechos Humanos que jamás ha cerrado la puerta para que el no nacido sea considerado persona para efectos de la protección del artículo 2 de la Convención Europea, y en cambio ha mantenido **un amplio margen de apreciación** para que cada Estado tome su propia posición sobre el inicio de la vida humana y la consiguiente personalidad. Muestra de ello son las sentencias *Vo vs. France*, de 2004 y *A, B y C vs. Irlanda*, de 2010, en las que la Corte ha descartado la existencia de un consenso europeo en torno a un supuesto derecho al aborto (referidas en el Informe en Derecho del profesor Francisco Orrego Vicuña, acompañado a estos autos, p. 10).

Puede observarse, entonces, que la tesis de la famosa sentencia *Roe vs. Wade*, de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, de 1973, -citada en el voto de mayoría- según la cual la controversia sobre cuando comienza la vida es una que no ha alcanzado una respuesta definitiva por la filosofía, la teología o la ciencia, por lo que el tribunal no podía especular al respecto, ha sido derechamente superada en nuestros días;

35°. Que, sobre la base de lo expresado y siendo irrefutable afirmar que, en nuestra Constitución, el ser humano es titular de derechos fundamentales desde el momento mismo que es concebido, es necesario preguntarse: ¿Cuál es la naturaleza del mandato que se confiere al legislador en el inciso segundo del artículo 19 N° 1 constitucional?

Lo anterior resulta determinante de precisar en este conflicto, pues la acción deducida por una cuarta parte de los senadores sostiene que "la base de este requerimiento radica en solicitar la declaración de inconstitucionalidad del Artículo 1° N° 1° inciso 1° del

proyecto de ley, en cuanto admite tres causales de aborto directo o provocado -denominado interrupción voluntaria del embarazo- que pugnan con el deber que la Constitución ha impuesto a la ley en su artículo 19 N° 1° inciso 2°, en orden a proteger siempre la vida del que está por nacer, en relación con lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental y, también, por cuanto vulnera lo establecido en el artículo 19 N° 2° de la Constitución.” (Fojas 9);

36°. Que, como se ha recordado, para S.E. la Presidenta de la República, lo que consagraría el inciso segundo del artículo 19 N° 1° de la Constitución sería simplemente el “deber de protección” de la vida del que está por nacer, que no es lo mismo que afirmar la titularidad del derecho fundamental a la vida a su respecto. Sobre este punto, y en las audiencias públicas, fue frecuente escuchar que esta interpretación se apoyaría, entre otros precedentes, en lo fallado por el Tribunal Constitucional federal alemán, en sus sentencias de los años 1975 y 1993 (intervenciones de los profesores Cristián Riego, por ANAMURI A.G. y APROFA y Verónica Undurraga, por la Asociación por los Derechos de la Diversidad Rompiendo el Silencio y Asociación Gremial de Mujeres Abogadas, así como de Nicolás Godoy por Fundación Alameda). Específicamente, se aludió a que, en su sentencia del año 1975, dicho Tribunal sentenció que no hacía falta resolver la cuestión -controvertida tanto en la jurisprudencia como en la literatura científica- de determinar si el *nasciturus* como tal es portador de derechos fundamentales o si, por falta de capacidad jurídica su derecho a la vida resulta protegido “únicamente” por las normas constitucionales objetivas (capítulo I, 3 de la sentencia de la Primera Sala, de 25 de febrero de 1975).

Sobre el particular, debe tenerse presente que la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, no tiene una regulación

idéntica en materia de derecho a la vida a la que tiene nuestra Constitución Política. En efecto, su artículo 2.(2) expresa que: *"Toda persona tiene el derecho a la vida y la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley."*

De la comparación entre este texto y el de nuestro artículo 19 N° 1°, inciso segundo, constitucional, se aprecia que no existe identidad. En efecto, la Constitución alemana no contiene un encargo o habilitación específica al legislador como la que se contempla en el inciso segundo del artículo 19 N° 1°: *"La ley protege la vida del que está por nacer"*.

37°. Que, además, la sentencia de 28 de mayo de 1993, de ese mismo Tribunal, afirmó que: *"En la presente resolución, no hace falta decidir si la vida humana comienza ya con la fusión del óvulo y el espermatozoide, como lo sugieren los conocimientos aportados por la antropología médica"* (Capítulo I, N° 1, a)) para luego desarrollar, en extenso, el deber de protección de la vida del que está por nacer.

En este punto, también no podemos asimilarnos al precedente alemán, pues en la sentencia Rol N° 740 se sostuvo que *"si al momento de la concepción surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, constituyéndose en un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre -como ha sido afirmado en estos autos-, es posible afirmar que estamos frente a una persona como sujeto de derecho. La singularidad que posee el embrión, desde la concepción, permite observarlo ya como un ser único e irrepetible que se hace acreedor, desde ese mismo momento, a la protección del derecho y que no podrá simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado, sin afectar la dignidad sustancial a la que ya goza en cuanto persona"* (considerando 50°).

Luego, este Tribunal ha planteado una posición frente al inicio de la vida y, por ende, sobre la titularidad del derecho respectivo que no ha sido desvirtuada en el presente proceso constitucional. Las afirmaciones del Dr. Juan Larraín, en representación de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en cuanto a que con la fecundación se produce un nuevo genoma que da inicio, además, a la formación del sistema nervioso de un nuevo individuo de la especie humana revelando, también, muestras de organización a los dos días posteriores a la fecundación, fueron categóricas en el sentido de confirmar lo que este sentenciador ya había consignado en su sentencia Rol N° 740. Con ello quedó demostrado que el momento del inicio de la vida tiene bases científico-médicas y que no puede quedar entregado a definiciones convencionales de carácter cultural o de otro orden al margen de la ciencia;

38°. Que, aclarado que el encargo que el Constituyente confía al legislador en el artículo 19 N° 1°, inciso segundo, de la Constitución no consiste en un mero "deber de protección" desvinculado de la titularidad sobre el derecho a la vida del que está por nacer en cuanto persona o sujeto de derecho, corresponde analizar la naturaleza de dicho encargo;

39°. Que, para esos efectos, debe acudirse, inevitablemente, al Constituyente Originario, en una de cuyas etapas -la de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución- se expresó que *"si se va a consagrar el derecho a la vida, debe consagrarse, también, el derecho a la vida del que está por nacer, pero dejando abierta la posibilidad para que el legislador el día de mañana, según lo requieran las condiciones sociales, pueda, en determinadas circunstancias, proceder con cierta flexibilidad"* (Intervención del comisionado Jaime Guzmán en Sesión N° 84, de 4 de noviembre de 1974, p. 44). Lo anterior, se debió a las diversas aprehensiones que otros



comisionados, como Enrique Ortúzar y Jorge Ovalle, manifestaran en torno a dejar abierta la posibilidad de que el legislador pudiera permitir el aborto en ciertos casos;

40°. Que, en consecuencia, no puede desconocerse que el Constituyente efectuó un encargo o habilitación al legislador, de carácter positivo y no negativo, de "proteger" la vida del que está por nacer en cuanto titular de ese derecho. Tampoco puede desconocerse el hecho de que la propia Constitución no detalló la forma de cumplir ese encargo dejando el campo abierto a la discrecionalidad legislativa. Ello lleva a preguntarse si el legislador está afecto a algún tipo de límite al momento de cumplir ese encargo o si, por el contrario, la Constitución no lo constriñe de forma alguna;

41°. Que la respuesta a la interrogante anterior es necesariamente positiva. En efecto, el encargo formulado al legislador, en el inciso segundo del artículo 19 N° 1°, está afecto a importantes limitaciones:

a) La primera deriva de la propia naturaleza del verbo utilizado en esa disposición constitucional: "proteger". Como señaló el ex Presidente de este Tribunal, Raúl Bertelsen, en las audiencias públicas celebradas en el curso de este proceso, *"proteger no es simplemente respetar, que es una actividad pasiva que no daña, sino exige algo más, y en ocasiones, mucho más. Obliga a amparar, a defender, sobre todo a los débiles, frente a quienes los atacan e incluso atentan contra su vida."*

En rigor, el Constituyente podría haber omitido el encargo que se comenta, y éste habría existido igual, pues el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, reformado en agosto de 1989, impone a los órganos del Estado (incluyendo al legislador) el deber de "respetar" y "promover" los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (como el derecho a la vida) consagrados



por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. El deber de "respetar" coincide con lo prescrito en el artículo 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, pues supone no obstaculizar el libre y pleno ejercicio de **los derechos reconocidos a toda persona que es todo ser humano**. El deber de "promover", por su parte, coincide con el artículo 2° de la misma Convención, en cuanto implica adoptar todas las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos removiendo todo obstáculo que impida su libre ejercicio.

Luego, "proteger" la vida del que está por nacer, en los términos en que este deber ha sido constitucionalizado tiene una estrecha relación con el deber de "promover" su derecho. En efecto, brindar protección conlleva la necesidad de que el legislador adopte todas las providencias necesarias para amparar la vida del *nasciturus* en su indefensión, lo que excluye el darle muerte, pues nadie razonablemente puede entender que proteger significa matar al protegido (intervención del Profesor Raúl Bertelsen ya mencionada).

b) La segunda limitación deriva de lo preceptuado en el artículo 19 N° 26° de la Carta Fundamental que garantiza a todas las personas: *"La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que **las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.**"* (Énfasis agregado).

De esta manera, el ejercicio de la reserva legal en lo que se refiere a la protección de la vida del que está por nacer no puede privar al derecho de aquello que le es consustancial de manera que deje de ser reconocible como tampoco puede someterlo a exigencias que lo hagan

irrealizable, lo entraben más allá de lo razonable o lo priven de tutela jurídica (STC roles N°s 43 y 200).

Se trata, en otros términos, de no afectar el núcleo del derecho respectivo que se transforma en indisponible para el legislador. Ese núcleo deriva de la propia naturaleza del derecho a la vida que impide que se atente contra ella, salvo en aquellos casos en que la misma Constitución lo autoriza como ocurre, entre nosotros, con la pena de muerte (limitada hoy sólo al ámbito de la justicia militar).

Así, en el cumplimiento de su encargo, al legislador no le está permitido un desarrollo normativo que importe la supresión completa y definitiva del derecho.

Por otra parte, los términos en que está diseñada la referida habilitación legislativa en el artículo 19 N° 1, tampoco permiten restricciones al derecho a la vida del que está por nacer, como sucede, por ejemplo, con el derecho de propiedad en base a su función social;

42°. Que, de todo lo expresado, se colige que, en ningún caso, el cumplimiento del mandato conferido al legislador en el inciso segundo del artículo 19 de la Ley Suprema suponga un *"amplio margen de discrecionalidad"* (fojas 356 del escrito de traslado de S.E. la Presidenta de la República);

**V. EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO A LA VIDA DEL QUE ESTÁ
POR NACER Y EL DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA
Y PSÍQUICA DE LA MUJER A LA LUZ DEL PROYECTO DE LEY DE
DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL
EMBARAZO
EN TRES CAUSALES.**

43°. Que, al responder el traslado conferido en estos autos, S. E. la Presidenta de la República ha sostenido que *"el proyecto de ley cuestionado no viola la Constitución, sino que muy por el contrario. El proyecto*

viene a dar protección y resguardo a derechos constitucionales al considerar a la mujer como sujeto de derechos y tener en cuenta su dignidad. En efecto, el proyecto considerara (sic) la calidad de personas y sujeto de derechos de las mujeres, y da especial atención a la protección de su derecho a la vida, a la igualdad, a la salud y a su privacidad y libertad de conciencia." (Fojas 380).

Pero, más adelante, afirma que el legislador ponderó los diferentes valores (no habla de derechos) en conflicto (fojas 19) **prefiriendo la protección de derechos fundamentales de la mujer** (fojas 20), que incluso puede ser sometida a una forma de tortura, (fojas 57) por sobre las medidas de un **objeto de protección** como es el no nacido (fojas 29 y 52). En efecto, el mismo traslado aludido precisa que "el estatuto constitucional del embrión consiste en la asistencia de un deber de protección, no un derecho a la vida como el que asiste a las personas." (Fojas 379);

44°. Que, a diferencia de lo sostenido por el Ejecutivo y en forma congruente con lo que se ha venido argumentando, estos Ministros disidentes consideran que el proyecto de ley que se impugna aún en el caso de envolver un conflicto de derechos fundamentales, se expresaría en el hecho de que privilegia los derechos de la mujer ya aludidos frente al derecho a la vida del *nasciturus*. De allí que los requirentes afirmen que el proyecto de ley no pondera sino que efectúa una jerarquización de derechos (fojas 51 del Rol 3729 y 17 del Rol 3751).

En consecuencia, en la regulación contenida en el proyecto están involucradas "dos vidas": La de la mujer y la del que está por nacer, lo que conlleva una necesidad de armonización, pues ninguno de los dos derechos podría resultar anulado al punto que dejara de existir para su titular;

45°. Que, aún cuando la Constitución alemana difiere de la nuestra, el Tribunal Constitucional Federal ha sentado un criterio digno de considerar en el evento que exista una pugna entre los derechos del nasciturus y los de la madre que lo lleva en su vientre. Así, ha expresado que: *"Es imposible encontrar un equilibrio que proteja la vida del nasciturus y al mismo tiempo otorgue a la mujer embarazada la libertad de interrumpir el embarazo, ya que **la interrupción del embarazo constituye siempre la destrucción de la vida del no nacido.** Por tanto, en la ponderación que debe realizarse deben considerarse ambos valores en su relación con la dignidad humana, la cual constituye el punto central del sistema de valores de la Constitución."* (Sentencia de la Primera Sala, de 25 de febrero de 1975, Capítulo II, 2).

De allí que si el derecho a la vida del que está por nacer entra en conflicto con otros derechos fundamentales, la forma o método de resolver tal conflicto supone, necesariamente, una ponderación de los derechos en pugna teniendo presentes los criterios de necesidad (que el sacrificio que experimenta uno de los derechos se funde en fines lícitos); idoneidad (que el referido sacrificio constituya un medio idóneo o apto para alcanzar el fin perseguido), y proporcionalidad en sentido estricto (que el sacrificio del derecho de que se trata resulte objetivamente armonioso y tolerable para quien lo experimenta) (STC roles N°s 1046, 1061 y 2922, entre otras). Conforme a estos estándares se efectuará el análisis de las tres causales de interrupción voluntaria del embarazo en los considerandos que siguen

VI. ANÁLISIS DE LAS TRES CAUSALES DE INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO QUE AUTORIZA EL PROYECTO DE LEY CUESTIONADO.

46°. Que, en su escrito de evacúa traslado, S.E. la Presidenta de la República ha sostenido que "este

proyecto de ley no liberaliza el aborto, sino que más bien levanta de forma restringida una prohibición que hoy es absoluta" (fs. 334). La primera afirmación es de mérito, pero la segunda importa una apreciación jurídica de la que habrá que hacerse cargo en este voto.

Desde luego, es necesario recordar que las causales de interrupción voluntaria del embarazo que el proyecto de ley introduce al artículo 119 del Código Sanitario son las que se indican:

- 1) Cuando la mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.
- 2) Cuando el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal;
- 3) Cuando el embarazo sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación;

47°. Que, indudablemente, el establecimiento de estas tres causales de interrupción voluntaria del embarazo afecta la protección constitucional del derecho a la vida de la persona que está por nacer y el deber que se le impone al legislador de proteger esa vida, tal y como se desprende del artículo 19 N° 1°, incisos primero y segundo, de la Constitución Política.

De allí que el requerimiento de una cuarta parte de los senadores se estructura sobre la base de sostener que esta técnica legislativa -de autorizar la realización del aborto directo o provocado en tres causales- *"obliga a los servicios de salud a realizar la prestación requerida o derivar a otro que lo haga; fuerza al médico cirujano a*

ejecutar el aborto directo, en caso de urgencia, fundado en la causal de riesgo vital, o ante la proximidad del vencimiento del plazo, en la tercera causal; impone al padre y otros familiares del no nacido la imposibilidad de oponerse a esa decisión; y, por fin, provoca ineludiblemente la muerte del inocente no nacido." (fs. 16).

Que por su parte, los diputados requirentes sostienen que *"en vez de protegerse la vida e integridad del que está por nacer, se abren posibilidades de abortarlo; en lugar de establecerse un régimen de protección de su vida por la ley, ésta permite y transforma en prestación su disponibilidad y, finalmente, extiende su interpretación no sólo a los casos "despenalizados", sino que presenta una visión global del estatuto del embrión claramente reducida a un "interés parcialmente protegido", apartándose de la posibilidad de considerar derechos a su respecto." (Fs. 58).*

48°. Que la Presidenta de la República ha señalado, en su traslado, que *"nuestra actual legislación impide a las mujeres en estas causales de poder tomar una decisión de su embarazo, a través de la prohibición absoluta del aborto que, como señalamos, se contempla en el artículo 119 del Código Sanitario y los delitos contemplados en los artículos 342 a 345 del Código Penal." (Fs. 334);*

49°. Que la afirmación previa requiere precisión.

Y es que el deber que asiste al legislador de impedir que la persona que está por nacer sea víctima de un atentado en su contra, atendido su estado de inocencia, fragilidad e indefensión, fuerza a catalogar como punibles todas las conductas encaminadas a causarle directamente la muerte, tal como lo viene haciendo el Código Penal desde 1874, sin solución de continuidad y sin duda alguna acerca de su plena constitucionalidad.

Erradamente, se ha sostenido que el Código Sanitario habría permitido el aborto a partir del año 1931 mediante

la dictación del Decreto con Fuerza de Ley N° 226, del ex Ministerio de Bienestar Social. En realidad, lo que su artículo 226 dispuso fue que *"Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo"* con la opinión documentada de tres facultativos, y ubicando esta disposición en el título II, "Del Ejercicio de la Medicina y Profesiones similares". *"Ello, con el exclusivo propósito de evitar las prácticas abortivas efectuadas por comadronas o parteras mediante fórmulas basadas en la anticoncepción popular y la farmacología folclórica."* (Castro Arcos, Javier, "Guerra en el vientre: control de natalidad, malthusianismo y Guerra Fría en Chile", 2017, Centro de Estudios Bicentenario, páginas 50-51);

El Código Sanitario, contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 725, de 1967, modificó el anterior cuerpo legal, de 1931, manteniendo el criterio de permitir la interrupción del embarazo únicamente con fines terapéuticos reduciendo, en su artículo 119, el número de facultativos que podrían autorizarlo de tres a dos.

Puede observarse, entonces, que ninguno de estos cuerpos legales tuvo por objetivo despenalizar el aborto como puede comprobarse al examinar las respectivas leyes delegatorias N°s 4.945 y 16.585. Al mismo tiempo, los Jefes de Estado que suscribieron dichos decretos con fuerza de ley, jamás lo dispusieron expresamente en ninguno de esos textos. Refuerza este aserto el rechazo que tuvo la moción modificatoria del artículo 119 del Código Sanitario, propiciada por el diputado Héctor Campos, en orden a autorizar la interrupción del embarazo "con fines terapéuticos, económicos-sociales y éticos", presentada en la Cámara de Diputados, en su Legislatura Extraordinaria, del miércoles 15 de octubre de 1969, sesión 1ª (Castro Arcos, ob. Cit. página 408);

Como la nueva norma del año 1968 se prestó para resquicios o abusos incrementando el número de abortos, la Ley N° 18.826 de 1989, sustituyó el citado artículo 119 con el objetivo de restablecer su idea original: "no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto".

En el Informe Técnico evacuado por la Primera Comisión Legislativa durante el trámite de esa moción, se lee que la disposición según la cual "sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo" "es inconstitucional y debe ser reemplazada toda vez que no protege en absoluto, la vida del que está por nacer y, en definitiva, autoriza su muerte". Tuvo especialmente presente que la definición de "aborto terapéutico" no resultaba unívoca dejando expresa constancia, de que "distinto es el caso de la muerte no deseada del ser en gestación, causada indirectamente por una acción médica desarrollada en la gestante enferma y que, indirecta e involuntariamente, **produce un doble efecto.**" (Historia de la Ley N° 18.826, pp. 8 y 9) (Énfasis agregado);

50°. Que, en consecuencia, la prohibición de interrumpir el embarazo o de practicar un aborto derivada del deber que la Constitución confía al legislador en el inciso segundo del artículo 19 N° 1° constitucional, se aviene absolutamente con la historia del desenvolvimiento de la normativa pertinente del Código Sanitario.

Además, de la historia reseñada se colige que no ha existido prohibición absoluta de practicar abortos en Chile, pues se ha estimado compatible con la Carta Fundamental aquel que tiene por objeto salvar la vida de la madre que se encuentra en peligro inminente poniendo término a la vida del ser humano que está por nacer, pero sin que exista la intención deliberada de causar su muerte. Se basa esta modalidad de aborto en el denominado "efecto no deseado", que no supone el propósito manifiesto de poner término a la vida del embrión, lo

que, por lo demás, sería incompatible con la praxis médica que obliga a los facultativos a desplegar todos los esfuerzos posibles para salvar vidas y no para acabar con ellas.

Cabe recordar que el Código de Ética del Colegio Médico de Chile A.G. dispone que *"El respeto de la vida humana desde su inicio y hasta su término constituye el fundamento del ejercicio profesional médico. Toda intervención médica realizada durante los nueve meses de gestación, deberá siempre velar por el mejor interés de la madre y del hijo."* (Art. 8). Agrega que *"El médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna."* (Art. 9).

Por lo demás, esta praxis médica no es extraña a la regulación del ordenamiento jurídico chileno. Es así como la Ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas con su atención en salud, prevé que aun cuando una persona ejerza su derecho a negarse a la práctica de cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, tal rechazo *"no podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio."* (Art. 14). Por lo tanto, en esta situación, el médico respectivo tiene el imperativo legal de ser consecuente con la práctica de no favorecer la muerte si puede privilegiarse la continuación de la vida. El carácter imperativo de la praxis médica que se deriva de la norma reseñada, tiene su correlato en el procedimiento que el artículo 38 de la Ley N° 20.584 regula para controlar el cumplimiento de esta ley por los prestadores de salud públicos y privados, recomendando la adopción de medidas necesarias para corregir las irregularidades que se detecten;

51°. Que, así, el texto del actual artículo 119 del Código Sanitario se refiere a la prohibición de ejecutar acciones cuyo fin sea "provocar un aborto". De esta forma, la práctica de abortos terapéuticos, de la manera como se ha explicado, no infringe la referida prohibición ni menos contraviene el deber que el artículo 19 N° 1°, inciso segundo, de la Constitución, impone al legislador de proteger la vida del que está por nacer.

La afirmación que precede se complementa con el examen de los artículos 342 a 345 del Código Penal, los cuales exigen, de forma genérica, que el aborto se cause en forma "maliciosa", tal como se lee en la primera de esas disposiciones;

52°. Que aclarado lo anterior, es necesario entrar al análisis específico de cada una de las causales de interrupción voluntaria del embarazo que se incorporan al artículo 119 del Código Sanitario por el proyecto de ley cuestionado. Para estos efectos, este voto tendrá particularmente en cuenta los criterios de interpretación constitucional que fueron recordados en el considerando 5°.

1) Primera causal: Riesgo vital de la mujer de modo que la interrupción del embarazo evita un peligro para su vida.

53°. Que esta primera causal de interrupción del embarazo se estructura sobre la base de que "*las mujeres, adolescentes y niñas embarazadas, puedan decidir interrumpir su embarazo, siempre y cuando esta interrupción evite un peligro para su vida*" constituyendo además, dicha interrupción "*el único tratamiento posible para salvar la vida de la mujer.*" (Traslado de S.E. la Presidenta de la República, fs. 335 y 336).

54°. Que los senadores requirentes aducen que esta primera causal no se refiere a la positivización de la

praxis médica sino que, por el contrario, la iniciativa crea "una prestación de salud que debe ser otorgada compulsivamente de modo que, mediando la voluntad de la madre cuando ésta se encuentra en riesgo vital, el médico queda autorizado para poner término, directa y deliberadamente, a la vida del que está por nacer, sin que se requiera que esto sea consecuencia ineludible e inevitable del tratamiento, no intentado como fin ni como medio." (fs. 17 y 18).

Los diputados requirentes, entre tanto, afirman que la primera causal tiende a confundirse con una práctica hoy aceptada para la cual no se requiere habilitación legal adicional. Se trata de la "interrupción del embarazo" carente de la malicia del aborto y justificada por la *lex artis* y por el cumplimiento del deber médico. En cambio, "la redacción de las disposiciones del proyecto [...], sólo considera la vida e intereses de la madre (se trata que la interrupción del embarazo "evite un peligro para **su** vida"), el peligro de la vida del hijo no es considerado ni es relevante, luego el médico no tiene porqué sopesar oportunidades ni procurar evitar salvar a ambos, puede directamente considerar que sólo tiene un paciente; además de ello, dado que la "interrupción" puede hacerse en cualquier tiempo, no hay ninguna necesidad de esperar la viabilidad fetal, aunque ello sea factible y la razón es, una vez más, que ésta no es considerada en el análisis del médico." (fs. 60).

55°. Que si se atiende a la **necesidad** de la medida de despenalizar la interrupción del embarazo en la causal que se examina, el fundamento contenido en el Mensaje Presidencial, y profundizado en el traslado evacuado por el Ejecutivo en esta causa, parece atendible si se analiza a la luz de la insostenibilidad o inexigibilidad para la mujer de continuar su embarazo cuando su propia vida está en riesgo, tal como discurrió la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1993. En efecto, esa

decisión señaló que *"una situación de excepción, la cual permite desde el punto de vista constitucional suspender la obligación de gestar y dar a luz al niño, sólo puede presentarse en casos de un peligro serio para la vida de la mujer o de un perjuicio grave para su salud [...]. El criterio para su reconocimiento, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional federal es el de la insostenibilidad."* (cf. BVerfGE 39, 1 [48 ss.]).

En todo caso, ya ha quedado demostrado precedentemente, que esta situación que importa un peligro objetivo para la vida de la mujer, encuentra solución en el ordenamiento jurídico chileno actual debiendo destacarse que el aborto terapéutico que se practique no consiste en la interrupción del embarazo basado en la sola voluntad de la mujer y que el intento de salvar su vida, en ningún caso, puede involucrar la intención deliberada de poner término a la vida de su hijo, sino que solamente pasa a ser un efecto no deseado por los procedimientos médicos que se utilicen;

56°. Que, en todo caso, en las audiencias públicas convocadas por este Tribunal se explicó que el riesgo vital a que alude la primera causal consignada en el proyecto de ley analizado no tiene, en Chile, la entidad que éste pretende atribuirle. Así, el doctor Enrique Oyarzún, especialista en medicina materno-fetal, expresó que estudios realizados en el año 2014 demostraron que sólo se habían producido 56 muertes maternas relacionadas con el embarazo, de las cuales 22 ocurrieron con posterioridad al parto. Señaló también que los factores de riesgo que ameritan la interrupción del embarazo en nuestro país dicen relación con embarazos ectópicos, hipertensión arterial, cánceres del primer trimestre del embarazo, mola parcial y enfermedades maternas como insuficiencia cardíaca o renal, las que son posibles de tratar bajo la modalidad del aborto terapéutico, no intencional.

El doctor Jorge Becker expuso, por otro lado, que todos los indicadores de riesgo obstétrico han mejorado significativamente en Chile después del año 1989 en cuanto a la mortalidad materna. Y lo anterior sin descuidar el hecho de que el feto es considerado como un "paciente" digno de cuidado. Prueba de ello son las crecientes inversiones realizadas en tecnologías de alto costo para intervenciones intrauterinas;

57°. Que las exposiciones recordadas, y que no fueron rebatidas por otros especialistas, demuestran que, en Chile, el riesgo vital para una mujer producto de un embarazo es, afortunadamente, una situación excepcional. Sin perjuicio de lo que fuera señalado en las audiencias públicas, los datos que registra la Organización Mundial de la Salud sobre Mortalidad Materna reflejan que, sobre 100.000 nacidos vivos, la tasa de muertes maternas ha disminuido desde 57 en el año 1990 a 27 en el año 2015 (apps.who.int/gho/data/view.main1390?lang=en).

La Guía Perinatal, del año 2015, del Ministerio de Salud indica, entretanto, que al año 2012, la primera causa de mortalidad materna ocurría por muertes obstétricas indirectas (pág. 21), esto es, debidas a enfermedades preexistentes o desarrolladas durante el embarazo y que no se deben a causas obstétricas directas, las que se agravan por los efectos fisiológicos del embarazo.

De lo anterior se desprende que el proyecto de ley sobre despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, en lo que respecta a la primera causal, pretende regular una situación realmente excepcional en nuestro país.

Así, la necesidad de la medida, si bien parece justificarse desde el punto de vista de la inexigibilidad para la mujer, no encuentra asidero suficiente como para modificar la legislación vigente;

58°. Que, en lo que respecta a la **idoneidad** de la medida de interrupción del embarazo en caso de existir riesgo vital para la madre, cabe preguntarse si no es posible encontrar otro medio menos lesivo para lograr el propósito de salvar esa vida sin sacrificar a la persona que cobija en su vientre y que, a diferencia de aquélla, no puede aún manifestar su voluntad.

En este sentido, el proyecto de ley reprochado parte de la existencia de un dilema que no admitiría solución: que salvar la vida de la madre importa obligadamente terminar con la del ser en gestación en circunstancias que, en este mismo voto se ha razonado que un adecuado enfoque médico, supone entender que se está frente a dos pacientes cuyas vidas deben ser preservadas, de modo que si el intento de salvar a la madre supone la muerte del feto, ello será un efecto no deseado.

Desde esta perspectiva, no caben dudas que no se aviene con la Constitución que el legislador introduzca, en este caso, una causal de justificación que torna lícita la conducta consistente en matar a un ser humano en forma deliberada, o sea, realizar un aborto directo o provocado.

Ya se explicado que tal modalidad de aborto no tiene cobertura constitucional al amparo del artículo 19 N° 1° de la Carta Fundamental, a diferencia del aborto terapéutico o indirecto que no persigue acabar deliberadamente con la vida de un ser humano;

59°. Que, en todo caso, el ordenamiento jurídico no puede hacer oídos sordos al sufrimiento de una mujer, sustancialmente digna, que ve en peligro su vida a causa de un embarazo. Y ello, porque a la mujer -como a toda persona- se le reconoce el derecho a la vida como emanación de la dignidad humana reconocida en el artículo 1°, inciso primero, de la Constitución.

Por eso es que la interrupción de su embarazo producida, como efecto no deseado, del despliegue de los

procedimientos y técnicas médicas conducentes a salvar su vida, no está afecta a penalización en Chile, pues tal como sostuvo el ex Presidente de la Corte Suprema, Ministro Sergio Muñoz, en su prevención contenida en el Informe evacuado por la Corte Suprema, al informar el presente proyecto de ley, *"en la actualidad en Chile no se encuentra proscrito el aborto terapéutico propiamente tal ni el denominado aborto embrionario (...). En el año 1989 se modificó el artículo 119 del referido Código en el sentido de prohibir toda acción cuyo fin sea producir un aborto, determinación legislativa que no significó hacer punible o transformar en delito el aborto terapéutico realizado con estricto acatamiento a la lex artis, con el consentimiento de la mujer y con arreglo a las indicaciones que lo hacen posible."*

En este mismo sentido, la intervención de la profesora Magdalena Ossandón, en las audiencias convocadas por esta Magistratura, apuntó a que el medio más idóneo para lograr el propósito de salvar la vida de la madre, aunque se genere como efecto la muerte del feto, habría sido la consagración de una "causa de exculpación" genérica y no una "causa de justificación" como la que contempla el proyecto examinado que suprime la ilicitud de la conducta. La conformidad constitucional de esta alternativa más idónea para el logro de la finalidad perseguida radica en que, con una causa de exculpación, como el estado de necesidad u otra similar, el comportamiento sigue considerándose penalmente prohibido, acorde con lo prescrito por la Carta Fundamental, pero la conducta no le es exigible o no merece reproche penal a quienes participaron en ella, aunque se ponga término deliberadamente a la vida de otro. De esta forma, el juez, en cada caso concreto, puede decidir que no habrá penalización por aborto;

60°. Que, por lo anteriormente señalado, la primera causal de riesgo vital reprochada en estos autos, no

satisface el test de idoneidad en la medida que existe un medio jurídico menos gravoso de concretar el propósito explicado en el Mensaje Presidencial que dio origen a este proyecto de ley;

61°. Que, desde el punto de vista de la proporcionalidad **en sentido estricto**, el proyecto de ley no deja lugar a dudas: salvar la vida de la madre supone sacrificar la vida del ser en gestación y ello se hace deliberadamente en circunstancias que existe la alternativa de desplegar procedimientos médicos para salvar su vida intentando, al mismo tiempo, salvar la vida del embrión. Se trata de un enfoque totalmente distinto. Este último cautela dos derechos, pertenecientes a titulares distintos, y que se encuentran asegurados en la Carta Fundamental con la diferencia de que, en el caso, del que está por nacer, existe un encargo especial conferido al legislador de proteger esa vida que se encuentra en un particular estado de indefensión.

Así, no satisface el test de proporcionalidad el intento deliberado de poner término a la vida de quien está por nacer, porque la plena satisfacción del derecho de la madre supone el sacrificio completo e irreductible de la vida de su hijo jerarquizando a priori, un derecho por sobre el otro.

2) Segunda causal: Patología congénita adquirida o genética incompatible con la vida extrauterina independiente de carácter letal.

62°. Que esta segunda causal de interrupción del embarazo se construye sobre el fundamento de que como *"no es probable mejorar la condición o pronóstico del diagnóstico con intervenciones terapéuticas (...) se obliga a que la mujer gestante experimente un duelo durante el resto del embarazo, esperando la muerte del embrión o*

feto en su vientre." (Traslado de S.E. la Presidenta de la República, fs. 337);

63°. Que, respecto de esta segunda causal, los diputados requirentes sostienen que *"aquí se considera que la escasa sobrevivencia después del parto es determinante para retirar la protección de esa vida y admitir su disposición"* agregando que *"la proximidad de la muerte no es una excepción constitucional admisible a la protección de la vida"* (fs. 61 y 62);

64°. Que, como puede observarse, en este segundo caso, no se presenta un conflicto entre dos titulares que tienen asegurado el mismo derecho (el derecho a la vida). Se trata, más bien, de un conflicto entre el derecho a la vida del ser humano que está por nacer y el derecho de la mujer a tomar decisiones autónomas que, si bien no encuentra consagración explícita en nuestro ordenamiento constitucional, está comprendido, implícitamente, dentro de la libertad que se le reconoce a toda persona en el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental cuando precisa: *"Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos."*;

65°. Que estos Ministros disidentes tienen especialmente presente que la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), de 1979, y vigente en Chile, obliga a los Estados Partes a tomar todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre (Art. 3).

Pero, asimismo, han tenido a la vista la Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 1989, cuyo Preámbulo recuerda a la Declaración de los Derechos del Niño cuando afirma *"el niño, por su falta de madurez*

física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto **antes** como después de nacimiento" (Énfasis agregado). Su articulado considera que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativa o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño**" entendiendo por tal a "**todo ser humano** menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad." (Arts. 1 y 3).

La consideración de esta normativa internacional resulta imperativa en este juzgamiento a la luz del deber que el inciso segundo del artículo 5° constitucional impone a los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana asegurados tanto por la Constitución cuanto por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes;

66°. Que el Mensaje del proyecto de ley que se analiza afirma que "los derechos de las mujeres están en el centro de esta propuesta" (p. 3). Agrega que "De conformidad al Derecho Internacional de los Derechos Humanos la denegación de la interrupción del embarazo, en determinadas circunstancias, puede constituir vulneraciones a derechos fundamentales" (p. 12) para terminar citando una serie de recomendaciones y observaciones de los órganos que componen el sistema internacional de protección de los derechos humanos (pp. 13-16).

Lo cierto es que, sin embargo, no se ha invocado en estos autos ningún tratado internacional que obligue a Chile a consagrar legalmente el derecho de la mujer a abortar a un feto supuestamente inviable porque la expone

a un sufrimiento. Y no podría hacerlo, porque como señala el Informe en Derecho del profesor Francisco Orrego Vicuña, acompañado a estos autos, no existe ningún tratado de carácter universal que consagre el referido derecho, ni tampoco en el contexto regional americano (p. 7). Agrega que *"tampoco es claro que exista una opinio iuris clara y manifiesta de parte de los Estados, en el sentido de que la permisibilidad de la realización de procedimientos abortivos sea consecuencia de una obligación internacional, y ella se regule a título de derecho subjetivo de la mujer solicitante"* (p. 8).

Luego, no existe ninguna fuente formal del Derecho Internacional Público -tratados o costumbre- que consagre un supuesto derecho a abortar, ni siquiera para evitar un sufrimiento en los términos que antes se han analizado;

67°. Que, a mayor abundamiento, las recomendaciones y observaciones citadas en el Mensaje de este proyecto de ley constituyen *soft law* internacional, esto es, directrices no obligatorias que los Estados deben ir teniendo en cuenta para configurar sus políticas públicas, sin que su inobservancia genere responsabilidad internacional a su respecto. Este criterio ya fue seguido por la sentencia de esta Magistratura recaída en los roles N°s 3016 y 3026 (acumulados);

68°. Que, sobre la base de estas consideraciones, debe analizarse la necesidad, la idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la segunda causal impugnada por los parlamentarios requirentes;

69°. Que, en lo que respecta a la **necesidad** de la interrupción del embarazo en este caso, el mensaje de este proyecto de ley indica que *"cerca de 500 muertes anuales se producen por imposibilidad de la vida extrauterina, según prevalencia por patologías"*; todo ello conforme a estadísticas de los años 2004 a 2012 (p. 5)

Aún cuando ese diagnóstico fuera acertado -lo que fue discutido en estos autos- desde el punto de vista constitucional, no existen excepciones que permitan deliberadamente terminar con una vida humana que no correspondan a los casos excepcionales en que puede imponerse la pena de muerte por delito contemplado en una ley de quórum calificado (artículo 19 N° 1°, inciso tercero, de la Constitución).

Expresado en otros términos, privar de la vida nunca puede reputarse como "necesario", aún cuando la vida no esté destinada a proyectarse en el tiempo, lo que conduce a que la interrupción del embarazo en este caso, en base a la sola voluntad de la madre que no desea sostenerlo, no se aviene con la protección constitucional del derecho a la vida del que está por nacer y que constituye un deber imperativo para el legislador;

70°. Que, desde el punto de vista de la **idoneidad** de la interrupción del embarazo en esta segunda causal, cabe preguntarse si existe algún otro medio menos gravoso, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, para apoyar a una mujer que se encuentra en una situación de suyo compleja.

Siguiendo al Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia del año 1993, ya citada, *"el criterio de la insostenibilidad en cierto modo limita la obligación de la mujer de dar a luz al hijo; sin embargo, ello no deroga la obligación de proteger que tiene el Estado respecto de todo ser humano que está por nacer. Dicha obligación ordena al Estado especialmente brindar asistencia a la mujer -mediante apoyo y asesoría- y, mediante ello, lograr que ella opte por tener al niño (...)."*

En efecto, un modelo de asesoramiento de la mujer tendiente a acompañarla durante un embarazo y alumbramiento difíciles, por tratarse de un hijo supuestamente inviable, resulta una solución idónea para

compatibilizar adecuadamente la protección al derecho a la vida del que está por nacer junto una manifestación de la libertad de la mujer responsable con su propio deber de respetar y de no interferir en la vida de otro ser humano que, además, no tuvo injerencia en el hecho de su concepción;

71°. Que el nuevo artículo 119 del Código Sanitario, que este proyecto de ley incorpora, prevé un programa de acompañamiento de la mujer en los casos de interrupción voluntaria del embarazo. El inciso 12° de esa nueva norma precisa que *"En la situación descrita en el número 2) del inciso primero, el prestador de salud proporcionará los cuidados paliativos que el caso exija, tanto si se trata del parto como de la interrupción voluntaria del embarazo con sobrevivencia del nacido."*

Este modelo de acompañamiento no resulta suficiente para que este proyecto de ley satisfaga el criterio de la idoneidad en lo que a esta segunda causal se refiere, pues no es conducente sólo a salvar la vida del que está por nacer en forma compatible con la Constitución sino que contempla la posibilidad de darle muerte;

72°. Que, si se trata de la proporcionalidad en sentido estricto, esta segunda causal tampoco satisface el criterio de armonizar debidamente los derechos en conflicto. Ello, porque la libertad de la mujer subordina absolutamente la vida de un ser humano al punto que éste resulta totalmente sacrificado y el derecho del que es titular anulado en su misma esencia.

En cambio, el modelo de acompañamiento a que se ha hecho referencia, sí resulta más armonioso y acorde a la exigencia constitucional, pues no sacrifica el derecho a la vida del que está por nacer y sólo circunscribe la libertad de la mujer impidiéndole una opción -la interrupción del embarazo- que, como se expresó en estos autos, causa severos trastornos desde el punto de vista de su propia salud mental (intervención y estudios

acompañados en las audiencias públicas por la doctora María Francisca Duceval- Cuza).

3) Tercera causal: Interrupción voluntaria del embarazo que es producto de una violación.

73°. Que, en su traslado, S.E. la Presidenta de la República ha manifestado que *"la violación es un acto que implica una vulneración de la integridad física y psíquica de la mujer, un atentado a su dignidad, al derecho a la intimidad, a su autodeterminación sexual, a su libertad"* (Fs. 338). Compartimos plenamente esta afirmación.

Agrega la Jefa de Estado que *"El proyecto de ley reconoce que obligar a la mujer a mantener dicho embarazo es un sacrificio supererogatorio, inexigible a la mujer, adolescente o niña violada, el que afecta sus derechos fundamentales"* (Fs. 339). Concluye que *"en esta causal el legislador ha ponderado con el mayor cuidado la vida del que está por nacer. Para ello ha impuesto un conjunto de cargas a la niña, adolescente o mujer embarazada violada para levantar la prohibición general de interrumpir el embarazo."* (Fs. 340);

74°. Que tanto los senadores como los diputados requirentes manifiestan, a su vez, que el deber que se le confía al legislador en el artículo 19 N° 1°, inciso segundo, de la Constitución, no puede desnaturalizarse de tal manera que llegue a desproteger lo que debe cautelar. Así, en el Rol N° 3751, los diputados requirentes señalan que: *"El hijo producto de una violación no es agresor, ni culpable de ésta, es tan víctima como su madre pues ha sido engendrado en un contexto de violencia o abuso (...) su calidad de "indeseado" no puede considerarse una excepción justificada a la protección legal y constitucional de su vida, por el contrario, es una situación en la que deberían desplegarse todas las*

herramientas de acogida tanto para la mujer gestante como para el hijo(...)." (Fs. 62);

75°. Que bastaría para afirmar la inconstitucionalidad de esta tercera causal de interrupción del embarazo que la Constitución no puede llegar a anular la protección que el legislador debe brindar a la vida del que está por nacer, lo que, indudablemente, limita la "flexibilidad" que se quiso entregarle en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. Tal flexibilidad sólo puede apuntar a diversas modalidades de protección, pero jamás a que el derecho desaparezca por carecer de titular.

Y ya se ha explicado, también, que el aborto terapéutico indirecto no constituye propiamente una excepción a ese mandato, pues se funda en la ocurrencia de un efecto no deseado consistente en la muerte del embrión con el objeto de salvar la vida de la madre;

76°. Que, así, al ponderar los derechos supuestamente en conflicto, se advierte que esta causal - al igual que la anterior- no satisface los estándares de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto;

77°. Que, desde el punto de vista de la necesidad, llama la atención que el proyecto de ley afirma que "en los casos de embarazos secundarios originados por violencia sexual (violación), *"no existen datos que permitan dimensionar la magnitud de esta situación"*" (p. 6). A diferencia de lo que ocurre en la primera causal, el Mensaje no precisa los "riesgos" que la mantención del embarazo significaría para la mujer sino que se pone énfasis, más bien, en la tortura que importaría para ellas ser utilizadas como "incubadoras humanas", como afirmó el abogado Etcheberry en estrados.

Esos fundamentos fueron complementados, en las audiencias públicas, por la intervención, entre otras, de la doctora, Andrea Huneus, quien sostuvo que, en Chile,

un 10% de las mujeres violadas se embarazan y que el 66% de las violaciones corresponden a niñas de 18 años o menos. Se refirió también a los diversos efectos del embarazo por violación y a las patologías que suelen afectar a los hijos de mujeres violadas;

78°. Que estos Ministros disidentes comprenden y comparten la preocupación de las autoridades por la ocurrencia de estas situaciones que aquejan a nuestra sociedad. Sin embargo, deben juzgar si, a la luz de la Constitución, parece necesario interrumpir un embarazo -o no penalizarlo- para compensar la victimización que una mujer sufre como consecuencia de un acto tan repudiable como la violación.

Y, desde esta perspectiva, la decisión legislativa de hacer primar el interés de la madre, autorizando la práctica de un aborto, no parece sustentarse en razones suficientes que superen la mera voluntad de la mujer, según estos Ministros han podido constatar en los antecedentes allegados a este proceso. Con mayor razón, si como se ha venido recordando, la Carta Fundamental no extiende la flexibilidad legislativa en el cumplimiento del encargo de proteger la vida del que está por nacer a la anulación de toda protección y, aún más, al atentado contra esa vida.

No se trata, entonces, de negar el impacto de una violación, pero la necesidad de enfrentar ese flagelo no pasa por anular el derecho a la vida de la persona que se encuentra en el vientre materno y que constituye otra víctima más de ese hecho repudiable;

79°. Que, en lo que respecta a la idoneidad de esta tercera causal para el logro de los fines propuestos en el Mensaje, tampoco puede darse por cumplido este estándar.

Por de pronto, porque no se aplica el medio menos gravoso para reparar las consecuencias de una violación sino que el más gravoso: el término de una vida humana



desconociendo, absolutamente el legislador el deber imperativo que le impone la Constitución de proteger la vida del que está por nacer.

Pero, además, porque, tal como se ha explicado al analizar la segunda causal, el programa de acompañamiento que se prevé en el nuevo artículo 119 del Código Sanitario no está destinado, necesariamente, a preservar la vida del que está por nacer sino que a que la mujer opte por mantener el embarazo o practicarse un aborto vulnerando, en este último caso, en forma flagrante, la protección que la Carta Fundamental le asegura al *nasciturus* en cuanto persona;

80°. Que, desde la óptica de la proporcionalidad en sentido estricto, esta tercera causal tampoco satisface el estándar requerido, porque, como ya se ha explicado, este criterio apunta a un equilibrio o armonía entre los derechos en conflicto, pero jamás puede suponer la anulación o el sacrificio total del derecho. Con mayor razón, cuando la libertad de que todos gozamos para adoptar las decisiones que van a marcar nuestro destino, reconocida en el artículo 1°, inciso primero, de la Constitución, está limitada por el respeto a los derechos de los demás. Criterio que, por lo demás, se apoya en la fuerza normativa directa de la Carta respecto de toda persona, institución o grupo, como prescribe el inciso segundo de su artículo 6°.

Es así como la interrupción voluntaria del embarazo, en casos de violación, y sin distinción alguna del período de gestación, conduce a anular el derecho a la vida del que está por nacer afectando su propia esencia que, como ya se ha explicado, constituye un coto vedado para el legislador.

VI. CONSIDERACIONES FINALES.

81°. Que, en base a los razonamientos que preceden, los Ministros que suscriben este voto declararán que el artículo 1° N° 1 del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, vulnera el artículo 19 N° 1°, incisos primero y segundo, de la Constitución, en relación con su artículo 1°, inciso primero. Ello, en la medida que el legislador ha desconocido el marco aplicable al cumplimiento del encargo que le efectuara el Constituyente en orden a proteger la vida del ser humano que está por nacer. Al hacerlo, ha vulnerado, además, el artículo 6°, que consagra los principios de supremacía constitucional y de fuerza normativa directa de la Carta Fundamental respecto de toda persona, institución o grupo, como su artículo 7°, inciso segundo, que recoge el principio de clausura del derecho público, según el cual *"ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes."*

Adicionalmente, transgrede el artículo 19 N° 26° constitucional que consagra la reserva legal en materia de derechos fundamentales y que sólo permite imponer límites a los mismos cuando la Constitución lo autoriza y siempre que se respete la esencia o núcleo irreductible del respectivo derecho. Ello, en atención a que las tres causales contempladas en dicha norma conducen a terminar, definitiva e irremediablemente, con la vida del ser humano en gestación sin que un ejercicio de ponderación de los demás derechos concernidos -que no es monopolio del legislador- satisfaga los estándares constitucionales permitidos;

82°. Que, sin perjuicio de lo expresado, todo el mecanismo contemplado en el mismo numeral 1 del artículo 1 del proyecto de ley cuestionado -que modifica el

artículo 119 del Código Sanitario- para que se obtenga la autorización de la mujer, se preste la información pertinente y opere el respectivo programa de acompañamiento, resulta asimismo inconstitucional por las mismas razones antes consignadas;

83°. Que, por su parte, el numeral 2 del artículo 1° del proyecto de ley, que incorpora un nuevo artículo 119 bis al Código Sanitario, también es inconstitucional, porque, al regular las exigencias de diagnóstico médico para que operen las tres causales incurre en una indeterminación y una falta de especificidad que sólo agravan el efecto de acabar con la vida de un ser humano.

El proyecto de ley es tan vago que, al final, la vida del que está por nacer queda entregada a la apreciación amplia de médicos que han de proceder en situaciones de extrema urgencia y, muchas veces, sin el apoyo tecnológico adecuado para efectuar un diagnóstico que puede llevar al término de su vida. En efecto, en el caso de la primera causal, se exige contar "con el respectivo diagnóstico médico". Tratándose de la segunda causal, la intervención requiere contar con "dos diagnósticos médicos, en igual sentido de médicos especialistas". Si se trata de la tercera causal es necesario que "un equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos" confirme la concurrencia de los hechos constitutivos de violación y la edad gestacional. Nada se dice en el proyecto de ley sobre la especialidad de estos facultativos acentuando la indeterminación del procedimiento. De tal manera que el proyecto de ley presenta aspectos abiertos y flexibles que abren espacio para la práctica de maniobras fraudulentas.

Si se sostuviera -hipotéticamente- que lo que el legislador está regulando son limitaciones a la protección de la vida del que está por nacer, es claro que no se satisfacen los estándares constitucionales

desarrollados por la jurisprudencia de esta Magistratura en orden a la determinación y especificidad que deben rodear la limitación a un derecho fundamental.

En estos autos constitucionales, quedó claro que las patologías fetales no siempre son diagnosticadas con certeza absoluta y que la cantidad de especialistas con que cuenta nuestro país para efectuar los diagnósticos que la aplicación de esta ley requeriría son insuficientes, de modo que la indeterminación de la norma legal conducirá a que una cantidad también indeterminada de seres humanos sean sentenciados a morir en base a diagnósticos errados o superficiales.

Desde esta perspectiva, no podemos declarar constitucional una norma legal cuyos efectos palmarios van a producir mayor desprotección y vulneración de los derechos de los seres humanos que están por nacer y de la propia mujer. Sólo podríamos evitar la declaración de inconstitucionalidad si ésta produjera efectos más inconstitucionales que los que se tratan de prever con la norma cuestionada, lo que aquí no ocurre (STC roles N°s 558 y 590 acumuladas, c. 19°);

84°. Que, por los mismos razonamientos en que se ha venido insistiendo, quienes suscriben este voto, declararán la inconstitucionalidad del artículo 1°, N° 4, y de los artículos 2°, 3° y transitorio del proyecto de ley de que se trata, en la medida que las normas ya declaradas inconstitucionales -y que se relacionan directamente con aquéllas- inciden, también, en la infracción del deber que la Constitución impuso al legislador en el inciso segundo del artículo 19 N° 1° de la Constitución;

85°. Que, finalmente, estos Ministros disidentes estiman que el proyecto de ley que se ha cuestionado en estos autos no sólo adolece de falta de determinación en varios de sus preceptos sino que entrega una serie de aspectos que pueden estimarse propios del núcleo mismo

del derecho a la vida a la regulación de la potestad reglamentaria lo que, también, resulta inconstitucional y lesivo de los derechos fundamentales del que está por nacer.

En ese contexto, no podemos dejar de consignar que, en nuestra convicción, nada hay en este proyecto de ley que impida o anule la interposición del recurso de protección de las garantías constitucionales del ser concebido y no nacido, cuando producto de la aplicación de las normas que, prontamente, se convertirán en ley, resulte privado, perturbado o amenazado en el legítimo ejercicio del derecho a su vida como establece el artículo 20 de la Carta Fundamental.

SEGUNDO CAPÍTULO. Objeción de conciencia.

Los Ministros señores Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino estuvieron por rechazar los requerimientos de autos en lo concerniente a la impugnación en materia de objeción de conciencia, por las razones que señalan a continuación:

I. La regla.

1°. Que el artículo 1° numeral 3° del proyecto de ley que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario, dispone el primer reconocimiento legal expreso de la objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico chileno, en este caso, aplicable al procedimiento médico de aborto con las características que indicaremos. Primero, se trata de una excepción del cumplimiento de la ley fundada en imperativos de conciencia al aborto. Segundo, abarca al "médico cirujano requerido" y al

"resto del personal profesional" que realizan sus funciones dentro del pabellón quirúrgico y que hayan comunicado tal impedimento al "director del establecimiento de salud". Tercero, se trata de una objeción de conciencia que alcanza exclusivamente a los sujetos indicados y no a la institución en donde trabajan. Cuarto, los profesionales referidos pueden trabajar indistintamente en instituciones públicas o privadas de salud. Quinto, la interposición de la objeción de conciencia obliga al centro médico a disponer de un profesional no objetante para la atención de la mujer. Sexto, si no existiere ningún personal no objetante la mujer deberá ser derivada a otro establecimiento médico. Séptimo, existen dos contraexcepciones a la objeción de conciencia. Uno en el caso del aborto derivado de la primera causal cuando "la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable". Y respecto de la causal derivada de la violación, "si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal". En ambos casos, "quien haya manifestado objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo". Finalmente, es deber del Ministerio de Salud dictar los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia los que deben orientarse al objetivo de asegurar la atención médica de la paciente;

II. Las impugnaciones.

2°. Que la existencia de esta institución implica tres impugnaciones diferentes. Primero, que los sujetos beneficiarios de la excepción no son todos aquellos que intervienen a una paciente dentro del pabellón quirúrgico, no alcanzando al personal no profesional en cada establecimiento de salud. Asimismo, la objeción solo se limita a aquellos actos que realizan la fase final de

la intervención médica en el pabellón y no a todos sus actos preparatorios (fs. 91 y 97 del expediente Rol 3751). Estas diferenciaciones son entendidas como arbitrarias, vulnerando el artículo 19, numeral 2° de la Constitución. Denominaremos a ésta impugnación como **objección de conciencia ampliada;**

3°. Que otra impugnación es la referida al impedimento práctico de oponer la objeción de conciencia en las causales números 1° y 3° del artículo 1° numeral 1° del proyecto de ley, ambas en una situación límite. Al obligar la ley a realizar el aborto se violaría la propia libertad de conciencia, especialmente, tratándose del vencimiento del plazo en el caso de la tercera causal, porque en la primera la expresión "atención inmediata e impostergable" se asociaría a un peligro de la vida de la madre (fs. 98 del requerimiento en el expediente Rol 3751). Esta circunstancia implica una vulneración del artículo 19, numeral 6° de la Constitución. Denominaremos en esta disidencia a esta infracción como **objección de conciencia sin excepciones;**

4°. Que la tercera y última impugnación, es que la objeción de conciencia no abarque a las instituciones de salud obligadas por esta ley a realizar la interrupción del embarazo. De esta manera, esta ausencia de reconocimiento de esta objeción de conciencia, traducida en un ideario institucional, vulneraría la autonomía constitucional de los cuerpos intermedios amparada en el inciso tercero del artículo 1° de la Constitución y en el reflejo de su garantía en el inciso primero del numeral 15° del artículo 19 de la Constitución, como infracción a su libertad de asociación (fs. 98 a 106 del requerimiento del expediente Rol 3751). El tipo de infracción denunciada implica que esta objeción abarcaría solo a instituciones privadas, únicas susceptibles de requerir un estatuto asociativo, y que el reproche no abarca el

propio artículo 19, numeral 6° de la Constitución. La reseñaremos como **objeción de conciencia institucional**;

**III.- Efecto normativo de lo solicitado por los
requirentes y la competencia decisoria del Tribunal.**

5°. Que ambos requerimientos solicitan declarar la inconstitucionalidad "del Artículo 1° (...) N° 3 en su totalidad" (fs. 152 del expediente Rol 3751 y a fs. 61 del expediente Rol 3729). No obstante, otorgan competencia para estimar que los requerimientos se acojan y se declare tal inconstitucionalidad de un modo "total o parcialmente";

6°. Que, como hemos explicado, la regla que introduce la objeción de conciencia a la prestación médica del aborto, implica el establecimiento de la objeción misma. Por tanto, más allá del debate acerca de la necesidad de la interposición de la ley para arbitrar constitucionalmente este procedimiento, es altamente contraproducente eliminar de todo el proyecto de ley, la idea misma de la objeción de conciencia, máxime si el proyecto en el establecimiento de sus causales de justificación fue estimado constitucional por esta Magistratura;

7°. Que, por lo anterior, es necesario reconducir las impugnaciones a aspectos regulatorios parciales del artículo 1° numeral 3° del proyecto de ley, especialmente, si las atribuciones del Tribunal Constitucional residen en un dimensión ablativa o negativa, eliminando parte de su articulado;

8°. Que bajo esta interpretación la **objeción de conciencia ampliada**, implicaría eliminar dos veces la expresión "profesional" del inciso primero del indicado artículo para ampliar el marco subjetivo de las personas a las cuales abarca la objeción indicada. Y, a su vez, eliminar la expresión "al interior del pabellón

quirúrgico" con el objeto de ampliar la objeción de conciencia más allá del acto médico, incluyendo sus actos preparatorios;

9°. Que, del mismo modo, la **objeción de conciencia sin excepciones** se puede reflejar de dos maneras distintas. Por una parte, aquella que implique ausencia completa de excepciones a la objeción de conciencia lo que significaría eliminar todo el inciso tercero del artículo 1°, numeral 3° del proyecto de ley. Sin embargo, como los propios diputados requirentes lo estiman un contrasentido, puesto que en defensa de la objeción de conciencia hay riesgo de provocar la muerte de la madre en el caso de la causal número 1°, la impugnación se reduciría a eliminar el párrafo del señalado inciso en la parte que menciona que: "tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119.";

10°. Que, por último, la **objeción de conciencia institucional** se traduciría en la eliminación del proyecto de ley de la frase final del inciso primero del artículo 1° numeral 3° que indica que: "La objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución."

11°. Que este ejercicio interpretativo introductorio es esencial para describir el conflicto constitucional planteado y sobre el cual estos Ministros disidentes estiman que es necesario rechazar estas impugnaciones;

IV.- Fundamentos en torno a la objeción de conciencia.

12°. Que al ser la primera vez que se introduce en el ordenamiento jurídico chileno mediante una disposición legal específica y que deviene en una

inconstitucionalidad de parte del proyecto de ley, parece clave referirse previamente a los fundamentos de esta institución;

A.- Deber de obediencia al derecho, desobediencia civil y objeción de conciencia.

13°. Que aún antes que el razonamiento en torno al derecho positivo, cabe entender que si bien hemos sostenido que el control de esta ley nace desde una óptica puramente normativa, alejada del lenguaje del razonamiento de la moral, el dilema de la objeción de conciencia tiene una íntima conexión con esa aproximación. No es este el lugar para resolverlo pero el punto de partida que debemos identificar es que existe un deber de obediencia al derecho que se manifiesta en el plano de la eficacia de las normas [Elías Díaz (2009), *Doxa*, N° 32, "Realismo crítico y filosofía del Derecho, p. 99]. Por cierto, que hay otros planos para verificarlo como el de la fundamentación ética de la obligación de obedecer el derecho en el marco de la obligación de respetar la democracia (Javier Muguerza (1987), *Doxa*, N°4 "Sobre el exceso de obediencia y otros excesos"). Pero en cualquier caso, la objeción de conciencia se inserta en que estos deberes entrañan límites. Si la ley es la construcción de voluntades hasta configurar una voluntad general mediante la deliberación que genera obligación jurídica, la desobediencia es la separación de la voluntad colectiva en la reafirmación de una voluntad individual por argumentos relativos a la lesión de la integridad moral de una conciencia;

14°. Que el Derecho en las sociedades democráticas y pluralistas se cimenta en un entendimiento básico acerca de la eficacia, validez, legitimidad y fuerza de los mandatos normativos. Este entendimiento se traduce en

reglas tan claras como el imperativo de que la ley rige para todos por igual y que ésta se presume conocida por todos, aunque de hecho la ignoremos. Una sociedad está basada en el Derecho, porque es el único modo de organizar los consensos básicos que le permiten construir un Estado de Derecho con sus elementos que lo caracterizan. Por lo mismo, pocos dudarían que la erosión, la evasión o la elusión de la ley democráticamente deliberada importan un debilitamiento del propio Estado de Derecho. No existe ninguna atribución que entregue el propio ordenamiento que habilite a sus ciudadanos a desentenderse de los mandatos del Derecho. Eso es un retorno al no derecho, al imperio de la voluntad individual o al de la fuerza desnuda;

15°. Que, pese a lo dicho, en democracia la ley o alguno de sus mandatos, pueden poner en tensión las convicciones personales de sus ciudadanos a partir de la construcción de deberes jurídicos que vulneren su conciencia, sea que esté fundada en la definición de reglas de autonomía moral o de un determinado código deontológico. Esta insumisión dentro del ordenamiento democrático puede manifestarse de dos maneras disímiles. Por una parte, mediante desobediencia civil o, por la otra, ejercitando la objeción de conciencia;

16°. Que la desobediencia civil implica una opción política activa a través de la oposición a la norma y con el objeto preciso de cambiarla o de echar abajo una determinada política pública. Es así como la define John Rawls al indicar que ésta es "un acto ilegal público, no violento, de conciencia pero de carácter político, realizado habitualmente con el fin de provocar un cambio en la legislación o en la política gubernativa" (John Rawls (1971-2011), *Teoría de la justicia*, FCE, 8° reimpresión, p. 332). La desobediencia, en consecuencia, puede ser una mezcla de un activismo político, con un carácter público, altamente simbólico del conjunto de

actos individuales o colectivos y con la voluntad consciente de tolerar los castigos y sanciones que devienen del incumplimiento de la norma. Nada de esto parece ocurrir en la objeción de conciencia, puesto que en ella la oposición del objetor a la norma busca simplemente el respeto de su conciencia porque le resulta intolerable cumplir el mandato legal ordenado. El objetivo buscado es cautelar la integridad e inviolabilidad de su juicio moral que no puede ser forzado por mandatos externos, como el de la ley, que lesionan la convicción íntimamente alcanzada de la injusticia del deber impuesto. La objeción de conciencia se vive para sustraerse del deber y no para hacer propaganda de ella. Lo anterior, no implica que no existan conexiones entre estos actos de insumisión. Muchos pueden ser desobedientes contra esta misma ley pero muy pocos (determinado personal médico) pueden estar en el círculo de los objetores. El médico especialista en materias perinatales puede ser objetor y, además, desobediente. Un oculista carece de la primera opción. De lo que se deduce que la desobediencia no requiere de norma legal habilitante, bastándole la libertad de expresión y el derecho de reunión. En cambio, la objeción de conciencia exige necesariamente un marco normativo;

17°. Que, finalmente, se trata de un deber de obediencia al Derecho y no a la ley. No importando las teorías de justicia que profesemos, entendemos en ellas una presión crítica del Derecho por modificar los mandatos inicuos de la ley. Es evidente que las leyes no se identifican con el Derecho y éste es el que permite preservar la justicia frente a la ley. La ley democrática misma puede contener grados de injusticia tolerables de acuerdo a concepciones políticas y morales esencialmente pluralistas. Por lo mismo, es el Derecho el que habilita al legislador a definir cuáles son los supuestos que permiten identificar mandatos que intensamente pueden vulnerar la conciencia.

Por lo tanto, en doctrina no existe un régimen general de objeción de conciencia sino que tantas objeciones como las que habilite expresa y circunscritamente el legislador (objeción al servicio militar obligatorio, objeción al juramento, objeción fiscal u objeción al aborto, etcétera);

B.- Síntesis del marco constitucional de la libertad de conciencia.

18°. Que la libertad de conciencia en Chile tiene norma expresa, alcances interpretativos y efectos jurídicos que delimitan la fundamentación de la objeción de conciencia, según veremos;

19°. Que, en cuanto a la norma de reconocimiento, la Constitución dispone en el artículo 19 numeral 6° inciso primero el aseguramiento a todas las personas de 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";

20°. Que en lo relativo a sus alcances interpretativos, la "libertad de conciencia" aparece en nuestro ordenamiento jurídico con la Constitución de 1925 como reflejo de la separación de la Iglesia Católica y el Estado de Chile, reconociéndose en el artículo 10, numeral 2° una norma muy similar a la actual, aunque partía con la consagración primaria de la manifestación de todas las creencias y en seguida, de la propia libertad de conciencia. Esta consideración, y el marco de la discusión de este precepto en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, dio pábulo a una lectura restringida de la libertad de conciencia asociándola a "la creencia en un dios o ser superior, esto es la adhesión religiosa" [Eduardo Aldunate, Coordinador (2009) *Constitución Política de la República de Chile*, Tomo I,

Thomson Reuters, p. 175). Esta versión restringida es sostenida por Alejandro Silva Bascuñán en cuanto si bien reconoce la dimensión amplia de que "libertad de conciencia existe en cuanto toda forma de pensamiento y de creencia, la tradición conceptual es aludir específicamente con tal expresión al derecho a pensar y a creer sin coacciones en lo que se refiere tan solo a la Divinidad" [Alejandro Silva Bascuñán (2006), *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, p. 235). Hay una dimensión más amplia que protegería "toda elaboración del intelecto sea ésta la adhesión religiosa, filosófica, ideológica, política o de cualquier otra índole" (Aldunate: 2009, p. 175);

21°. Que el alcance de ambas tesis parten de la base de un punto de vista común: la libertad de conciencia opera como reconocimiento de protección al fuero interno. En términos de José Luis Cea, "la conciencia es una cualidad íntima y, por lo tanto, irregulable por el derecho mientras no se exteriorice o manifieste, de modo sensible a través de conductas observables o perceptibles" [José Luis Cea Egaña (2004), *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 207]. Lo mismo lo sostienen otros autores [Alejandro Silva Bascuñán (2006): pp.234-237 o Mario Verdugo y Emilio Pfeffer (2005), *Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de segunda edición, pp. 258-260];

22°. Que el efecto jurídico es que respecto de la conciencia "constituye una obligación de abstención del Estado, que fija una facultad primaria de formación del propio juicio, sin ningún tipo de interferencias, haciendo posible la determinación de valores de acuerdo con los cuales cada quien desarrolla su vida" [Gonzalo García y Pablo Contreras (2014), *Diccionario Constitucional Chileno*, Tribunal Constitucional, p. 613]. Este marco de abstención parece ser más imperioso que

nunca puesto que mediante medios tecnológicos lo que se creía protegido en el fuero interno podría ser interferido en el futuro, cuestión irrelevante en este caso;

C.- Libertad de conciencia como fundamento constitucional de la objeción de conciencia.

23°. Que no es posible colegir automáticamente que la libertad de conciencia devenga en objeción de conciencia. Ello exige alguna explicación en la cual hay desacuerdo. Primero, porque la Constitución no menciona la idea de objeción de conciencia. Segundo, porque la ausencia de mención lleva a determinar la necesidad de especificar el estatuto teórico constitucional que la ampare;

24°. Que respecto de la misma, en nuestra doctrina existe una tesis negacionista-limitadora. Sostenida por el Profesor Rodolfo Figueroa, parte de la base de definir que el ámbito de la objeción de conciencia es un resorte del legislador y que no puede fundarse de un modo directo en la libertad de conciencia. Por tanto, serían facultades reconocidas por el propio legislador y que no pueden sostenerse en un "derecho moral a la objeción de conciencia" y que menos éste tiene un carácter "absoluto", puesto que de vincularse con la libertad de conciencia no habría que olvidar que ésta, está sujeta a limitaciones derivadas de la "moral, las buenas costumbres o el orden público". [Rodolfo Figueroa (2016), "Objeción de conciencia y aborto", en Lidia Casas y Delfina Lawson (2016), *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, pp. 147-178];

25°. Que en la tesis contraria, sostenida por la Profesora Ángela Vivanco es que la objeción de conciencia sería un derecho implícito y derivado del artículo 19, numeral 6° de la Constitución. [Ángela Vivanco (2016), "La objeción de conciencia como derecho constitucional.

Una especial mención a la objeción de conciencia ante la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, propuestas en el caso chileno", en Lidia Casas y Delfina Lawson (2016), *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, pp. 147-178];

26°. Que la diferencia entre ambas tesis, es que la amplia la asocia a la libertad de conciencia y la restringida a los límites de la misma, definidos en el inciso primero del numeral 6° del artículo 19 de la Constitución. En cualquier circunstancia, ambas con un anclaje constitucional. Una de las consecuencias jurídicas de esta diferencia se dio en la Constitución española a raíz de la expresa mención en ésta a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. La ausencia de la dictación de la ley por un tiempo, llevó a que se reconociera un contenido esencial intangible a la objeción aún en ausencia de ley. Este es el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional español 15/1982, de 23 de abril, que indicó que "el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que en el caso presente habría de identificarse con la suspensión provisional de la incorporación a las filas" del servicio militar (fundamento jurídico 8°);

27°. Que si se sostuviera una tesis fuerte de objeción de conciencia aún faltaría el reconocimiento expreso en la Constitución para invocar un contenido esencial intangible, como en el ejemplo español recién aludido. Por lo mismo, es posible de razonar con ambas tesis ya que éstas exigen el reconocimiento legal expreso de la objeción de conciencia por parte del legislador ya que no existe ninguna modalidad directa de objeción de conciencia en la propia Constitución. Dicho de otra manera, no se puede deducir del carácter implícito de la objeción de conciencia una vulneración a un contenido

esencial por una regla genérica de incumplimiento respecto de potenciales objetores;

28°. Que una primera consideración es que la libertad de conciencia no puede ser protegida únicamente como un mandato de no intervención de una idea que está alojada en el fuero interno de los individuos. El derecho opera sobre sus manifestaciones externas y sería sencillo para el Estado dar por siempre cumplido su deber de abstención en una especie de libertad de conciencia ciento por ciento garantizada. Se podrá decir que la conciencia se ha de manifestar en una creencia y que sólo éstas serían las manifestaciones externas protegidas;

29°. Que en nuestro concepto resulta claro que la Constitución protege la libertad de conciencia como una dimensión separada de la libertad religiosa, fundando el pluralismo moral compatible con un régimen democrático de amplio espectro ideológico. De tal modo, que "las convicciones religiosas pueden determinar la conciencia de las personas, pero la religión no tiene el monopolio de la sobre la conciencia y, de hecho, está sujeta al examen y evaluación con base a la conciencia" [Bernard Dickens (2016), "El derecho a la conciencia", en Rebeca Cook, Joanna Erdman y Bernard Dickens, *El aborto en el derecho transnacional*, FCE, México, p. 271];

30°. Que podemos sostener que es parte del contenido constitucionalmente protegido que la conciencia se manifieste con "libertad" y no lo sería si aquella concluyese únicamente en "creencias" de raíz religiosa. Justamente, la inversión de los términos desde la Constitución de 1925 a la actual, implica un reforzamiento de la libertad ideológica de toda persona;

31°. Que, en este sentido, la objeción de conciencia nace en el espacio intermedio del tránsito de una manifestación auténtica de la conciencia, desde su consagración en el seno del juicio interno de la conciencia de una persona hasta su concreción como

creencia en un sentido amplio y no solo de aquellas expresiones propias de la libertad religiosa. Es parte del juicio de conciencia, libremente adquirido, el poder defenderla frente a contenidos normativos que la vulneran de un modo intolerable. El contenido jurídico constitucional de la objeción es la reacción de la conciencia frente a un mandato normativo que atente contra convicciones autónomas, razonadas y esenciales, todo lo cual hace parte de la noción de la libertad de conciencia a objeto de representar una juridicidad externa propia del Derecho Constitucional;

32°. Que esta tesis amplia de libertad de conciencia en su vínculo con la reacción objetora va en línea con lo sostenido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (artículo 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos) en orden a concatenar libertad de conciencia, primero, y libertad de religión, con posterioridad, incluso antecediendo la libertad de pensamiento en el primer caso;

33°. Que, asimismo, cabe indicar que la única expresión de la objeción de conciencia en los tratados de derechos humanos se circunscribe a una tesis interpretativa en orden a no considerar como trabajo forzoso u obligatorio el servicio militar así como el servicio nacional sustitutorio de éste, "en los países donde se admite la exención por razones de conciencia" (artículo 8.3.c)ii) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por tanto, reconoce la objeción de conciencia pero como una cuestión competencial del derecho interno de los Estados;

34°. Que otra consecuencia de esta consideración amplia que hemos defendido en este voto disidente reside en el hecho de que es admisible una objeción de conciencia fundada en convicciones de naturaleza moral y no

únicamente de orden religioso, como reacción a la vulneración de la conciencia por mandatos legislativos;

35°. Que no basta con preservar la extensión de la conciencia a través de las convicciones personales sino que hemos de definir cuándo se puede invocar objeción de conciencia y quiénes pueden invocarla. Desde ya estas consideraciones parten de la base que hace parte del núcleo de la objeción de conciencia estos dos dilemas, más allá de la decisión del legislador;

D.- La objeción de conciencia: las características de su núcleo indisponible.

36°. Que reconocida la constatación constitucional de la objeción de conciencia cabe identificar su núcleo indisponible como elementos que caracterizan esta figura. Para esta identificación hemos trabajado sobre un conjunto de trabajos doctrinarios nacionales y extranjeros que se reseñan pero respecto de los cuales se ha construido una forma diferente no imputable a estos autores [Ramón Soriano, *Las libertades públicas*, Tecnos; Luis Prieto Sanchís (2006), "Libertad y objeción de conciencia" en *Persona y Derechos*, N° 54; Luis Prieto Sanchís (2011), "La objeción de conciencia sanitaria", en Marina Gascón, María del Carmen González y Josefa Cantero (coordinadoras), *Derecho Sanitario y Bioética*, Tirant lo Blanch; Diego Papayannis, "La objeción de conciencia en el marco de la razón pública", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*; Ángela Aparisi y José López (2006), "El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto" en *Persona y bioética*, Revista N° 1, Volumen 10; Javier García y Frank Cranmer (2010), "Objeción de conciencia al aborto en el Reino Unido" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* N° 23; Karin Neira y Esteban Szmulewicz (2006), "Algunas reflexiones en torno al

derecho general de objeción de conciencia", *Derecho y Humanidades*, N° 12];

37°. Que estos requisitos son: primero, existencia de una obligación legal injusta. Segundo, que el objetor esté en una encrucijada moral insoslayable de la que no tenga escapatoria. Tercero, que no exista un bien jurídico superior que permita ponderar el sacrificio de la conciencia. Cuarto, que la reacción de la conciencia se dé dentro de un marco normativo regulado restrictivamente por el legislador. Quinto, que la titularidad de la conciencia debe estar acorde a la naturaleza del conflicto planteado. Sexto, que se trate de un comportamiento omisivo del objetor. Séptimo, que el conflicto de la conciencia se fundamente en razones religiosas, éticas, morales o axiológicas. Octavo, que la exención de la ley opere como una excepción al principio de cumplimiento general de la ley y, noveno, que la objeción de conciencia no afecte los derechos de terceros;

1.- Obligación legal injusta.

38°. Que salvo la referencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [artículo 8.3.c).ii)] a la hipótesis del servicio militar obligatorio, el conjunto de obligaciones injustas deben darse de un modo inequívoco. Por ejemplo, la propia Constitución configura una hipótesis que algunas personas podrían estimar injusta, a raíz de los juramentos promisorios previos para el desempeño de un cargo público, en el nombre de creencias que no son las suyas. Sin embargo, la propia Constitución en el inciso tercero del artículo 27 lo define como "juramento o promesa", desvirtuando toda hipótesis injusticia;

39°. Que la injusticia de la obligación reside en un conjunto específico de circunstancias que debe ser

verificada caso a caso. Por lo mismo, si existe dificultad de establecer un estatuto constitucional de todos los deberes, con mayor razón de las posibilidades de exención por razones de conciencia de los mismos. En tal sentido, la disyuntiva se ha de plantear en términos intensos y los casos para los cuales ha sido planteados reflejan una cierta gradiente de intensidad. El caso más paradigmático es la realización del servicio militar obligatorio respecto de personas que no pueden portar armas por fuertes convicciones religiosas. De la misma manera, el caso de objeción al aborto que ya veremos. Y aún otros ejemplos como el de objeción fiscal, en cuanto utilización de los tributos para usos incompatibles con mis creencias;

2.- Encrucijada moral insoslayable.

40°. Que no basta con identificar una injusticia en un mandato legal para autorizar una reacción objetora. Cabe una cuestión adicional: debe tratarse de una situación límite respecto de la cual no hay otro marco de conducta posible. La carencia de alternativas es lo que agudiza la conciencia humana, puesto que la ley hay que cumplirla de un modo tal que el sujeto se vea impelido a vulnerar su propia conciencia al actuar conforme a la ley;

41°. Que esta encrucijada debe ser de tal modo inevitable que cualquiera opción que se abra determina un reforzamiento del cumplimiento de la ley. Por lo mismo, la propia legislación de muchos países estima compatible el deber de realizar el servicio militar obligatorio con una objeción de conciencia limitada a un aspecto de éste, el de portar armar, pero no al impedimento de realizar otros servicios sustitutivos. Simplemente hay más opciones y no es insoslayable el sacrificio. Asimismo, la jurisprudencia en algunos casos ha sostenido con claridad que tampoco se puede tener una visión exacerbada del

dilema moral porque a veces el drama ya ha acontecido. Tal es el caso de todos los actos posteriores a un aborto como lo ha sostenido la Sentencia Rol UKSC 2014/68, del 17 de diciembre de 2014 de la Corte Suprema del Reino Unido;

3.- Inexistencia de bienes jurídicos superiores a la objeción de conciencia.

42°. Que la obligación injusta y sin salida no configuran por sí mismo los requisitos para invocar a todo evento la existencia de una objeción de conciencia. Esto solo corresponde a la delimitación jurídica de la objeción que permite que esta figura opere dentro del ordenamiento. Sin embargo, una tesis de esta naturaleza implicaría que la objeción de conciencia es un absoluto carente de todo tipo de límites, con lo que vulneraría la propia Constitución en el artículo 19, numeral 6°, puesto que su inciso primero somete la libertad de conciencia al cumplimiento de límites: la moral, las buenas costumbres y el orden público. No es posible que la libertad explícita esté sometida a límites y la objeción refleje carezca de éstos;

43°. Que este es el ejemplo de la necesaria ponderación de bienes jurídicos que hay que realizar en casos que siendo insoslayables, refieren a un bien jurídico superior. Por ejemplo, la existencia de la primera causal frente a una hipótesis límite de interposición de la objeción de conciencia debe ceder necesariamente frente al riesgo de vida de la madre. Este ejercicio no es más que la simple contrastación de la equivalencia de normas por jerarquía. Aquí hemos indicado que la objeción de conciencia es parte del contenido constitucional de la libertad de conciencia como un efecto reflejo del mismo que debe articularse en relación con la titularidad indudable del derecho a la vida de la mujer, así como de

sus derechos a la integridad física y psíquica y de protección de su salud;

4.- Marco regulatorio de la objeción de conciencia.

44°. Que una de las consecuencias más evidentes de la consideración de un contenido constitucional protegido en el reflejo reactivo de la libertad de conciencia es que no es posible considerar una objeción de conciencia específica. La Constitución reconoce la reacción protectora de la conciencia, pero no se puede deducir de ella ninguna modalidad específica de objeción de conciencia. Por lo mismo, es absolutamente imprescindible la existencia de un marco regulatorio que sea definido por el legislador caso a caso;

45°. Que se puede sostener que existe una especie de derecho general de objeción de conciencia que supliría la inexistencia de causas especiales de objeción [Neira y Szmulewicz (2006), pp. 195-197]. Si bien es dudoso partir de esa consideración, en cualquier circunstancia se ha de tratar de posiciones *prima facie* entendidas como principios. Puesto que si se considerara que existe un derecho general de objeción de conciencia como una regla definitiva, ello se asimilaría a un inaceptable "derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias" (Sentencia del Tribunal Supremo español de 11 de febrero de 2009). La mayor o menor fidelidad a su autenticidad no es un título para eximirse de todo el derecho;

46°. Que la consecuencia jurisprudencial de este antecedente es que no es posible concebir modalidades específicas de objeción de conciencia que carezcan de regulación. No existe en el derecho comparado objeciones de conciencia del todo desreguladas o desformalizadas. Tampoco existen aquellas que son configuradas, complementadas o definidas mediante actos

jurisdiccionales que crean expectativas de derechos de alcance general. La única manera de establecer una objeción de conciencia es a través del ejercicio de la potestad legislativa, siendo el Congreso Nacional el que determine sus beneficiarios, delinee sus contornos normativos, fije sus requisitos y establezca el procedimiento;

47°. Que la objeción de conciencia está regulada en beneficio del objetor, puesto que éste ha de tener certeza que su insumisión tiene un sentido normativo práctico que lo liberará de responsabilidad y que atribuirá dicho deber a otra persona u órgano. Todo lo cual exige una mandato legal expreso;

5.- Titularidad acorde a la naturaleza del conflicto de conciencia.

48°. Que otro requisito es verificar hasta dónde alcanza la titularidad de la objeción de conciencia. Y en estos hay demasiadas constataciones de que la titularidad de la libertad de conciencia abarca únicamente a las personas naturales. Se corresponde con su sentido etimológico, psicológico, jurídico y práctico. Por de pronto, hay juristas de la más diversa adscripción filosófica que así lo acreditan. "Dado que la conciencia solo se predica de la persona singular, la libertad de conciencia tiene por titular, únicamente, a las personas individualmente consideradas y no a las comunidades o grupos" (Aparisi y López: 2006, p. 38). Y lo anterior se deriva de la naturaleza misma de la objeción. No podemos soslayar que la voz "conciencia" en cualquiera de sus versiones está siempre referida a las personas naturales. En cinco acepciones pertinentes de la Real Academia Española todas llevan a esa misma conclusión: "1. f. Conocimiento del bien y del mal que permite a la persona enjuiciar moralmente la realidad y los actos, especialmente los

propios. 2. f. Sentido moral o ético propios de una persona. *Son gentes sin conciencia.* 3. f. Conocimiento espontáneo y más o menos vago de una realidad. *No tenía conciencia de haber ofendido a nadie.* 4. f. Conocimiento claro y reflexivo de la realidad. *Aquí hay poca conciencia ecológica.* 6. f. Fil. Actividad mental del propio sujeto que permite sentirse presente en el mundo y en la realidad." En diccionarios especializados tampoco hay duda: "en lo psicológico, autoconocimiento humano y reconocimiento de la propia individualidad; en lo intelectual, conocimiento reflexivo y exacto; en lo ético, facultad moral que distingue el bien y el mal; Figuradamente, proceder sano, conducta justa" (Guillermo Cabanellas (1982), *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Tomo II, Editorial Heliasta, Argentina, p.254). Desde el punto de vista psicológico, la conciencia "es el pináculo de la evolución del sistema nervioso. Es un proceso mental, es decir, neuronal, mediante el cual nos percatamos del yo y de su entorno en el dominio del tiempo y del espacio (...)" [Natalia Consuegra (2011), *Diccionario de Psicología*, Ecoe Ediciones, Bogotá, pp. 49]. Y, finalmente, la práctica de los tribunales de justicia en diversos lugares del mundo la han reconducido a esa misma titularidad natural. Simplemente como por ejemplo, así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional de Perú en el Exp. N° 0895-2001;

49°. Que la libertad de conciencia y su objeción consiguiente solo pueden estar adscritas a personas que tengan capacidad volitiva de conciencia. Y acorde a su naturaleza éstas no son sino las personas humanas. Conforme al epígrafe del artículo 19, los derechos son los correspondientes a "todas las personas", siendo necesario aplicar una tesis extensiva a las personas jurídicas "en cuanto sean acordes a su propia condición";

50°. Que quizás por lo mismo, autores nacionales afinquen el establecimiento de esta objeción fuera de las

personas naturales, configurando una interpretación ya fuera de esta libertad de conciencia y la vinculen al derecho de las asociaciones, reconocidas tanto en el artículo 1º, inciso tercero de la Constitución, como en la garantía específica del artículo 19, numeral 15º de la misma, así como en la libertad religiosa. (Manuel Antonio Núñez, "Convicciones éticas institucionales y objeción de conciencia colectiva en el sector sanitario público y privado", en Lidia Casas y Delfina Lawson (2016), *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*", Universidad Diego Portales);

6.- Comportamiento omisivo del objetor.

51º. Que la conducta del objetor consiste en la mera omisión. Diferenciada radicalmente de la desobediencia política y de la articulación de una reforma al sistema normativo que impone el deber legal, la objeción de conciencia reposa en ser "un método pacífico y con absoluto respeto al proceso democrático. El objetor de conciencia tan solo reclama pacíficamente el respeto a una condición ética o de justicia que es parte de su propia identidad personal" (Aparisi y López (2006), p. 40);

52º. Que la sola constatación de que se necesiten normas complementarias, interpretaciones jurídicas o jurisdiccionales subsidiarias o el auxilio eventual del legislador implica salirse de la figura de la objeción de conciencia esencialmente reactiva y pasiva;

7.- Fundamento ético, religioso o axiológico de la objeción de la conciencia.

53º. Que es fundamental reconocer que en el ordenamiento chileno la invocación de la objeción de

conciencia es de amplio espectro ideológico y no está reservado solo a las convicciones personales de origen religioso. Ya describimos que la Constitución (artículo 19, numeral 6°) ampara desde lo general (conciencia) hacia lo específico (religioso). Por lo mismo, la consecuencia natural es que la objeción sigue la suerte del objetor y no de la forma jurídica de la entidad en que éste trabaje o a la que se vincule. Y no puede ser de otra manera ya que "el Estado está al servicio de la persona humana", siendo sus convicciones un reducto respecto del cual no puede haber imposiciones que las vulneren;

8.- Que la objeción de conciencia es una excepción a la generalidad de la ley.

54°. Que otra diferencia que se deriva de la actitud beligerante contra la ley, propia del desobediente, es que éste lucha contra la injusticia de la norma y, por lo mismo, desea reformarla. En cambio, el objetor entiende que ese mandato es injusto respecto de sus convicciones pero puede no estimarlo así respecto de la sociedad ni pide que no se aplique la norma. Por tanto, lo que busca es eximirse de su mandato de generalidad, configurando técnicamente una excepción;

9.- Que la objeción de conciencia no afecte los derechos de terceros respecto de los cuales existen otras obligaciones jurídicas.

55°. Que la objeción de conciencia es una excepción personal, omisiva y regulada que puede ceder frente a bienes jurídicos superiores en función de la naturaleza del deber jurídico exigido. Esto exige mirar los efectos de los deberes y en favor de quiénes están establecidos.

"Raz distingue entre deberes paternalistas, o que benefician al mismo objetor, deberes en relación con otras personas determinadas, y deberes en relación con el interés público. Considera que la objeción de conciencia es más difícil de conceder en la segunda clase de deberes jurídicos, porque en el primer caso, se trata de deberes favorables al individuo obligado a cumplirlos, que puede preferir objetar a la norma que le beneficia, y en el tercer caso, de normas que conceden cierta flexibilidad en virtud de la insignificante contribución de cada una de las personas obligadas" [Soriano, 1990: p. 28];

56°. Que sin perjuicio de los matices que hace el propio autor, esta distinción refuerza la idea de que hay deberes que pueden ser transferidos con mayor libertad, como es el ejemplo del servicio militar obligatorio, puesto que su aporte al bienestar general es menor. Hay miles de ciudadanos que pueden ocupar dicha función anualmente. Habrá otros que atienden a su consideración personalísima sin afectar más que al propio objetor, como es el ejemplo del que se niega a realizar un juramento perjudicándose. En cambio, hay un espacio intermedio en dónde no hay puros deberes personalísimos ni rasgos genéricos de interés público. Existen derechos fundamentales y un conjunto menor de personas impelido por la ley a cumplir el mandato normativo exigido por la ley. Dentro de éstos se inscribe la objeción al aborto;

57°. Que como el carácter de estas obligaciones es más intenso cuando están vinculados los derechos de terceros, en este caso la madre en situaciones límites, no es posible sostener excepciones en el aire, sin una minuciosa descripción de los deslindes relativos a las titularidades invocadas, los contenidos de la objeción de conciencia y sus efectos. Por lo mismo, "la objeción debe ser asimilada por el ordenamiento jurídico democrático, como forma de libertad ideológica y de conciencia, cuando supone la negación de deberes jurídicos transferibles,

intercambiables y de efectos negativos no relevantes para terceros" [Soriano, 1990: 31];

V.- Criterios interpretativos de este voto.

58°. Que conforme a lo explicado cabe delinear los criterios interpretativos para abocarse, con posterioridad, a fundar el rechazo de los requerimientos y estimar la constitucionalidad de las tres objeciones de conciencia planteadas por una minoría parlamentaria en relación con el caso especial de la objeción a un procedimiento médico de interrupción de un embarazo;

59°. Que hay criterios interpretativos de naturaleza general que abarcan a todas las objeciones de conciencia. Y habrá otros que serán específicos de la expectativa normativa de extender la objeción de conciencia a determinadas personas jurídicas;

1.- La objeción de conciencia exige regulación.

60°. Que hemos sostenido que la objeción de conciencia se deduce de la libertad de conciencia. Sin embargo, se deduce de un modo que establece tan solo una disposición genérica para objetar, como una posición jurídica a primera vista, y que debe armonizarse con otros derechos y bienes jurídicos involucrados. Las objeciones son excepcionales y deben interpretarse de un modo restrictivo. Hasta aquí podemos extender al máximo la disposición del artículo 19, numeral 6°, de la Constitución puesto que no es posible indicar qué tipos de objeciones de conciencia defina el legislador. Solo que la Constitución dispone un título habilitante al legislador para disponerlas;

61°. Que la definición de la titularidad, el contenido, el procedimiento, los requisitos y los efectos de la

interposición de la objeción de conciencia en razón del aborto depende enteramente de la definición del legislador. Por lo mismo, resulta contradictorio que lo solicitado por los requirentes haya sido declarar la inconstitucionalidad completa de la objeción de conciencia a la interrupción del embarazo. Lo entendemos solo como una manifestación de disidencia a toda la ley pero no a una facultad de las personas con sólidos vínculos constitucionales;

2.- La objeción al aborto se inserta dentro de la regulación constitucional y legal.

62°. Que el proyecto de ley en su artículo 1° numeral 3°, introduce una nueva regulación en el artículo 119 ter del Código Sanitario creando la objeción de conciencia al aborto. El artículo 1° del Código Sanitario regula el fomento, protección y recuperación de la salud, "salvo aquellas sometidas a otras leyes". Se dedica todo el Libro V al ejercicio de la medicina y profesiones afines, dentro del cual se inserta el mencionado precepto cuestionado;

63°. Que en este entendido, la ley introdujo tres causales de justificación al aborto las que esta Magistratura estimó constitucionales. En tal sentido, se insertan dentro del ordenamiento constitucional que dispone el "derecho a la protección de la salud" (artículo 19, numeral 9° de la Constitución). Siendo deber del Estado proteger "el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo". Para ello, el Estado debe "garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privada, en la forma y condiciones que determine la ley". En esta tarea, los órganos estatales correspondientes deberán tener particular atención a la

"coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud". Por último, debe mantener abierto el derecho de toda persona a "elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado";

64°. Que, a su vez, la misma normativa del proyecto de ley indicado remite a la Ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud;

65°. Que esta es la normativa esencial para identificar este problema planteado por las diversas objeciones de conciencia cuestionadas sin perjuicio de aspectos institucionales, financieros o de planificación de las prestaciones de salud que se desenvuelven en un ámbito de estricta legalidad;

3.- Que la objeción de conciencia se integra dentro de una acción de salud repleta de deberes que no autorizan eximición.

66°. Que toda acción de salud es parte de un procedimiento y la interrupción al embarazo no es excepción a este estatuto constitucional, legal y reglamentario. De hecho partimos de la base, a raíz de la habilitación legal de este mismo proyecto de ley, que la objeción de conciencia al aborto por parte de los titulares de este derecho no puede interponerse de un modo espontáneo o desformalizado. Al margen de la titularidad que ya veremos, la objeción de conciencia debe interponerse ante el Director del establecimiento médico en forma previa y escrita. Solo esta carga personal, de fácil cumplimiento, traslada el deber de "coordinación" (inciso tercero del numeral 9° del artículo 19 de la Constitución) a quienes habían organizado las acciones de salud de un determinado modo. La falta de oportunidad y de formalidad, de la

interposición de la objeción, afectaría sensibles bienes jurídicos constitucionales;

67°. Que no es el único requisito puesto que hay pasos previos relativos a centrar la atención en el paciente y en sus derechos a la seguridad de la prestación; a un trato digno; a una información suficiente, oportuna, veraz y comprensible y el derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento (artículos 4°, 5°, 8° y 14° de la Ley N° 20.584, respectivamente). En el marco de estos derechos generales del paciente, la carga de atender recae en plenitud sobre el establecimiento. Si el profesional tratante ha comunicado previamente y por escrito su condición de objetor, recaerá en el centro el deber de reasignar el tratamiento con otro profesional no objetor. Si no existiere otro profesional en todo el centro existe la obligación de derivar a la paciente a otro establecimiento hospitalario. La dimensión de la derivación a otro centro hospitalario implica el permanente deber de garantizar el "libre e igualitario acceso" a las acciones de salud. E incluso en casos de atención médica inmediata e impostergable la objeción de conciencia debe ceder ante el imperativo ético-médico;

68°. Que, por tanto, la objeción no es automática, está sometida a procedimientos, concatenada a un conjunto de pasos, lo que exige reforzar los esfuerzos de coordinación y, transcurridos todos ellos, aún no está asegurada la válida interposición de la objeción en casos de riesgo límite para la madre. Nada de esto se improvisa y todo debe estar sujeto a previas planificaciones y programaciones en el marco de la Constitución, las leyes y los protocolos del Ministerio de Salud "necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia";

69°. Que la exención de la obligación legal injusta por razones de conciencia solo afectan el acto mismo de la interrupción del embarazo dentro de un pabellón

quirúrgico. Ni los actos preparatorios ni los actos posteriores son susceptibles de tal exención. Si existiese una extensión desmedida de tal eximición, simplemente habría un trato negligente de tal naturaleza que no dudáramos en definirlo de discriminatorio y violatorio del libre e igualitario acceso a esta prestación de salud. Todo lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad de que de ésta se deduzca así como de los impactos en la coordinación interinstitucional del sistema de salud;

4.- La objeción de conciencia no es un título general de exención del ordenamiento ni una modalidad para discriminar.

70°. Que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido conteste en estimar que cualquiera figura jurídica que implique exonerarse de deberes legales no puede presumirse ni consagrarse de modo absoluto, general e incondicionado ni menos desprenderse de una norma constitucional. Es así como ha estimado que es deber del legislador configurar una exención tributaria (Sentencia Rol 1234); una exención de pago por el deber de cancelar las patentes por no uso de derechos de aguas (Sentencia Rol 2881); por las reglas de definición de un beneficio tributario (Sentencia Rol 1452) o de exenciones en el pago del crédito universitario (Sentencia Rol 2865). Asimismo, es parte de las "bases esenciales de todo ordenamiento jurídico" (artículo 63, numeral 20 de la Constitución) el definir los contornos de la regulación complementaria para configurar una exención o un beneficio (Sentencia Rol 2614);

71°. Que este criterio es evidente puesto que la objeción de conciencia implica sustraerse del mandato de la igual aplicación de la ley para todos. Por tanto, no cabe configurar nuevas exenciones mediante una

interpretación, no cabe ampliar titularidades sin atender a sus efectos y resulta ajena a nuestras competencias configurar un estatuto de excepción;

72°. Que, de la misma manera, al explicarse la objeción de conciencia de un modo restrictivo, parece claro que en la diferencia de trato autorizada por la Constitución, no se puede comportar de un modo arbitrario y discriminatorio. La objeción de conciencia levanta el deber de actuar por el conflicto de conciencia, pero no autoriza a discriminar. En ello no solo está el mandato genérico del artículo 19, numeral 2° de la Constitución, sino que la regla más precisa de obligación en torno al libre e igualitario acceso a las acciones de salud, que demanda el derecho de protección de la salud en el artículo 19, numeral 9° de la Constitución;

5.- La objeción de conciencia tiene límites en el orden público y en la moral.

73°. Que la objeción de conciencia comparte las características de la libertad de conciencia incluyendo sus límites establecidos en el artículo 19, numeral 6° de la Constitución. Dentro de ellos cabe destacar que la interposición de una objeción de conciencia que devenga en el riesgo vital de la madre configura una evidente transgresión de la moral, en cuanto vulnera de modo grave la ética profesional;

74°. Que de la misma manera no es razonable desconocer las etapas preparatorias de una acción de salud ni las posteriores en caso de haberlas. Tampoco actuar de un modo negligente desconociendo las formalidades de la interposición de la objeción de conciencia y los deberes de preparación, tratamiento, reasignación profesional y derivación, en caso que fuese necesario. Asimismo, la tardanza en la atención médica en el caso de la tercera causal en relación con plazos estrechos. Todas estas

trabas, impedimentos e incumplimientos legales o normativos configurarían reglas que afectan el orden público en el ejercicio de un derecho fundamental como es el de la protección a la salud;

6.- El diseño institucional del sector salud está basado en un esquema de colaboración público-privada que impone deberes de seguridad social.

75°. Que el derecho de protección de la salud se articula en nuestro país a través de acciones públicas y privadas. Se exige coordinación interinstitucional y se garantiza siempre el derecho de opción de las personas entre instituciones públicas o privadas, según mandatos ya reiterados desde la Constitución;

76°. Que en tal sentido, todo el sector salud tiene un sistema completo diseñado para la coordinación y su adecuada fiscalización. Los hospitales y clínicas que integran el sector salud, constituyen el sistema nacional de salud (artículo 2° del DFL N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud). Y el Ministerio mismo fiscaliza el debido cumplimiento de normas en materia de salud (artículo 4, numeral 3° del DFL N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud). Justamente esa tarea es del SEREMI de Salud (artículos 4° y 12 N° 1 del DFL n° 1, de 2006, del Ministerio de Salud);

77°. Que el Tribunal ha sostenido que "posible es inferir no sólo que los particulares pueden coadyuvar con el Estado en su deber de garantizar el derecho fundamental a la protección de la salud, lo que se halla en plena armonía con el principio de subsidiariedad que reconoce la Carta Fundamental, sino que, además, tales instituciones, al hacerlo en relación a sus afiliados, se sitúan en un plano análogo al de su titular originario, el Estado." (STC Rol N° 1287, c. 52°). Las instituciones privadas que colaboran en la ejecución de acciones de

salud tienen características y deberes específicos, que justifican una mayor intervención estatal. En efecto, las acciones de salud son prestaciones de promoción, protección, recuperación y rehabilitación del individuo, y el Estado tiene el deber preferente de garantizar su ejecución. Tal deber se realiza a través de instituciones públicas y privadas, "en la forma y condiciones que determine la ley". Esta regulación incluye a la ley y a la potestad normativa de los órganos de la Administración que controlan y coordinan las acciones relacionadas con la salud (STC Rol N° 1710, c. 123°);

78°. Que, en consecuencia, no se trata entonces de asociaciones que tengan plena autonomía para definir sus fines y las formas de ejecutarlos. Son instituciones que complementan un deber estatal preferente, bajo el control y coordinación del Estado, y en el que las personas tienen el derecho acceder de forma libre e igualitaria a acciones de salud, y a elegir libremente el sistema de salud al que desean acogerse;

7.- Las objeciones de conciencia personales y los idearios institucionales son dos estatutos diferentes que pueden llegar a ser incompatibles.

79°. Que la objeción de conciencia personal es propia de la dimensión individual de la conciencia, según ya lo vimos desde reiteradas conceptualizaciones etimológicas, filosóficas, psicológicas y jurídicas, y no puede ser trasladada de un modo irreflexivo a las personas jurídicas;

80°. Que la posición de esta minoría concuerda con el proyecto de ley, al restringir la objeción de conciencia a personas naturales y negarla para las personas jurídicas. Esta afirmación no es pacífica, y han existido múltiples debates doctrinarios en nuestro país y en el extranjero. Se ha sostenido que ciertas personas

jurídicas ejercen derechos relativos a la libertad de conciencia y de religión, al adscribir en sus estatutos a determinadas creencias religiosas. En este caso, la institución "se encuentra jurídicamente autorizada para conducirse de acuerdo a sus creencias -por cierto, compatibles con el derecho público-, lo cual transfiere al Estado el deber de procurar prestaciones que éstas no puedan proporcionar de acuerdo a su propia normativa y estatutos, conocidos y reconocidos por el propio Estado." [VIVANCO, Ángela (2016) "La objeción de conciencia como derecho constitucional. Una especial mención a la objeción de conciencia ante la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, propuesta en el caso chileno", en Casas, Lidia y Lawson Delfina (comp.), *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile* (Santiago, LOM), pp. 179-208, p. 198]. Esta situación no ha de entenderse como una objeción de conciencia, sino "como una limitación a las exigencias que el Estado puede efectuar a las referidas instituciones, dado que el mismo Estado les ha reconocido el derecho estatutario a adscribir a determinadas creencias religiosas y a conducirse de acuerdo a dicha adscripción." [VIVANCO, Ángela ob. cit., p. 197];

81°. Que, también se ha afirmado que la libertad de asociación y la libertad de creencias contemplan un cariz colectivo, que ejercen instituciones privadas de tendencia. "La libertad de las asociaciones, unida a la autonomía que la Constitución chilena reconoce a los cuerpos intermedios, presupone la capacidad para determinar fines y escoger los medios" [NÚÑEZ, Manuel (2016): "Convicciones éticas institucionales y objeción de conciencia colectiva en el sector sanitario público y privado", en Casas, Lidia y Lawson Delfina (comp.), *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile* (Santiago, LOM), pp. 209-227, p. 217]. De

este modo, "si el derecho protege creencias morales, religiosas o políticas que tienen un potencial excluyente respecto de quien no comparte esas creencias, entonces también debe reconocer su correlato en los ámbitos sociales en que se desenvuelven esas creencias, como suelen ser la educación, el trabajo y la salud" [NÚÑEZ, Manuel ob. cit., p. 218];

82°. Que estas creencias implican una interpretación que reduce el alcance amplio de la hipótesis de la objeción de conciencia institucional solo a aquellas que pueden manifestar un determinado ideario. Esta conclusión es parcial pero significativa, puesto que limita el alcance de las instituciones que podrían identificar un ideario a un conjunto muy limitado de organizaciones. Primero, aunque resulte obvio hay que descartar que las instituciones públicas puedan invocar otro ideario diferente que la sola pertenencia a la estructura pública estatal sin ejercicio de libertad de conciencia alguna. Aunque reiteramos que la voluntad de los integrantes individuales que trabajan en el sector público pueden manifestar su objeción de conciencia personal. En segundo lugar, descartamos a todas aquellas instituciones que carecen de un sentido denso de creencias. Pueden estar muy arraigados en la población chilena, como puede ser el ejemplo de las diferentes compañías de bomberos, pero no tienen un cuerpo dogmático que pueda ser revestido como fuente de convicciones ideológicas propias. Por tanto, no basta con ser asociación ni ejercer la voluntad colectiva propia de las mismas para entender que ellas puedan equipararse a la conciencia individual. En tercer lugar, el ámbito de la libertad de asociación, que otorga personalidad jurídica a todas las asociaciones privadas que se constituyen de conformidad con la ley, requeriría una conexión especial con una modalidad específica de asociaciones que tienen ese cuerpo doctrinario que un estatuto normativo no te puede otorgar. Las creencias

solo pueden encontrarse fuera del artículo 19, numeral 15° de la Constitución. Por de pronto, tampoco se encuentra en ese conjunto de reglas sanitarias que identifican los denominados prestadores institucionales de salud (artículo 3° de la Ley N° 20.584). Para sostener la tesis de la objeción de conciencia institucional se afinca en estatutos constitucionales que admiten la hipótesis de idearios institucionales, los que se encuentran en el mundo religioso (artículo 19, numeral 6°) y en el ámbito educacional (artículo 19, numeral 11°);

83°. Que en nuestro concepto esta tesis es errada porque desborda los mecanismos institucionales desnaturalizándolos en búsqueda de una protección más amplia, en circunstancia que la Constitución le define la propia solución. Las instituciones que tienen ideario y cuya dirección podría estimar que es necesario impetrar la objeción de conciencia, deben hacer constar tal requerimiento en las relaciones al interior de sus miembros;

84°. Que para ello la Constitución admite la fórmula de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales ("Los preceptos de esta Constitución obligan a (...) toda persona, institución o grupo", artículo 6°, inciso segundo de la Constitución). Por tanto, el ideario institucional admite la hipótesis de que se contemplen mecanismos de adhesión a determinados valores que podrían tornar incompatible una determinada prestación de salud, en razón de la objeción moral al aborto. Esas determinaciones puede darlas a conocer a sus integrantes. Sin embargo, eso no es objeción de conciencia, puesto que siempre los miembros individuales mantienen incólume su libertad de conciencia reflexiva y pueden estimar el mejor modo de reaccionar frente a esa conciencia vulnerada. En este caso, los integrantes de esta institución podrían estar sometidos a una doble

infracción a su conciencia. Primero, la propia de la objeción individual relativas al hecho legalmente impuesto como un deber incompatible con sus convicciones. Y, en segundo lugar, la orientación de una objeción institucional que no resulte compatible con sus convicciones personales y que atente contra su sentido ético profesional. Por tanto, no se puede en nombre de la objeción de conciencia facultar la infracción a la conciencia de sus integrantes;

85°. Que la solución no es forzar el atajo de una conciencia institucional que tomaría tiempo en identificar. ¿La de los controladores, la del director, la del gestor, la de la iglesia que los sustenta, la decisión de una mayoría de accionistas, la de un voto de calidad dentro del directorio, la de un consejo ético asesor, la del Comité de Ética institucional, etc.? Tampoco el solo hecho de pertenecer a una entidad religiosa puede implicar que éstas se opongan a todo evento a la realización del procedimiento médico del aborto. A veces pueden tomar la decisión en un sentido exactamente contrario como un testimonio de excepción. Y, ¿en qué pie quedan los derechos de sus integrantes? ¿Vamos a presumir que son objetores de conciencia o que ninguno de ellos lo es? ¿Acaso vamos a vulnerar la vida privada de los profesionales que trabajan en estos recintos médicos y los vamos a obligar a declarar su ideología, religión o creencias?;

86°. Que todo este conjunto de problemas se resuelve admitiendo que no existe una conciencia institucional y permitiendo que las relaciones entre los integrantes de una asociación y la persona jurídica de ésta se verifiquen mediante actos de lealtad. El mejor modo de proteger los derechos fundamentales de ambos no es forzando una conciencia revestida de ideario sino dejar los problemas limítrofes al ejercicio de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Según nuestra

jurisprudencia, esta garantía opera de un modo indirecto para limitar la autonomía de las instituciones en el ejercicio abusivo de derechos fundamentales de sus integrantes (Sentencia Rol 2626);

87°. Que es lícito que estas asociaciones adscriban a determinadas creencias religiosas, pero tal definición no totaliza la conciencia de las personas que trabajan en la institución. Es claro que quienes trabajan o pertenecen a una institución de salud con tendencia religiosa gozan igualmente del derecho a la libertad de conciencia asegurado por la Constitución. Asimismo, quienes son los titulares indiscutibles de la objeción de conciencia son las personas que se desempeñan como profesionales de la salud, y que ejecutarán directamente las acciones de salud relacionadas con el aborto. Así como un hospital o clínica no podría afirmar que todo su personal está obligado a efectuar abortos, tampoco podría asegurar que todos ellos son objetores, a menos que así conste fehacientemente. Las asociaciones tienen derecho, conforme a sus propios estatutos y dentro de los límites del Derecho del Trabajo, a contratar o despedir al personal que no adscriba a su ideario. A modo de ejemplo, la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso Rommelfanger con Alemania (1986) resolvió que no contraviene a la Convención que una institución de salud católica despida a un médico que suscribió una carta a un medio de comunicación, opinando a favor de la regulación legal del aborto. La Comisión estimó que si el empleador es una organización que se basa en determinadas convicciones y valores, forma parte de la libertad de expresión del empleador imponer ciertos deberes de lealtad a sus empleados. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al afirmar que "las comunidades religiosas pueden exigir un cierto grado de lealtad por parte de las personas que trabajan para ellas o que las representan." [Caso

Fernández Martínez con España, de 12 de junio 2014, párr. 131];

88°. Que cabe recordar que cuando la legislación garantiza estos determinados idearios institucionales, como es el caso de la cautela del proyecto educativo [literal f) del artículo 10 de la Ley General de Educación], estos idearios institucionales no pueden atentar contra la legislación vigente, incluyendo por cierto los propios derechos humanos de todos [literal f) del artículo 46 de la Ley General de Educación];

8.- La autonomía de las instituciones no es exención de ley.

89°. Que la Corte Constitucional de Colombia resolvió sobre este punto que "las personas jurídicas no son titulares del derecho a la objeción de conciencia y, por tanto, a las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud no les es permitido oponerse a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo [...] el ejercicio de la objeción de conciencia no se asimila a la simple opinión que se tenga sobre un asunto. Por el contrario, son las más íntimas y arraigadas convicciones del individuo las que pueden servir como fundamento para el ejercicio de este derecho. Esta característica es ajena a las personas jurídicas, que en su constitución y ejercicio pueden concretar principios como la libertad de empresa o derechos fundamentales de sus socios, más éstos no podrán nunca transmitirles caracteres éticos y morales propios y exclusivos de las personas naturales." (Sentencia T-388 de 2009). En cuanto a la distinción entre personas jurídicas públicas y privadas, la Corte recalcó que en este caso se trata de la prestación de un servicio público de salud, establecido y coordinado por el Estado. "En estos eventos no se está ante una institución privada que presta el servicio de salud en

condiciones establecidas por un acuerdo privado basado en la mera liberalidad de las partes involucradas; por el contrario, se trata de la implementación del sistema de salud público, creado y vigilado en su ejecución por el Estado y financiado con recursos públicos, en el que, aunque tienen oportunidad de participar personas jurídicas particulares, las reglas son muy lejanas a aquellas que regulan la primera situación mencionada. Cuando es el aspecto público el que prima en la prestación de un servicio [público], la autonomía privada debe entenderse drásticamente reducida, especialmente cuando se trata de la protección efectiva y real de derechos fundamentales como la salud, la vida, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.”;

90°. Que nuestra Constitución establece en el artículo 1°, que “las personas” nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que el Estado está “al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”. Respecto de las asociaciones, el Estado “reconoce y ampara los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.” El artículo 19 N° 15 asegura a las personas el derecho de asociarse sin permiso previo, y prohíbe las asociaciones contrarias a la moral, el orden público y la seguridad del Estado. Asimismo, el artículo 23 ordena a la ley sancionar a los grupos intermedios y sus dirigentes “que hagan mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos.”;

91°. Que el Tribunal Constitucional ha afirmado que “[l]as agrupaciones intermedias son todas las asociaciones distintas al aparato público, es decir, todas aquellas que no sean órganos del Estado en todas sus manifestaciones [...] Estas agrupaciones, ubicadas en la estructura social entre el Estado y la persona, y

creadas por los individuos, conforman la denominada "sociedad civil". Por eso, la Constitución señala que a través de estas asociaciones la sociedad "se organiza y estructura" (artículo 1°). Estas tienen fines propios distintos a los del Estado y sus órganos. Con ello se contribuye "a la riqueza de la trama social y, en último término, al bien común de la sociedad" (STC rol 226/95)." (STC Rol N° 1295, c. 55°). El Tribunal ha establecido que "[e]l derecho de asociación está constituido en un cierto sentido instrumental, al constituir las personas jurídicas herramientas de ejecución de los derechos y voluntades de las personas naturales que integran este colectivo. Lo regulado por la Constitución, sin perjuicio de algunos tipos de asociatividad específica, es la sociabilidad humana que se manifiesta en el derecho individual a asociarse y en el derecho colectivo a configurar un autogobierno de la organización." (STC Rol N° 2626, c. 18°). Asimismo, ha afirmado que "una asociación tiene el más amplio derecho a fundarse en el marco de una unión autónoma y voluntaria. Y que en virtud de su capacidad de autogobierno las asociaciones contemplan los derechos y obligaciones de sus propios integrantes." (STC Rol N° 2626, c. 21°). También ha señalado que "los grupos privados disponen de la libertad de asociación y de la autorregulación que permite un ejercicio colectivo del derecho asociativo, especialmente en la determinación de sus fines, medios, reglas internas y resolución de las diferencias que surjan al interior de sus asociados. Esta determinación genérica de autonomía no se contrapone a la capacidad del legislador de dictar normas generales y obligatorias válidas para todos los sujetos a un determinado ordenamiento jurídico. La potestad legislativa tiene rango constitucional y los grupos intermedios no están al margen de los mandatos del legislador. Todo lo anterior, porque la autonomía que la Constitución garantiza es la adecuada. La autonomía es



"inadecuada" cuando pretende ser invocada para realizar actividades ilegales, dañosas o ilícitas, o amparar excesos en la actuación del órgano que la invoca." (STC Rol N° 2731, c. 28°);

92°. Que, sin perjuicio de interpretar ampliamente la libertad de asociación y la autonomía de los grupos intermedios, el Tribunal ha estimado constitucionales específicas intervenciones legislativas. Así por ejemplo, ha afirmado que "la Ley N° 20.564 determina una diferencia puesto que describe el sentido público de los fines de Bomberos de Chile, en consonancia con el inciso final del artículo primero de la Constitución, en orden al deber estatal de "dar protección a la población" frente a riesgos, incendios y otras emergencias. En tal sentido, el legislador ha reconocido una especie de garantía institucional, puesto que regula la función pública del deber pero lo hace respetando que esas finalidades se satisfagan mediante formas organizativas privadas." (STC Rol N° 2626, c. 18°). También se ha pronunciado expresamente respecto de las instituciones privadas que garantizan prestaciones de seguridad social relacionadas con la salud, al afirmar que "el contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público." (STC Rol N° 1710, c. 154°). Se ha sostenido lo mismo respecto de las universidades, al señalar que "tanto la autonomía económica como administrativa que la ley le confiere al establecimiento de educación superior (artículo 104, Ley General de Educación) está subordinada al cumplimiento de los

estatutos y de la ley. De esta manera, debe recordarse que las potestades que se entregan al Ministerio de Educación, son definidas por ley, conforme al artículo 65, inciso cuarto, N° 2, de la Constitución. Son ellas las que definen la forma organizativa que deben adoptar las instituciones de educación superior, las modalidades de acreditación, de recepción de subvenciones, etc." (STC Rol N° 2731, c. 30°). Así también respecto de establecimientos educacionales particulares subvencionados al afirmar que "la libertad de enseñanza no está al margen de las regulaciones que puede imponer el legislador, que la hagan posible y conciliable con el derecho a la educación." (STC Rol N° 2787, c. 42°);

93°. Que las instituciones que adscriben fuertemente a determinadas creencias o convicciones, tienen la autonomía para hacerlo, pero a la vez, su adecuada autonomía está supeditada a la regulación estatal en el ámbito de las acciones de salud. Muchas de estas organizaciones no sólo están bajo la supervigilancia del Estado, sino que suscriben convenios específicos con éste para garantizar prestaciones en modalidad de libre elección, para ejecutar garantías GES, para resolver cuestiones no contempladas en la salud pública, entre otros. Este tipo específico de asociaciones, por el área en la que se desenvuelven, están supeditadas a sus propios estatutos, pero también fuertemente a la ley y la regulación administrativa;

94°. Que si se admite la objeción de conciencia institucional en nuestro sistema de protección de la salud, el Estado no podrá cumplir su deber preferente de garantizar acciones de salud a través de instituciones privadas. La idea del sistema, que fue justamente prevenir el monopolio estatal, no podrá llevarse a cabo. Ello no sólo implica una serie de dificultades de organización y coordinación, sino que además limita el derecho de las personas a "elegir libremente" el sistema

de salud. Cuando el legislador democrático "adopta un estatuto permitiendo el aborto en determinadas situaciones, no puede establecer un marco regulatorio que limite las posibilidades efectivas de obtener un aborto." [Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso P. y S. v. Polonia, de 30 de octubre de 2012, párr. 58]. Asimismo, si el legislador establece acciones de salud relacionadas con la interrupción del embarazo, el Estado tiene el deber "de organizar el sistema de salud de tal forma que el ejercicio efectivo de la libertad de conciencia por parte de profesionales de la salud 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]. Si además de la objeción de conciencia individual se admite una hipótesis de objeción institucional, el Estado no podrá cumplir su deber preferente, y la coordinación del sistema será excesivamente limitada;

9.- Los daños colaterales de la mal llamada objeción de conciencia institucional

95°. Que en consecuencia no se puede estimar que está dentro del núcleo de autogobierno colectivo de las asociaciones el eximirse de la ley, sustraerse de su cumplimiento y consagrar una expectativa de derecho que vulneraría toda regla de funcionamiento del Estado de Derecho. Bastaría pensar, por ejemplo, en la pretensión de sostener una objeción de conciencia fiscal, como una hipotética consecuencia del atributo de autogobierno de determinadas instituciones, para argumentar la imposibilidad de pagar tributos. Esta expectativa derivada de la extensión irreflexiva de la objeción de conciencia de personas jurídicas es tan falaz que el caso se cae por completo. En tal ejemplo, es la propia

Constitución la que declara que determinados templos y sus dependencias "estarán exentos de toda clase de contribuciones" (inciso tercero del numeral 6° del artículo 19 de la Constitución) en nombre del ejercicio de cultos y no como resultado de una objeción de una conciencia de dudoso sostenimiento;

VI.- Aplicación de estos criterios a las modalidades de objeción de conciencia impugnadas.

1.- Objeción de conciencia ampliada.

96°. Que de acuerdo a un buen conjunto de criterios ya sostenidos no es posible estimar que nos encontremos frente a una norma inconstitucional por las siguientes razones. Primero, porque la legislación sanitaria es la que especifica quién o quiénes son las personas susceptibles de ejercer, bajo la condición de prestador individual, los derechos y obligaciones propios del Libro V del Código Sanitario en donde está regulada esta objeción de conciencia (artículo 3° de la Ley N° 20.584). Por tanto, se trata de una cuestión de legalidad que no se resuelve, únicamente, con el concurso de esta norma sino que se ha de mirar el conjunto de la legislación sanitaria. En segundo lugar, porque el Tribunal Constitucional no puede crear exenciones de cumplimiento de la ley. Un activismo de esta naturaleza debilitaría la propia noción de la Constitución, puesto que habilitado constitucionalmente el proyecto de ley impugnado se cuestionaría mediante discriminaciones específicas. En tercer lugar, no podemos ampliar objetivamente esta objeción de conciencia, porque todos los actos preparatorios y los posteriores a la prestación médica de interrupción del embarazo quedan al margen de la objeción de conciencia. Se trata de actos que no configuran una

encrucijada moral insoslayable. Todos ofrecen alternativas e, incluso más, la propia ley las exige puesto que deben satisfacerse los deberes de tratamiento, reasignación profesional y derivación en el marco de procedimientos reglados para la interposición de la objeción de conciencia. Cuarto, que la dimensión subjetiva del personal no profesional que participa en una prestación de esta naturaleza está supeditada al desarrollo de los protocolos específicos que dicte el Ministerio de Salud para la ejecución de la objeción de conciencia. Se trata de un personal que no participa directamente en el acto y que no tiene la aptitud para producir el resultado que concluya dañando sus convicciones personales. No obstante, es admisible que algunos puedan estimar que son parte de un equipo médico que exige reglas y tratos igualitarios. Pero no parece ser la regla general que los derechos y obligaciones recaigan con la misma fuerza en determinados tipos de personal, incluso esta propia sentencia configura una dependencia inaceptable del derecho de objeción de conciencia del personal, porque su ejercicio queda supeditado a la decisión del médico original, dado que no existe regulación de la derivación del personal objetor no profesional;

2.- Objeción de conciencia sin excepciones.

97°. Que ya hemos sostenido que la objeción de conciencia comparte las características de la libertad de conciencia incluyendo sus límites establecidos en el artículo 19, numeral 6° de la Constitución. En consecuencia, la interposición de una objeción de conciencia que devenga en el riesgo vital de la madre configura una evidente transgresión de la moral, en cuanto vulnera de modo grave la ética profesional;

98°. Que estimamos que no existen dos opiniones acerca de la imposibilidad de abandonar a una paciente a su suerte, en caso de atención médica inmediata e impostergable, que al vincularse a la primera causal, solo puede significar el riesgo real y actual de peligro de la vida de la madre;

99°. Que en cuanto a la tardanza en la atención médica en el caso de la tercera causal en relación con plazos estrechos. Todas estas trabas, impedimentos e incumplimientos legales o normativos configurarían reglas que afectan el orden público en el ejercicio de un derecho fundamental como es el de la protección a la salud. Por tanto, estimamos que estas reglas se fundan en los límites constitucionales a la objeción de conciencia;

3.- Objeción de conciencia institucional.

100°. Que existe un conjunto amplio de razones para desestimar la hipotética inconstitucionalidad de la no extensión de la objeción de conciencia a determinadas instituciones. Primero, porque no es posible configurar el estatuto constitucional vulnerado cuando la regla de la objeción de conciencia solo nace de modo reflejo en el artículo 19, numeral 6° de la Constitución, en una circunstancia no comunicable a la libertad de asociación. Segundo, porque el Tribunal Constitucional no puede crear exenciones de ley. Tercero, porque es una cuestión de legalidad sortear que el ejercicio de la objeción de conciencia regulada en el artículo 119 ter del Código Sanitario solo alcanza a los prestadores individuales regulados en el Libro V de dicho Código y no a los prestadores institucionales. Cuarto, que los efectos colaterales de estas exenciones generarían expectativas de derechos que harían de la generalidad de la ley una excepción bajo el mero arbitrio de la voluntad colectiva de las asociaciones. Quinto, porque las instituciones no



tienen conciencia. Sexto, porque solo algunas instituciones tienen ideario. Séptimo, porque los valores de esos idearios pueden ser defendidos constitucionalmente mediante la aplicación indirecta de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Esto es esencial para garantizar que los derechos de sus miembros no sean sometidos a un abuso institucional de corte autoritario. Octavo, que una objeción de conciencia aplicable a las instituciones requeriría un conjunto amplio de regulaciones, en circunstancias que la objeción de conciencia es un mero ejercicio omisivo de algunas de ellas. Noveno, que el activismo de las instituciones que desean impetrar la objeción de conciencia orgánica las aproxima a un ejercicio de desobediencia de la ley en el marco del propósito de reformularla, lo que las excluye de la dimensión subjetiva del mero objetor. Décimo, porque hay países como Francia que permite la objeción de conciencia institucional, pero reguladas por la ley y no como dimanación de la libertad de conciencia, y solo aplicables para aquellas que no reciben subvenciones estatales de ningún tipo. Undécimo, porque su reconocimiento afectaría derechos de terceros que deben ser especificados por el legislador. Así, por ejemplo, los de la propia paciente, arriesgando una atención segura y conforme al respeto de su consentimiento. También de las Instituciones de Salud Previsional que deben financiar prestaciones que hacen parte del contenido del plan de salud de cada persona y que pueden terminar siendo excluidos por la modalidad de los planes, por ejemplo, los cerrados dejando al asegurador sin la posibilidad de cumplir un contrato. O de los propios prestadores, que se arriesgan a configurar una falta de servicio o un actuar negligente dependiendo el modo en que evolucione la objeción. O de los propios profesionales, que confrontados con sus instituciones pueden ver lesionada su propia conciencia. O del propio



estado que puede derivar en un amplio régimen de descoordinaciones. Duodécimo, porque el Tribunal Constitucional no puede repetir sentencias (como la Sentencia Rol 3016) creando expectativas de derecho al margen de toda regulación del legislador, debilitando la fuerza argumentativa de su propia jurisprudencia;

101°. Que, delimitadas las razones del rechazo de estos dos Ministros, cabe por último, constatar el efecto jurídico del estado de la inconstitucionalidad declarada por esta Magistratura en cuanto sus alcances sobre algunas de las modalidades de objeción de conciencia. La mayoría que estuvo por acoger estas objeciones, solo las mantuvo en lo relativo a especificar la objeción de conciencia ampliada a todo el personal que directamente ingresa al pabellón quirúrgico e interviene en la interrupción del embarazo, pero ajena a los actos preparatorios y posteriores al mismo. Además, acogió la eliminación de la invocación de conciencia como una facultad exclusivamente personal, en lo que estimamos la mal llamada objeción de conciencia institucional. Y, finalmente, acogió la objeción de conciencia en tratamientos de urgencia solo de la causal de violación, puesto que aún con plazos estrechos la mayoría estima que hay posibilidad de derivación. No ocurriría lo mismo en el caso de la primera causal que deriva en el riesgo de vida de la madre, por constituir una flagrante vulneración a la ética médica;

102°. Que, en fin, sirvan todo este conjunto de cien considerandos iniciales para estimar que todas estas supuestas inconstitucionalidades, por los argumentos conceptuales reflejados, por los criterios explicados y por su aplicación a las diversas modalidades de objeción impugnadas, carecen de todo sentido normativo y que nos llevan a sostener la constitucionalidad de toda la regulación de la objeción de conciencia.

Los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Iván Aróstica Maldonado, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y Cristián Letelier Aguilar estuvieron, además, por declarar inconstitucional todo el inciso final del artículo 119 ter del Código Sanitario, agregado por el artículo 1°, N° 3, del mismo Proyecto de Ley, por las siguientes razones:

1°. Que la norma cuestionada impide excusarse de realizar la interrupción del embarazo a quien, tratándose de atenciones médicas inmediatas e impostergables, haya manifestado su objeción de conciencia cuando dicha interrupción se requiera en los casos de los numerales 1) y 3) del nuevo artículo 119 del Código Sanitario. Esto es, en caso que la mujer se encuentre en riesgo vital y cuando el embarazo sea resultado de una violación y es inminente el vencimiento del plazo de 12 o de 14 semanas de gestación según corresponda. Además, la situación se configura cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención;

2°. Que la situación aludida coloca al médico en un dilema irresoluble, pues el ejercicio de su libertad de conciencia, a través de la respectiva objeción, pugna con el cumplimiento de un deber jurídico que violenta del todo sus convicciones más profundas, de modo que, forzado por la ley, a realizar, aquello en lo que no cree, termina desnaturalizándose como ser humano libre y digno;

3°. Que un ordenamiento jurídico respetuoso de la dignidad humana debe buscar la adhesión voluntaria y consciente a sus dictados. Por el contrario, la imposición, basada sólo en la dimensión coactiva de la norma, ciertamente le asegura eficacia, pero a costa de tratar al ser humano como una cosa más que como a un ser racional, inteligente y libre, según proclama el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental;

4°. Que puede argüirse que, en una atención médica de urgencia, el riesgo vital o el impacto de una violación, son causas suficientes para subordinar el ejercicio de la objeción de conciencia. Sin embargo, como lo que está en juego, según se ha expresado, en la sentencia, es la propia libertad de pensamiento, que es uno de los rasgos más distintivos de los humanos, entre el resto de los seres vivos, la prohibición de hacer valer la objeción de conciencia, en estos casos, implica desconocer esa dimensión de la libertad de pensamiento al punto de anularla. Por ello es que, desde esta perspectiva, la prohibición contenida en el inciso final del nuevo artículo 119 ter del Código Sanitario, vulnera la esencia del derecho a la libre manifestación de las creencias libertad de creencias o libertad de pensamiento al hacerla irreconocible como atributo propio y connatural de la persona.

PREVENCIONES

El Ministro señor Domingo Hernández Emparanza, manifiesta que ha concurrido con su voto al rechazo de los requerimientos, en lo tocante a la impugnación de las tres causales legalmente autorizadas de interrupción del embarazo, con las siguientes prevenciones:

1°. Que, desde luego, la mayoría fundamenta el rechazo en algunas premisas que este previniente no comparte:

a) Ante todo, las causales de interrupción del embarazo que el proyecto de ley autoriza, no pueden ser evaluadas como reconocimiento del ejercicio de una supuesta autonomía de la voluntad de la madre gestante, sobre su propio cuerpo y/o derivada de ciertos derechos



inherentes a su condición femenina tradicionalmente postergados por la sociedad y que hoy se vendrían a reconocer positivamente, en una situación de colisión entre la vida de la mujer y el mero interés jurídicamente protegido en que el **nasciturus** consistiría, que no persona y, por ello, disponible por decisión de la mujer en caso de conflicto. No compartimos aquello, toda vez que la autonomía de la voluntad consiste en el ejercicio de las libertades propias a efectos de asumir uno mismo las consecuencias de sus personales decisiones, por lo que concluye precisamente allí donde comienzan los derechos de los demás, sin que sea posible externalizar y radicar en otro las consecuencias de las decisiones personales, sin su consentimiento. En este punto, somos de parecer que el embrión o el ulterior feto constituyen una forma de vida humana intrauterina, es decir, un ser humano vivo, si bien dependiente de la madre en términos biológicos e incluso psicológicos (emotivo-cognitivos). Este otro ser humano, es en **clara et distincta perceptio** diverso y único como tal otro ser humano, que ya existe en cuanto tal desde su concepción, con individualidad genética específica, sea que ella se origine desde la fusión de los gametos que crean el cigoto, o desde la implantación del mismo cigoto en el endometrio. Hay allí ya una información genética completa, que solo debe desarrollarse durante el proceso gestacional y desplegarse a lo largo de la vida humana después del nacimiento, que no es sino continuidad del mismo proceso reproductivo y evolutivo;

b) Por lo anterior, las consideraciones culturales asociadas a los roles que la sociedad asigna a ambos sexos propios del género humano, poco tienen que ver con respecto a la biología reproductiva en sí misma. Es evidente que la mujer inseminada por el hombre, de manera natural o asistida, lleva a cabo el proceso gestacional. No puede ser a la inversa. No puede haber tampoco

partenogénesis femenina. La reproducción humana no puede ser de otro modo. De manera que ese proceso de reproducción humana incumbe a ambos padres, hombre y mujer, en sus diversos roles biológicos y socio-jurídicos derivados. Por ello, no es un derecho exclusivo de la mujer gestante decidir tener o abortar un hijo, aun cuando en la madre gravite la mayor exposición al riesgo y carga en el proceso la gestación humana, en toda circunstancia, incluso anómalas. No es tampoco utilización de ella como un mero medio material de reproducción de la especie. Antes bien, por el contrario, precisamente desde allí emerge la elevada dignidad de la maternidad;

c) Por lo demás, las discusiones más o menos semánticas, originalistas o literalistas, cada una de ellas con cierta apoyatura en las fuentes formales o materiales de Derecho, acerca de si el embrión o el feto es o no una persona humana, nos parecen un tanto impertinentes. No toca al Derecho resolver acerca de la calidad de persona humana, ni acerca de la naturaleza humana. Todo aquello son tópicos filosóficos, teológicos o antropológicos milenarios irresolubles racionalmente y que al fin se deciden personal o colectivamente por una cuestión de fe o de opción, en conciencia, todas las cuales visiones son válidas en principio, en el seno de una sociedad pluralista y democrática, incluso a nivel religioso. La diversidad de visiones acerca de la persona y la sociedad, debe convivir dentro de un marco regulado común y aceptable para dicha misma sociedad en su conjunto. Por eso, pensamos que aquí rozamos lo que Hans Kelsen denominó "norma hipotética fundamental", en tanto plexo valórico irreductible y no susceptible de elucidación analítica, que oficia de fundamento de validez del Derecho. Lo central en esto es que el Derecho conoce un concepto de persona, para efectos civiles: ella existe al nacer, es decir, al separarse completamente el



feto de la madre, por razones fundamentalmente pragmáticas: sólo desde ese momento es factible que el ser humano ingrese al registro civil, mediante partida de nacimiento y, además, tenga identificación mediante cédula nacional de identidad, con impresión digital, fotografía y rol único nacional. Con la tecnología y recursos actualmente disponibles, sería imposible proceder de otro modo. Además, a partir de ese momento biológico el derecho asocia al ser humano los llamados atributos de la personalidad: nombre, nacionalidad, patrimonio, domicilio, estado civil y capacidad de goce, de los cuales carece el ser humano vivo en el claustro intrauterino. Pero esa razón pragmática, orientada fundamentalmente a efectos patrimoniales, no puede llegar a significar que el feto antes de nacer sea sólo un mero "centro de atribución o imputación normativa" para ciertos efectos, y no una forma de vida humana plena sólo que en otro estadio de evolución, sin derecho a la vida y disponible para la madre, dadas ciertas circunstancias. La calidad humana del feto es clara y evidente por sí misma, más allá del choque paradigmático que este tan importante asunto ha puesto de manifiesto ante esta Magistratura Constitucional, entre posiciones de raigambre iusnaturalistas o neo constitucionalistas y otras de tonalidad más bien positivistas, que no es pertinente detallar en este voto. A mayor abundamiento, si se quiere otra razón lingüística, la raíz etimológica de la palabra aborto proviene del prefijo latín ab (privación, separación del exterior) y del verbo latino ortus (nacimiento), cuyo participio es la expresión latina oriri (aparecer, nacer), de donde proviene el verbo latino sustantivado oriens (oriente), que denota en geografía el lugar por donde nace o aparece el sol. Entonces, la privación del nacimiento como concepto no requiere resolver como prius lógico o valórico si el feto

es o no persona: aborto es meramente privación de nacimiento;

d) Por otro lado, la cuestión del ejercicio potestativo del ius puniendi estatal, vale decir, que así como el Estado puede establecer delitos (verbigracia, ciertas formas de aborto), lo mismo puede despenalizar ciertas conductas (verbigracia, algunas formas de aborto), envuelve a nuestro parecer una falacia material. Ello, porque tal apotegma como premisa, introduce subrepticamente ya en la premisa la conclusión que se trata de demostrar: si ello se puede hacer o no en este caso, por razones constitucionales. Si el aforismo fuere tan evidente, este proceso constitucional jamás habría existido;

e) Asimismo, tampoco compartimos que la vida humana sea un valor relativo, como lo demostrarían las instituciones de la legítima defensa, propia o de terceros, cumplimiento de un deber, estado de necesidad justificante o exculpante, ejecución de resoluciones judiciales, reacción a la fuga de presos, etcétera. En nuestro concepto, la vida humana es siempre un valor absoluto en cuanto tal. También lo es la norma que, emanada de dicho valor transformado en bien jurídico siempre, prohíbe matar a otro. Lo que ocurre es que, en concreto, y dentro del marco de las causas legalmente previstas, la norma (prohibición) puede ceder en su aplicación (caso de las causales de justificación, como la legítima defensa) o incluso manteniendo su aplicación al caso, su infracción concreta puede ser irreprochable (dispensable o exculpada) por las anormales circunstancias de motivación en que se tomó la decisión de actuar (no exigibilidad de otra conducta por estado de necesidad exculpante, inter alia). Pero, por su naturaleza, tanto las causales de justificación (acción típica legítima) como las causales de exculpación (acción típica ilegítima pero irreprochable), deben juzgarse en

concreto, por el juez de la causa. Consecuentemente, la justificación o no exigibilidad de otra conducta, según los casos, no puede ser apreciada en abstracto como fundamento de una norma legal de autorización de interrupción del embarazo, sino sólo en sentido ilustrativo, orientador o analógico, pero no en un sentido estricto. Ello le corresponde al juez de la causa y, como diremos *infra*, no implica confundir la atribución normativa de facultades con el ejercicio de las facultades que la norma otorga, porque el problema puede venir ya dado por la atribución normativa (desde la norma legal en su enunciación);

¶) No obstante lo expresado en la letra precedente, se dice también por la requerida que la técnica legislativa que el proyecto en examen utilizó para configurar las tres causales de autorización de la interrupción del embarazo, consiste en lo que ella ha venido en llamar desincriminación, es decir, una más radical que la sola exculpación o incluso justificación. Según este criterio -algo contradictorio con lo escuchado en estrados desde la perspectiva penal- el aborto pasaría a ser una prestación médica socialmente adecuada que ni siquiera penetraría el ámbito de la tipicidad, al igual como ya ocurre con cualesquiera especie de intervención quirúrgica, las cuales actualmente no se miran como acciones lesivas justificadas por el ejercicio de la profesión médica, sino como acciones atípicas que no consisten ya en herir, golpear o maltratar a otro causando un resultado corporalmente nocivo, sino en acciones sanadoras en que el efecto lesivo es más aparente que real y sólo transitorio, en una relación causal de medio a fin orientada a sanar al paciente. Este disidente piensa que mirar las cosas de ese modo es llevarlas demasiado lejos, ya que no puede tener el aborto - cualesquiera sean las circunstancias en que se cause - la misma valoración ético-social que,

verbigracia, una operación quirúrgica de apendicitis, aunque sin lugar a duda alguna tiene una dimensión prestacional médica que no debe ser, con todo, exagerada para reducirla sólo a ella. Por cierto, no dejamos de divisar que posiblemente esta forma de "desincriminar" está motivada por la necesidad jurídico-penal de eximir legalmente de responsabilidad penal al equipo médico, que no quedaría exculpado por las circunstancias personales de no exigibilidad de otra conducta que exoneran de responsabilidad solo a la mujer, dados los criterios de accesoriidad media generalmente aceptados en materia de autoría y participación criminal.

2°. Que, aun así las cosas, este previniente concurre con su voto a rechazar los requerimientos en este punto y, como consecuencia, acepta la legitimidad constitucional de las tres causales de interrupción del embarazo tantas veces aludidas, pero ello sólo dentro de los estrictos límites y criterios que se expresan a continuación. En efecto:

a) Desde luego, nuestro parámetro fundamental es que la única interpretación conforme con la Constitución que consideramos aceptable respecto de cada una de las tres causales previstas en el proyecto de ley, es o la existencia auténtica de un conflicto de bienes jurídicos entre la vida de la madre y la vida del embrión o feto, o la existencia de una real situación concreta de no exigibilidad de otra conducta derivada de las anormales circunstancias de motivación o formación de la voluntad, en tanto que supresión o disminución severa de la libertad de autodeterminación de la mujer gestante. Esas situaciones deben necesariamente estar configuradas en concreto por un tertium non datur, vale decir, la imposibilidad de actuar de otro modo, la falta concreta de alternativas: o se produce el sacrificio necesario (volitivamente indirecto, cualquiera sea la forma que adopte la intervención corporal) del nasciturus o él y la

madre fallecen, en el caso del peligro para la vida de la madre; o, en el caso de la no exigibilidad de otra conducta, debe configurarse una real situación de estado de necesidad exculpante entre bienes jurídicos inconmensurables, en la línea de lo establecido actualmente en el artículo 10, número 11°, del Código Penal, cuyos supuestos no corresponde pormenorizar aquí, pero que podemos relacionar con riesgos de suicidio de la madre o severas e irresistibles enfermedades mentales para ella;

b) Por consiguiente, la lógica que subyace a nuestro criterio aquí expuesto, es el de regla general-excepción. Por regla general, el aborto es delito. Por excepción, no lo es; ni para la madre, por justificación en el caso del llamado aborto indirecto, ni para el equipo médico que, en nuestra opinión, quedará exento de responsabilidad únicamente en virtud de una excusa legal absolutoria, motivada en consideraciones de política criminal y de utilidad social, pero en ningún caso porque el feto sea un mero interés jurídico y no un ser humano, o porque la mujer sea libre para interrumpir su embarazo, o porque la conducta sea atípica por adecuación social. Muy por el contrario, precisamente porque la mujer no es libre de decidir, la ley exculpa a la misma mujer. Y por razones de utilidad social y de política criminal, brinda una excusa legal absolutoria al equipo médico, aunque la acción abortiva configura un injusto;

c) Fuera del marco reseñado, los casos concretos que en el futuro se presenten quedarán fuera de la cobertura constitucional del proyecto de ley y serán pasibles de ser controlados por la vía de la acción de inaplicabilidad concreta;

3°. Que, previo este planteamiento general, este Ministro estima del caso fundamentar la única hermenéutica que en su concepto se aviene con esta visión de principios, a propósito de cada una de las causales de

despenalización extraordinarias que contiene el proyecto en examen de constitucionalidad;

A) En relación con la 1ª causal incorporada en el inciso primero del artículo 1, N° 1 del Proyecto:

- i. Que este Ministro comparte en este punto los argumentos vertidos en los considerandos 55° a 59° del voto de minoría, en orden a que la exacta inteligencia de este numeral - única que se concilia con el sentido del artículo 19, numeral 1°, inciso segundo de la Carta Fundamental - es que éste solo autoriza el aborto denominado indirecto. En ese evento, la acción interruptiva del embarazo va dirigida al objetivo de salvar la vida de la madre, pero sin la intención positiva de terminar con la vida del nonato.

En consecuencia, la señalada sería la única interpretación conciliable con la Constitución, en este punto.

B) En relación con la 2ª causal incorporada en el inciso primero del artículo 1, N° 1 del Proyecto:

- i. Que la segunda causal de interrupción provocada del embarazo se refiere al caso del embrión o feto que *"padezca una patología adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal"*. Para realizar tal intervención - dice el artículo 119 bis en su inciso 2°, agregado por el numeral 2 del proyecto - *"se deberá contar con dos diagnósticos médicos en igual sentido de **médicos especialistas**"* (lo subrayado es nuestro), los que *"deberá(n) constar por escrito y realizarse en forma previa"*;
- ii. Que la voz *"especialista"*, según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, concierne al

"[Q]ue cultiva o practica una rama determinada de un arte o una ciencia" (1ª acepción del Diccionario cit., 23ª. edición del tricentenario, p. 947). En el caso de la medicina y aunque el proyecto no lo explicita, la "especialidad" requerida parecería asociada al ámbito de la obstetricia y ginecología y, particularmente, a esta última, "que trata de la gestación, el parto y el puerperio", conforme al concepto básico que nos proporciona el diccionario de la lengua (Diccionario de la Lengua Española, cit., p. 1561);

- iii. Que en el ámbito de la obstetricia se ha venido desarrollando una subespecialidad conocida como medicina materno fetal o perinatología, que se centra en el manejo médico y quirúrgico de los embarazos de alto riesgo y la cirugía en el feto, con el objetivo de reducir la morbilidad y mortalidad;
- iv. Que tanto durante la discusión legislativa de este proyecto en el Parlamento, especialmente en la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, como asimismo en la serie de audiencias públicas convocada por el Tribunal Constitucional, se escuchó el testimonio de varios distinguidos profesores universitarios de medicina, quienes dieron a conocer algunas estadísticas relacionadas con errores de diagnóstico cometidos frecuentemente respecto de la letalidad de las enfermedades del no nacido. Así, el doctor Sebastián Illanes, especialista en medicina materno-fetal y académico de la Universidad de los Andes, manifestó que "para hacer el diagnóstico de la anatomía del paciente fetal, la persona que lo realiza necesita una **calificación específica**. Hoy en día **gran cantidad de ecografías son hechas por ginecólogos generales**, que durante la beca tienen solo tres meses de formación en ese ámbito. Por lo

mismo, **el 70 % de los diagnósticos efectuados por esos médicos está errado**" (énfasis nuestro) (Anexo del Informe de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados recaído en el proyecto que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, en: Boletín N° 9.895, de 15.09.2.015, pp. 92-94);

- v. Que en la misma orientación, el doctor José Antonio Arraztoa, especialista ginecólogo obstetra y profesor titular de la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes, añade que "existe una gran dificultad diagnóstica de las malformaciones congénitas, pues los médicos gineco-obstetras generales no tienen el entrenamiento adecuado para realizar diagnósticos, lo que lleva un alto riesgo de interrumpir el embarazo con niños normales. En un estudio nacional se observa que **el 83% de los diagnósticos o sospechas de malformaciones realizadas por médicos gineco-obstetras, están equivocados** (énfasis nuestro) (Intervención del mencionado médico en Anexo del Informe citado supra, pp. 114-115);
- vi. Que también asume relevancia lo dicho por el doctor Jorge Becker Valdivieso, reconocido especialista en medicina materno fetal y jefe del servicio de Obstetricia y Ginecología de la Universidad de Talca, quien en su intervención en el seno de las audiencias públicas convocadas por este Tribunal, expresó que ninguno de los especialistas en medicina materno fetal del país, que son poco más de 50, fue consultado por ninguna de las ramas del Congreso para emitir su opinión en un asunto de tanta trascendencia como el allí debatido (Audiencia pública del jueves 17 de agosto de 2.017, 4° bloque). En documento adjunto a la audiencia, el mismo profesional destacó que **"la ecografía general**

encuentra menos del 20% de los malformados; si la hace un ginecólogo general sube a 50-60% y si la hace un subespecialista en medicina materno fetal es de 90%" (énfasis nuestro);

vii. Que la medicina trata con probabilidades y suposiciones informadas, pero no con certezas. Como lo dijera ya William OLSEN, a fines del siglo XIX, "la Medicina es la ciencia de la incertidumbre y el arte de la probabilidad". La frase aún conserva plena vigencia, como lo demuestran textos médicos que la citan casi un siglo después (cit. en Fox, RC.: "The evaluation of medical uncertainty. Milbank Men Fund Q Health Soc. 1.980; 58: 1-49). De ahí que, a pesar de todas las pruebas diagnósticas que se empleen, las decisiones se toman siempre en condiciones de incertidumbre;

viii. Que lo anterior, evidentemente, no puede paralizar la decisión médica ante cualquier evento mórbido. El error es consustancial a tal actividad. Pero si el margen de inexactitud del diagnóstico de letalidad del feto excede con mucho todo nivel tolerable, como sucede con aquél practicado por quienes no ostentan la subespecialidad requerida para reducir a términos razonables la posibilidad de equivocación, el juicio informado de la madre podría verse muy gravemente distorsionado, conduciéndola a una decisión dramáticamente errónea para la vida del feto o embrión;

ix. Que como ha puntualizado la Comisión Europea en su Comunicación sobre el Recurso al Principio de Precaución, "en algunos casos, la existencia misma de opiniones discrepantes sostenidas por científicos calificados que han investigado la cuestión particular objeto de examen, puede indicar un estado de incertidumbre científica" (cita de la

Comunicación al Informe del Órgano de Apelación de la OMC en el asunto de las hormonas, apartado 194);

- x. Que en la evaluación de riesgos inherente a un diagnóstico médico tan trascendente como para justificar una interrupción anticipada de un embarazo, la medida adoptada - conforme al principio precautorio, que ha sido recogido en la jurisprudencia de esta Magistratura, como se observará más adelante - debe permitir alcanzar el nivel de protección adecuado a fin de no eliminar otras opciones disponibles, aunque "sin pretender alcanzar un nivel de riesgo cero, que raramente existe" (Apartado 6.3.1 de la Comunicación citada supra);
- xi. Que a juicio de este Ministro, la única inteligencia dentro de la cual esta causal debe ser entendida acorde con la Constitución, es la que atribuye a la expresión "dos diagnósticos médicos" emitidos por "médicos especialistas" el alcance de que esta evaluación o juicio médico deben ser efectuados por conocedores profundos de la respectiva rama del saber involucrada. Este versado conocimiento solo lo poseen, a juzgar por los antecedentes antes relacionados, los médicos perinatólogos o especializados en salud materno fetal, debidamente acreditados por una Universidad legalmente reconocida que imparta esa experticia;
- xii. Que, como lo ha dicho por lo demás esta misma jurisdicción constitucional, el principio de interpretación *favor homine* o *favor persona* - ilustrativo en la especie de la hermenéutica propuesta - obliga "al intérprete normativo a buscar aquella interpretación que más favorezca los derechos de las personas antes que aquélla que los anule o minimice" (STC Rol N° 1.484, de 5.10.2.010, c. 25);

xiii. Que no obstante reconocerse al legislador la facultad para permitir la interrupción del embarazo por esta segunda causal, en base a la fundamentación que el autor de este voto particular ha compartido, la minimización del riesgo, el principio favor persona y la proporcionalidad del peligro de la vida del nonato versus la elevada percepción de error médico, conducen a la conclusión que un diagnóstico de especialistas que científicamente no tienen la debida consistencia, por carecer de la que es requerible en esta hipótesis, discuerda de la Carta Fundamental si se asume que aquél no ha sido efectuado por "especialistas", como lo exige el proyecto, entendiendo por tales los que profesan la subespecialidad perinatológica o materno fetal. Como lo ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán - en su célebre sentencia de 1993- el deber de protección del no nacido exige que la necesaria cooperación médica en interés de la mujer, no menoscabe la protección del que está por nacer: así ocurriría si la intervención de los profesionales en la determinación del diagnóstico de letalidad fetal, no garantizare, dentro de los límites de la ciencia médica, la mejor de las prognosis;

xiv. Que una inteligencia diversa del precepto - en el sentido que este colectivo podría estar integrado solo por médicos obstetras -conduciría a una clara transgresión de la garantía constitucional del derecho a la vida del *nasciturus*, que quedaría fatalmente expuesta a un error pericial demasiado grave, descartándose de plano que la ley incurra en un despropósito de esta naturaleza. Esta apreciación ciertamente no invade la apreciación de mérito, exclusiva del legislador, sino que interpreta, en

conformidad a la Constitución, precisamente el pasaje anotado del precepto en control.

C) En relación con la 3ª causal incorporada en el inciso primero del artículo 1, N° 1 del Proyecto:

Que el legislador con la introducción de esta causal, ha buscado resolver la dramática antinomia que se presenta en aquellos casos en que la realidad enfrenta la colisión entre dos bienes jurídicos de igual valor, como es la vida de la mujer embarazada y la del hijo por nacer, en circunstancias anómalas de motivación personal. Se ha optado en este trance - en nuestro concepto- por revestir la conducta de la madre violada de una causal de inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta y la de los médicos intervinientes, de una excusa legal absolutoria, si bien sin explicitar dogmáticamente esta solución. Vale decir, independiente de consideraciones axiológicas irresolubles, ha entendido ambas conductas como no pasibles de responsabilidad penal, si bien no marginadas de antijuridicidad.

Tal opción, a juicio de este previniente, es constitucionalmente válida, en tanto se mantenga en concreto dentro de los rigurosos límites referidos *supra* y, por ende, no funcione como un subterfugio procesal para encubrir un aborto basado en otras motivaciones no relacionadas con un auténtico hecho criminal que revista las características del delito de violación, en cualesquiera de sus formas. Si pese a todo tal ocurriere, a juicio de este previniente, quedaría abierta la vía de la concreta inaplicabilidad por inconstitucionalidad, según ya se manifestó.

El Ministro señor Juan José Romero Guzmán concorre a acoger los requerimientos de autos, acumulados, también por las consideraciones adicionales o complementarias que se exponen a continuación:

I.- OBJETIVOS ESENCIALES DE ESTE VOTO.

1°. Son dos los grandes objetivos del presente voto particular concurrente al disidente (el cual también se suscribe).

El primer objetivo consiste en presentar la controversia y debate de una manera ordenada y que favorezca la transparencia del mismo. La discusión argumentativa ha sido confusa, debido a que: (i) en algunos casos se ha utilizado un lenguaje con términos equívocos o poco claros, dando lugar a un desencuentro lingüístico; (ii) han habido orientaciones argumentativas numerosas y muy diversas para justificar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas requeridas; (iii) las argumentaciones desplegadas, en ciertos casos, se han respaldado haciendo referencia inadecuada a fuentes o antecedentes que, han dado lugar a líneas argumentativas incompletas o selectivas; (iv) es posible constatar, en algunos casos, errores lógicos en la argumentación proporcionada; y (v) existen diferencias, inconsistencias o contradicciones entre la argumentación escrita y oral de una misma parte, así como respecto de la otra parte que comparte la misma pretensión. Lo mismo ocurre al contrastar la línea argumentativa de una parte con los informes en derecho presentados por ella misma. Lo señalado previamente hace referencia, específicamente, a la argumentación desplegada por la Presidenta de la República.

El segundo objetivo, complementario a la presentación de marcos de análisis que contribuyan a clarificar u ordenar la controversia y las numerosas y diversas argumentaciones proporcionadas, consiste en demostrar, en algunos casos con argumentos nuevos, por qué, en nuestra opinión, las normas requeridas en el Proyecto de ley que se revisa infringen la Constitución Política de la República. Así, en definitiva, confirmamos (en algunos casos con matices) lo expresado en el voto disidente y afirmamos que deben acogerse los requerimientos entablados por un grupo de senadores y diputados.

II.- LO BÁSICO.

2°. La Constitución establece, en algunos casos, preceptivas acerca de lo que es bueno y malo, y de lo que se debe y no se debe hacer. Cuando, por ejemplo, se dispone que la vida y la integridad física y psíquica constituyen un derecho o que son dignos de protección se está expresando que se trata de bienes valiosos para cada individuo y, desde luego, para la sociedad.

3°. La expresión por parte de una sociedad acerca de lo que es valioso, bueno o malo denota una opción valórica o moral, algo especialmente evidente tratándose del respeto a la vida humana. En otras palabras, la protección de la vida humana (valor que la humanidad ha intentado con mayor o menor éxito respetar, aunque sea a nivel retórico) tiene, primero, una dimensión moral y, luego, una dimensión jurídica.

4°. En el caso de Chile, este tipo de valoraciones u opciones fundamentales por parte de la sociedad alcanzan su máxima expresión jurídica cuando son reconocidas o consagradas en la Constitución. Obviamente,

en la ley también se reflejan opciones de nuestra sociedad a favor de lo que ésta considera como bienes valiosos. Pero, que éstos tengan protección constitucional y no sólo legal hace una diferencia.

5°. Por de pronto, desde el punto de vista de cómo se adoptan decisiones normativas en una democracia, la modificación de una norma constitucional es más exigente que una de carácter meramente legal. A modo ilustrativo, para modificar una disposición contemplada en el capítulo III de la Constitución referente a los Derechos y Deberes Constitucionales, como aquella que señala que "*La ley protege la vida del que está por nacer*" (artículo 19, N° 1°, inciso segundo), se requiere la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio (es decir, 79 diputados y 25 senadores), lo cual constituye una exigencia superior a la mayoría simple de los diputados y senadores presentes, como ocurrió con el proyecto de ley cuya constitucionalidad se objeta.

6°. Las sociedades democráticas saben que hay materias básicas para su convivencia que deben tener un nivel de estabilidad o permanencia mayor y que, por lo tanto, no deben depender del vaivén de mayorías y minorías parlamentarias a lo largo del tiempo, salvo que se alcance un mayor nivel de consenso o aprobación.

7°. Para quienes sostenemos que la norma constitucional que consagra en general el derecho a la vida y en particular la protección de la vida del no nacido es clara, tanto para juristas como para las personas sin un conocimiento mayor del derecho, pero que parecen entender que provocar la muerte es lo opuesto a proteger la vida, cualquier disposición legal que autorice (con más o menos condiciones) el aborto o muerte intencionada del ser humano no nacido (llámese embrión,

feto, o hijo que vive en el vientre materno) infringe la Constitución.

III.- LO PROBLEMÁTICO (O CÓMO LO SIMPLE SE ENREDA) .

8°. En términos sencillos, para resolver un conflicto como éste, los jueces constitucionales deben identificar la o las normas de la Constitución relevantes y contrastarlas con las disposiciones pertinentes del proyecto de ley. A veces, esta operación es sencilla y otras veces no. Y lo sencillo o difícil de una decisión judicial puede deberse, primero, al grado de dificultad para entender el significado del texto o, segundo, al grado de dificultad para adoptar la decisión en consideración a la importancia e impacto que para el país tiene. Hay que recordar que este Tribunal no actúa por iniciativa propia, sino que ha sido requerido a hacerlo, ante lo cual no es posible abstenerse.

9°. Todos estamos de acuerdo en que la decisión que adopte este Tribunal (luego de la aprobación o respaldo otorgado por el Congreso) es trascendental y podemos entender, asimismo, que tal situación puede, eventualmente, ser más o menos incómoda o compleja para algún o algunos de sus integrantes. Sin embargo, no estamos de acuerdo respecto del grado de dificultad que existe para entender el sentido y alcance de la protección que la Constitución le brinda a "la vida del que está por nacer". En efecto, no estamos de acuerdo sobre qué tan claro o ambiguo es, en sí mismo, el lenguaje utilizado por la Constitución en este tema, así como en consideración con el propósito imperante al tiempo de su dictación o con la finalidad que puede desprenderse al apreciar el texto constitucional en su conjunto. Como ya lo advirtiéramos previamente, la

discusión jurídica ha sido particularmente enredada, no debiendo ser así.

10°. Quienes estamos por acoger los requerimientos y declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas sostenemos que la justificación última de la protección constitucional de la vida del no nacido obedece al siguiente raciocinio lógico: a) está mal matar a un ser humano inocente; b) el feto o nonato es un ser humano inocente; por lo tanto, c) está mal matar al feto o nonato.

11°. Por el contrario, quienes están por rechazar los requerimientos necesitan desestimar el recién expresado raciocinio fundante del valor de la vida reconocido en la Constitución, en particular la del nonato. Pero, dado que (a) es difícil discutir que la criatura que está en el vientre materno y cuyo parto aún no se ha materializado es un ser humano (por tener, por ejemplo, 12 o 36 meses de gestación, ambas hipótesis en que de acuerdo al proyecto de ley es admisible interrumpir el embarazo), y que (b) es de muy difícil justificación sostener que lo que es malo no es *matar* a un *ser humano* inocente, sino sólo a una *persona* inocente, calidad esta última que, según ellos, no tendría el feto o nonato, aquellos que están por confirmar la constitucionalidad del Proyecto han intentado demostrar lo siguiente:

(i) que el proyecto de ley no autoriza a la madre a abortar (esto es, a provocar deliberada y directamente la muerte del que está por nacer), sino sólo a despenalizar la interrupción del embarazo. Como dicha aseveración es demasiado feble, como se explicará, han centrado su argumentación intentando demostrar, (ii) que, si bien la vida del no nacido sí se encuentra protegida por la Constitución, el valor de dicha protección es de inferior

jerarquía que la del derecho que tendría la madre embarazada de, en ciertos casos muy lesivos para su vida o integridad física y psíquica, interrumpir su embarazo provocando, así, la muerte del feto o nonato.

12°. Como es difícil desmentir que un acto deliberado y directo dirigido a provocar la muerte del no nacido es la antítesis de lo que la Constitución manda proteger, esto es, su vida o, dicho de otro modo, su existencia, quienes afirman que "el aborto en tres causales" es constitucional, recurren, en nuestra opinión, a un alambicado (y, al final, forzado) raciocinio argumentativo, no exento, según nuestro parecer, de inconsistencias lógicas y errores en el uso de evidencia empírica, entre otros.

13°. El punto de partida del método de argumentación consiste en discutir acerca de cuáles serían los criterios de interpretación constitucional apropiados para resolver el asunto. Para tal efecto, se escogen los criterios de interpretación más convenientes (o, quizás, más útiles) y se desechan de plano otros (aunque, en algunos casos, sólo en apariencia).

Desde luego, para los defensores del "aborto en tres causales" les resulta muy conveniente eludir reconocer, aunque sea tácitamente, que provocar directa e intencionadamente la muerte de un ser humano inocente es un acto intrínsecamente malo y, por lo mismo, opuesto a cualquier legitimación constitucional. El derecho a la vida y, en lo que nos concierne, a la vida del no nacido, tiene como justificación última la consideración valórica o moral recién mencionada. El hecho de su reconocimiento positivo en el texto Constitucional es, sin duda, indispensable para que se generen consecuencias jurídicas concretas, pero, más allá de eso, no constituye, en sí



mismo, una justificación razonada del sentido y finalidad de la norma constitucional.

No es casualidad, por lo recién expresado, que quienes están por el rechazo de los requerimientos descarten explícitamente cualquier consideración valórica y, por consiguiente, aunque esta vez de manera implícita (salvo cuando se trata de la mujer embarazada) la utilización de un criterio de interpretación finalista. Repetimos, el derecho no se reduce a lo positivo, no se sustenta sobre la nada. Siempre habrá una visión antropológica implícita (y, a veces, explícita) detrás de la misma.

La postura a favor del respaldo constitucional de la opción condicionada de la mujer a deshacerse de la vida del no nacido del cual ella está embarazada revela una postura moral inconciliable con aquella que justifica el objeto de protección más importante reconocido por nuestra Constitución: la vida de una persona humana, en particular, la vida del ser humano inocente. Al respecto, no existe neutralidad valórica posible.

Sólo como comentario al margen, existe una confusión bastante común al asociar estrechamente, como si se tratara de conceptos equivalentes, lo valórico-moral con lo religioso y, en último término, con la separación entre la Iglesia y el Estado.

14°. Una vez que se ha llevado a cabo esta primera etapa de relativización ("o de cómo lo simple se enreda"), se da inicio a una segunda etapa dedicada a la labor de justificación de por qué la madre embarazada (se prefiere hablar tan sólo de mujer) tiene un derecho preferente en relación a la protección de la vida del no nacido. Para tal efecto, la argumentación se centra, como era de esperar, no tanto en el artículo 19, N° 1°, inciso segundo, citado varias veces con anterioridad, sino en

los derechos de la mujer como grupo vulnerable digno de la más amplia protección. A esta segunda etapa también podría denominársele de "interpretación creativa".

15°. Luego, se da inicio a una tercera etapa en virtud de la cual se intenta minimizar el valor o jerarquía de lo que es el eje normativo central de la controversia, esto es, el artículo 19, N° 1°, inciso segundo, de la Constitución, el cual asegura que "[l]a ley protege la vida del que está por nacer".

Al respecto, se hace un análisis independiente y descontextualizado de qué significa cada uno de los elementos de la oración: "La ley" (el legislador como sujeto obligado), el verbo rector "proteger", el objeto de protección: "la vida", y el sujeto de protección: "el que está por nacer". En virtud de este tipo de análisis, la frase que constituye la norma se descompone en diferentes partes y se desvincula, en algunos casos, del grupo de preceptos constitucionales con los cuales forman un sistema de valores coherente. Mediante este método de desintegración y analogía con normas constitucionales y legales impertinentes, los atributos de simpleza y transparencia de la regla constitucional se presentan como algo puramente aparente.

Fruto de este mecanismo de disociación, una oración clara y precisa, y que es parte de una familia de normas constitucionales estrechamente vinculadas entre sí, es presentada como un precepto impreciso y que provee un bajo nivel de protección. ¿Protección a qué? El análisis evade reconocer que el término vida asociado a un no nacido tiene un sentido más preciso que cuando se alude a la noción de vida tal como se expresa en el inciso primero al referirse al derecho a la vida en general. En efecto, se desconoce que para un no nacido la vulneración a su "vida" se verifica de una sola manera: acabando con

ella por medio de la interrupción del embarazo. Es decir, para un no nacido, su "vida" significa "su existencia como ser humano". Además, se pasa por alto otra calificación fundamental: tratándose de un no nacido, necesariamente se está en presencia de alguien inocente. A este respecto, hay que recordar que la Constitución reconoce la posibilidad de dar muerte a alguien a modo de pena por un acto reprochable (la comisión de un delito). Incluso, no se discute la posibilidad de, cumplido ciertos requisitos, que se pueda dar muerte a una persona en legítima defensa ante una agresión, acto de agresión que no se ve cómo puede ser imputado a un nonato el cual, como dijimos, es inocente, además de vulnerable.

16°. Otro equivocado atajo o "pirueta" argumentativa de quienes avalan la postura contraria a la nuestra consiste en desconocer (implícitamente) al nonato en su carácter individual, reconociendo, solamente, el colectivo compuesto por los no nacidos, lo cual, además de reflejar la complejidad que para dicha postura significa la disposición constitucional eje de la discusión, permite entender muchos equívocos y desencuentros en el uso de ciertas expresiones lingüísticas.

17°. Finalmente, concluimos este acápite haciendo presente que todo este proceso de "sobreinterpretación", con que respetuosamente es posible calificar la línea argumentativa subyacente en la postura contraria, y que, como lo hemos advertido, tiene como consecuencia la dilución del foco central de la controversia, está condimentado con errores lógicos y fácticos en la argumentación utilizada, esto último algo particularmente notorio en el escrito de observaciones de la Presidenta de la República.

IV.- INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DESFRAGMENTADA (O "LEYENDO DE CORRIDO LA FRASE COMPLETA").

18°. En el capítulo anterior advertimos acerca de los efectos nocivos que para una discusión argumentativa clara y transparente tiene la estrategia interpretativa de la desagregación y disociación. En este acápite razonaremos con una lógica opuesta: más que desarticular o desmembrar la oración del inciso segundo, del numeral 1°, del artículo 19 de la Constitución, procederemos a interpretar o leer la disposición constitucional como una unidad gramatical. Es decir, intentaremos descubrir el significado de la frase del inciso segundo ya mencionado vinculando en todo momento las palabras proteger, vida y no nacido (nonato), para luego hacer la conexión con el vocablo "La ley", es decir, la remisión constitucional a la ley.

19°. La norma constitucional "*La ley protege la vida del que está por nacer*" está redactada con un alto grado de precisión, a lo cual contribuye de manera determinante el vocablo "vida" y la expresión "[]el que está por nacer". En efecto, la segunda parte de la oración compuesta por la frase "*la vida del que está por nacer*" limita enormemente las opciones interpretativas posibles de la oración completa.

20°. En el debate constitucional que se ha suscitado, aquellos que han adherido a la postura a favor del rechazo de los requerimientos han intentado relativizar o debilitar la intensidad protectora del aludido inciso segundo por muy diversas razones. Posiblemente, el término más socorrido ha sido el de "protección gradual".

21°. El problema es que el número de opciones disponibles para que la ley brinde al no nacido una protección *gradual* a su vida es muy limitado. En efecto,

los únicos espacios posibles para buscar un criterio para graduar (o moderar) la intensidad de la protección constitucional de la vida del nonato es atendiendo: (i) al sujeto cuya vida se protege (el nonato) o (ii) atendiendo a la vida del nonato como objeto de protección.

22°. En el primer caso (i), hay una certeza y una pregunta. La certeza dice relación con el instante a partir del cual "el que está por nacer" deja de tener dicha categoría, esto es, cuando se produce el parto o, más específicamente, cuando el cordón umbilical de la criatura es cortado. La pregunta, a su vez, es la siguiente: ¿es posible identificar un criterio de distinción racional o no caprichoso para trazar una línea del tiempo, anterior al nacimiento y posterior a su existencia como ser humano, que permita, así, proteger su vida sólo a partir de dicho momento? Curiosamente, cualquiera sea la respuesta, el criterio de distinción utilizado en el proyecto de ley hace caso omiso a las eventuales opciones (si las hubiera) que dicha norma permite. Lo que hacen quienes están por rechazar los requerimientos es buscar un sustento constitucional para el criterio de discriminación utilizado fuera del marco de la disposición constitucional que, indudablemente, es la más pertinente y relevante a la hora de decidir este caso.

23°. Para brindar un nivel de protección a la vida del no nacido de menor intensidad, con el fin, por su parte, de no perjudicar en demasía el interés de la madre embarazada, debe encontrarse, como ya lo dijimos, un criterio o parámetro que permita seleccionar aquellos nonatos que serán objeto de protección de los que no. En algunas jurisdicciones, como EE.UU. (a partir del caso *Roe v. Wade*), se utiliza un criterio de madurez gestacional del feto, el que se traduciría en un límite

de semanas de embarazo, a partir del cual se supone que el feto tendría la viabilidad fetal para sobrevivir autónomamente fuera del útero materno.

24°. En el segundo caso (ii), el criterio de distinción racional o no caprichoso para graduar o moderar la protección constitucional dispensada al que está por nacer debe buscarse atendiendo a la vida del nonato como objeto de protección. El problema es que, nuevamente, nos encontramos con un inconveniente insoluble: la vida de un nonato se identifica con su existencia, y ésta no es susceptible de graduación. Aquí nos encontramos ante una situación en que no puede entenderse que la ley protege la vida del nonato favoreciendo o permitiendo su muerte. Éste es aquel límite infranqueable más allá del cual la regulación legal deviene en inconstitucional.

25°. Debido a lo señalado con anterioridad, los órganos co-legisladores encontraron una, quizás novedosa, forma de presentar el proyecto de ley. Nos referimos a la equívoca expresión "despenalización de la interrupción del embarazo", en virtud de la cual se declara que se estaba en presencia de un proyecto sumamente moderado o de alcances muy restringidos. La prensa se refería al proyecto de ley como uno de "aborto en tres causales". La interrogante no se hizo esperar: ¿cómo puede hablarse de un proyecto de alcance restringido cuando en los casos de aborto contemplados se autoriza a la madre embarazada a dar muerte a aquel sujeto que está por nacer y que se encuentra en su vientre? ¿Cómo puede entenderse que la ley protege la vida de un nonato autorizando o favoreciendo, en caso de que la madre así lo decida, la muerte del mismo?

26°. No hay más de dos posibles explicaciones que pueden ensayarse para intentar demostrar que se trata de

un proyecto de alcance restringido. La primera forma de poder demostrar que la regla general es la consideración del aborto como un delito y que, como regla excepcional, sólo en tres causales se autoriza que la mujer opte por exigir la interrupción abortiva de su embarazo es, nuevamente, utilizando un criterio de graduación fuera del ámbito del inciso segundo del numeral primero del artículo 19 de la Constitución. Esto resultaría, como ya lo hemos sostenido, constitucionalmente inadmisibles, ya que implicaría pasar por alto, como si no existiera, la mencionada disposición.

27°. La segunda explicación alternativa que pudiera, eventualmente, dar lugar a demostrar de que se está ante un proyecto de aborto de alcance limitado es no considerando al nonato en forma individual, sino como parte de un colectivo compuesto por la suma de los no nacidos. Esta opción implicaría entender que el destinatario de la protección constitucional es la familia o grupo de los "no nacidos" como una entidad en sí mismo diferente de los que lo componen, y no todos y cada uno de los nonatos. En otras palabras, el supuesto carácter excepcional de los casos de aborto que el proyecto de ley permite tendría que fundarse en el supuesto de que los nonatos que caen en las hipótesis de las tres causales constituyen una parte menor de un conjunto mayor.

Como es fácil colegir, no puede estar acorde con la Constitución un supuesto en que ya no se protege la vida de cada uno de los no nacidos. Si esto fuera así, tendría que admitirse la legitimidad constitucional de una ley que impide que se de muerte a unos y que, por el contrario, la admite para todos aquellos contemplados en las tres hipótesis de aborto. Como ya lo hemos repetido, nunca puede entenderse que una ley protege la vida del no

nacido autorizando a que se le cause su muerte de manera directa y consciente.

28°. Puede parecer algo obvio y, por ende, innecesario de ser destacado, el hecho que el artículo 19, N° 1°, inciso segundo, de la Constitución, es la norma constitucional capital para resolver la controversia constitucional sometida a nuestro conocimiento. No existe ninguna otra norma de nuestra Carta Fundamental que se refiera al no nacido, ni menos a la vida del mismo. Pero no sólo eso, se trata de una norma con algunos atributos que la hacen especialmente valiosa, ya que se trata de una expresa, precisa y simple, todo lo cual facilita la labor del intérprete. Repetimos lo afirmado en uno de los primeros considerandos de este voto: la norma constitucional que consagra la protección de la vida del no nacido es clara, tanto para juristas como para las personas sin un conocimiento mayor del derecho.

29°. A diferencia de lo anterior, lo que no parece evidente, ni mucho menos, es la existencia de supuestos derechos constitucionales que se han enarbolado para justificar la constitucionalidad del aborto condicionado propuesto por el proyecto de ley. Salvo el derecho a la vida en el caso del mal llamado "aborto" terapéutico (primera causal), en donde, como ya se ha explicado en el voto por acoger, no existe un conflicto o tensión real entre la vida de la madre y la del hijo que está por nacer, el resto de los derechos invocados tiene un carácter muy general e impreciso.

Se invoca, por ejemplo, el derecho a la integridad física y por, sobre todo, psíquica de la mujer. Como es fácil imaginar, se trata de un derecho redactado con un grado de imprecisión importante y cuyo rango de aplicación es amplísimo. Esto no significa que no haya

sido sensato y conveniente, dada su imprecisión, la redacción de una norma con características de un principio más que de una regla.

Lo recién señalado vale aún más cuando el supuesto derecho que se enarbola es la libertad y autonomía reproductiva de la mujer, el cual no sólo es de una gran amplitud o vaguedad, sino que, además, no es uno que, a diferencia del anterior, tenga reconocimiento expreso en la Carta Fundamental.

Pero, lo que nos parece importante subrayar es que, para que un derecho implícito derivado de la interpretación que se realice de un principio constitucional general derrote no sólo a una norma constitucional clara y precisa, sino a una que, además, versa sobre una que protege algo tan esencial como la vida de un ser humano inocente, se necesita mucho más que un un ejercicio de creación interpretativa. Si ese fuera el caso, lo que se requiere es una modificación constitucional. Lo que no puede ponerse en duda es que la Constitución no le reconoce a la madre embarazada ningún derecho a poner fin a la vida de la criatura que se encuentra en su vientre. Hay que distinguir entre tener derechos o ser sujeto de protección constitucional y tener aspiraciones de reconocimiento jurídico constitucional.

V. - ACERCA DE LA REFERENCIA CONSTITUCIONAL A LA LEY.

30°. Uno de los pilares fundamentales de la estrategia argumentativa de la Presidenta de la República y el Presidente de la Cámara de Diputados ha consistido en interpretar la referencia a la ley contenida en el artículo 19, N° 1°, inciso segundo, de la Constitución como "una norma de habilitación para que el legislador

establezca los niveles de protección (civil, penal, sanitario, de salud previsional, administrativo, entre otros) para que el nasciturus o el no nacido; de suerte que corresponderá al legislador democrático definir los niveles de protección y en tal definición está por cierto la despenalización parcial objeto del proyecto de ley que se impugna" (Vista de la Causa. Minuta de alegato del abogado representante del Presidente de la H. Cámara de Diputados, p. 15).

31°. Siguiendo a Guastini (2001, *Estudios de Teoría Constitucional*, UNAM-Ciudad de México, pp. 159-160) bajo una concepción poco expansiva de la constitución, hay veces en que ésta deja espacios (por ejemplo, de la vida social y política) sin regular ("espacio[s] vacío[s] de derecho constitucional"), en los que el legislador "es libre de disponer en un sentido o de disponer en otro, o de no disponer nada", y otros espacios que sí son cubiertos, en distinta medida, por la Constitución. En nuestra opinión, es esto último lo que ocurre con el caso del no nacido, en el que la Constitución, de un modo expreso y con un relativamente alto nivel de precisión, establece un mandato al legislador para que dicte normas legales que protejan de modo específico al no nacido y respecto del único atributo susceptible de ser protegido: su vida, es decir, su existencia.

Por el contrario, desde una perspectiva expansiva de la Constitución, el espacio de maniobra del legislador es más restringido, debido a que, a través de una interpretación creativa (o "sobreinterpretación") de ciertos principios o disposiciones redactadas con un grado de precisión muy menor (como, en este caso, según nuestro concepto, "la integridad física y psíquica de las personas") se extraen innumerables normas implícitas o no expresas, idóneas para regular, si no todos, muchísimos aspectos de la vida social y política, con lo cual el

margen de acción legislativa se reduce significativamente.

Paradójicamente, éste es el caso de los defensores de la constitucionalidad del Proyecto, quienes extraen del aludido derecho a la integridad de las personas, el pretendido derecho de la madre embarazada a poner fin a la vida o existencia de su hijo en algunas circunstancias.

32°. Finalmente, hacemos presente algunas breves puntualizaciones respecto de la tan repetida idea de que "no hay ningún derecho (o deber de protección) que sea absoluto". Este tipo de afirmación suele aparecer cada vez que se señala que el mandato legal de protección de la vida de aquel que aún no ha nacido no se cumple si dicha ley autoriza a la madre, cualquiera sea el número de causales, ocasionarle deliberadamente la muerte de éste a través de la interrupción del embarazo. Al respecto, nos parece conveniente enfatizar que el recurrente argumento de que la interpretación constitucional de quienes están por acoger los requerimientos desconocería una especie de dogma constitucional fundamental debe ser utilizado con cuidado. El término "absoluto" admite diferentes interpretaciones y dependerá, entre otros factores, del grado de precisión con que esté redactada la norma. Es más, siempre el límite o contorno dentro del cual puede moverse el legislador puede considerarse como un "absoluto" o como un punto que "siempre" deberá respetarse o, lo que es lo mismo, que "nunca" deberá traspasarse.

Se previene que los Ministros señora María Luisa Brahm Barril y señor José Ignacio Vásquez Márquez concurren a la decisión de rechazar los requerimientos deducidos a fojas 1 -salvo en lo relativo a la impugnación a la regulación que el proyecto realiza de la objeción de conciencia como ya se ha establecido en la presente sentencia- pero sin compartir lo razonado en los siguientes párrafos y considerandos del voto de mayoría:

Los considerandos 26, 27 y 30, todos ellos relativos a criterios interpretativos.

1°. Que, los dos primeros dicen relación con criterios que importan la auto limitación en el ejercicio de las atribuciones que este Tribunal detenta, y que estos Ministros no comparten.

En efecto, en el moderno Estado Constitucional de Derecho, la jurisdicción constitucional se incorpora a éste en el bien entendido sistema de frenos y contrapesos al poder, que constituye el auténtico sentido y esencia del principio de separación de funciones. De este modo, el rol de esta jurisdicción es el de preservar el equilibrio de los poderes, dirimir los conflictos entre ellos, controlar la constitucionalidad de las leyes y resolver las cuestiones que en tal sentido se susciten, así como declarar la inaplicabilidad de preceptos legales que vulneren la Constitución y los derechos fundamentales.

2°. Que, de acuerdo a lo anterior, el rol de los Tribunales Constitucionales, en general, tanto en Chile como en otros países, es el de ser el máximo intérprete del texto constitucional (parafraseando a Montesquieu, sería "la boca que pronuncia la Constitución"). Por lo mismo, estos Ministros consideran necesario que no se pueden estipular limitaciones al ejercicio de esta labor de hermenéutica constitucional, tan importante para el respeto y protección de la Carta Fundamental y así por lo demás lo hacen presente en esta prevención.



3°. Que, por otra parte, en lo que respecta al considerando 26, relacionándolo a su vez con lo antes dicho, estos Ministros han estimado pertinente hacer presente, en todo caso, que la Constitución no puede ser interpretada de cualquier forma, lo que importa un desafío para el ejercicio de nuestra jurisdicción, lo cual debe traducirse en una fidelidad interpretativa al texto y sentido de la Constitución y la adopción adecuada de las reglas de hermenéutica.

En este contexto la Carta Fundamental nos obliga a ejercer una jurisdicción destinada a resolver los conflictos sobre cuestiones de constitucionalidad promovidas por órganos legitimados, lo cual debe hacerse con plena objetividad y racionalidad tanto jurídica como constitucional, a fin de servir de complemento efectivo y constructivo a la labor legislativa, en el marco de colaboración interinstitucional y del principio de supremacía constitucional.

4°. Que, por lo anterior, afirmamos que la procedencia del *originalismo* como único criterio interpretativo de la Constitución, resulta insuficiente y poco flexible, en general, por lo que será necesario siempre utilizar otros criterios de hermenéutica que permitan resolver el conflicto constitucional con la mayor certeza y adecuada razonabilidad y ponderación.

En este sentido, el recurso a la historia fidedigna del precepto contenido en el inciso 2° del N° 1 del artículo 19 de la Constitución, resulta particularmente pertinente, en tanto que sumado al análisis reflexivo de su texto y la consideración de su relación con otros preceptos de la misma Carta Fundamental en aras a buscar armonía entre ellos, fluye incontestablemente para estos Ministros que no existe en norma alguna constitucional, un supuesto derecho general de las mujeres a abortar. En efecto, el aborto libre sin causales no está permitido constitucionalmente, y a ello se opone claramente la

norma del inciso 2° del N° 1 del artículo 19 Constitucional, que esboza como regla generalísima la protección del no nacido, cediendo ésta, únicamente, claro está, en casos excepcionales y calificados por el legislador, como los que el proyecto contempla.

Así, por lo demás, fue reconocido en estrados por quien compareció a nombre de la Cámara de Diputados.

Se previene que los Ministros señora María Luisa Brahm Barril y señor José Ignacio Vásquez Márquez concurren a la decisión de acoger parcialmente los requerimientos deducidos a fojas 1, en lo concerniente a la regulación que el proyecto realiza de la objeción de conciencia, pero sólo en conformidad a los razonamientos que se reproducen a continuación:

1°. Que la objeción de conciencia como instituto de garantía, no se encuentra regulado constitucional ni legalmente, y la jurisprudencia de este Tribunal carece de pronunciamientos al respecto. Sin perjuicio de ello, y recurriendo en primer lugar a la doctrina existente en la materia, respecto del conflicto entre la objeción de conciencia y la obediencia al Derecho por el carácter coactivo de las normas, se ha dicho en relación a la primera que *"frente a la obligación jurídica se excepciona por razones justificadas de carácter moral, de tal manera que se considera razonable que aquellos que se encuentren en una situación de conciencia, no exclusivamente subjetiva sino con posibilidades de convertirse en ley moral universal, donde el cumplir la obligación citada de todo punto imposible encuentre una regulación jurídica que apoye su pretensión"* (Gregorio Peces-Barba, "Desobediencia Civil y objeción de conciencia". Universidad Complutense. Facultad de Derecho 1988, páginas 168 y 169). Que el mismo autor citado distingue entre una objeción de conciencia

permitida jurídicamente y otra de naturaleza más amplia, *"cuando se producen situaciones ante obligaciones jurídicas que se consideran susceptibles de recibir un amparo jurídico eximiendo a quienes las esgriman del cumplimiento de las mismas"*;

2°. Que en segundo lugar, y a fin de encontrar sustento en nuestro ordenamiento jurídico a la posibilidad de efectuar objeción de conciencia ante obligaciones jurídicas difíciles o imposibles de cumplir en razón de convicciones personales, podemos deducir dicho instituto del derecho constitucional a la libertad de conciencia, establecido en el artículo 19 N° 6 de la Constitución Política, que reconoce la plena autonomía de las personas para creer o no creer en algo y en consecuencia, a hacer presente o representar ante quien corresponda, su impedimento al cumplimiento de obligaciones o deberes jurídicos que contraríen dichas creencias. Así por lo demás ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional Español precisamente en relación a la práctica del aborto establecida por la ley indicando que *"La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales"*;

3°. Que cabe advertir que la denominada objeción de conciencia institucional no podría entenderse amparada por el artículo 19 N° 6 de la Constitución, pues ella está orientada fundamentalmente bien sea a la libertad individual de creencia, o bien sea, a la protección de las entidades religiosas y al ejercicio del culto, presupuesto que no concurren necesariamente tratándose de entidades de salud;

4°. Que en lo relativo a la objeción de conciencia por parte de las instituciones, si bien es cierto, la conciencia es una facultad exclusiva de las personas individuales, sin embargo ellas persiguen finalidades específicas cuyo amparo por parte del Estado está reconocido constitucionalmente en el artículo 1° inciso tercero, al señalar éste que se reconoce a los cuerpos sociales intermedios la debida autonomía para cumplir con sus fines;

5°. Que, con todo y en función de la debida ponderación de los bienes jurídicos en juego, el ejercicio de estas facultades excepcionales no puede importar bajo ningún respecto la desprotección de derechos fundamentales, aún menos del derecho constitucional a la vida de las personas y de la mujer en particular;

6°. Que en atención a los fundamentos precedentes, estos Ministros previenen en el siguiente sentido;

7°. Que en lo relativo a la oración *"profesional al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención"*, contenida en el inciso primero del artículo 119 ter del Código Sanitario, modificado por el proyecto de Ley en cuestión, estos Ministros afirman que es inconstitucional únicamente la expresión *"profesional"* dentro de dicha frase, de manera de permitir la objeción de conciencia de todo el personal que interviene directamente en el procedimiento médico quirúrgico;

8°. Que, en lo relativo a la frase **"en ningún caso"**, contenida en el inciso primero del mencionado artículo 119 ter del Código Sanitario, modificado por el proyecto de Ley en cuestión, los Ministros previnientes estiman que ella es inconstitucional, toda vez que de otra forma se vulnera la autonomía de los cuerpos

sociales intermedios para cumplir con sus fines específicos, tal como se reconoce en la Constitución Política de la República, imponiéndole al Estado, además, un deber de amparo respecto de aquella;

9°. Que, no obstante lo anterior, estos Ministros entienden que dicha garantía debe ejercerse de manera armónica con los derechos de la mujer afectada por alguna de las causales del proyecto de Ley, de modo tal que la institución deberá adoptar todas las medidas tendientes a efectuar la derivación de la mujer a un establecimiento donde dicha objeción no esté presente, de modo de asegurar siempre la protección de los derechos constitucionales a su integridad física, psíquica y a su salud en general;

10°. Que, en lo relativo al inciso final del artículo 119 ter que se incorpora por el proyecto de Ley al Código Sanitario, estos Ministros estiman inconstitucional la última parte del mencionado inciso, que señala: "*Tampoco podrá excusarse si es inminente el vencimiento del plazo establecido en la causal del número 3) del inciso primero del artículo 119*". Lo anterior, en el entendido que esa inminencia en el plazo es la suficiente para efectuar el traslado de la mujer a otro establecimiento donde si pueda ser objeto de la debida intervención médica, de modo de no impedirle acceder a la interrupción del embarazo dentro del plazo legal de 12 o 14 semanas, según corresponda;

11°. Que lo anterior es consistente tanto con la definición que según la Real Academia Española debe darse al término "inminente", al definirlo como aquello "*Que amenaza o está para suceder prontamente*", como con el debido respeto al derecho constitucional a la vida de la mujer.

El Ministro señor Nelson Pozo Silva previene que concurre a la decisión de declarar como contrario a la Constitución el artículo 1°, numeral 3°, inciso primero del proyecto de ley, que introduce un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario pero sólo en lo concerniente a la voz "profesional" contenida en dicha disposición, por las razones que señala a continuación:

A. LIBERTAD DE PENSAMIENTO.

1°. Que la facultad de conducirse de acuerdo con las propias convicciones y mantenerse frente a terceros, tanto de palabra, a través de las libertades de expresión y enseñanza, mediante actos coherentes con ella, es la forma como se ampara la libertad de pensamiento.

El ejercicio de dicha libertad tiene como límite el respeto de los derechos de los demás, límite que podrá ser entregado al legislador. Además la idea de la fuerza expansiva de los derechos y la necesidad de interpretar los límites que se instauren, nos conduce a que la mera existencia formal de un deber jurídico no anula, en principio, la potestad de actuar conforme a las propias convicciones, situación que estaría protegida mediante el derecho específico a la objeción de conciencia. No se trata de una protección absoluta e incondicional, de forma que el fundamento del deber jurídico objetado, que es la pretensión de incumplirlo no resulta admisible para el Derecho aunque lo sea para el sistema moral del sujeto, entonces surgirá el conflicto que desemboca en la objeción de conciencia;

2°. Que la autonomía de un sujeto, aunque al principio inmune frente a la coacción del Estado y de otras personas, encuentra un límite insalvable para su expansión en la autonomía de los demás, protegida por los mandatos jurídicos que ordenan a la comunidad;

3°. Que adoptando un criterio amplio de libertad de pensamiento, que incluya reflexiones éticas de la persona, como si se restringe al derecho que ampara únicamente los juicios morales del sujeto se puede afirmar que se trata del derecho que fundamenta, en última instancia, y ampara la objeción de conciencia;

4°. Que, debe entenderse, desde la perspectiva de la normativa aplicable a un sistema jurídico que, existe un grado de relación entre la libertad ideológica y religiosa y la libertad de conciencia, hasta el punto que ésta es una consecuencia del derecho fundamental que se da en una situación muy concreta: cuando la actuación en conciencia resulta contraria a un mandato jurídico;

B. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA COMO MANIFESTACIÓN DE LIBERTAD DE PENSAMIENTO.

5°. Que, sin embargo, la objeción de conciencia, o mejor dicho, su ejercicio con plenos efectos libertarios para el objetor, es parte del contenido esencial de la libertad de pensamiento y, debe admitirse de manera excepcional;

6°. Que se trata de un derecho distinto, no fundamental, con elementos delimitadores diferentes y que seguirá en su ejercicio una lógica propia;

7°. Que la objeción de conciencia sólo aparecerá en una circunstancia muy concreta y con un alcance muy determinado. Se trata de un derecho de características peculiares y estructura atípica: en primer lugar, por suponer un deber correlativo para otra persona de neutralizar para el objetor la exigibilidad de un deber jurídico incompatible con la conciencia de este, y en segundo lugar, por ser siempre dependiente de una obligación como excepción a la misma, lo que impide su estabilidad y permanencia (Gregorio Peces-Barba Martínez, Desobediencia civil y objeción de conciencia. En. Derecho

y derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 390);

8°. Que el vínculo entre ambos derechos consiste en que, al hablar de objeción de conciencia estamos ante algo cercano a un "derecho constitucional autónomo". El efecto de esto y su calificación tienen una implicación en la reducción de su ámbito de aplicación y desvincula la objeción de conciencia de su fundamento y explicación, de forma tal que se reducen las posibilidades de objeción a los casos normativamente previstos, separando la objeción de conciencia de la libertad de conciencia. En otras palabras, la objeción de conciencia debe entenderse como derecho independiente pero no autónomo, por ser consecuencia, en última instancia del reconocimiento de la libertad de pensamiento. Con esto queremos señalar que no estamos en presencia de un derecho fundamental general a la objeción de conciencia con efectos liberatorios para toda persona que lo invoque en cualquier situación;

9°. Que la clave para entender que significa y como opera el derecho a la objeción de conciencia se encuentra en la circunstancia, que como todo derecho, su delimitación debe ser precisa y su alcance nunca será absoluto;

C. OBJECIONES DE CONCIENCIAS.

10°. Que para Alfonso Ruiz Miguel (Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia. En. Anuario de Derechos Humanos, 1986-87, N°4, p. 416), en relación a la objeción de conciencia: "Proponer una teoría general lo más completa y coherente posible sobre el tema que delimitara las razones en las que tal objeción podría fundamentarse y que estableciera criterios para diferenciar entre posibles casos que merezca un trato distinto", no puede suponer la aceptación con carácter general de toda pretensión calificable como objeción de conciencia, sino simplemente la posibilidad de establecer

una regulación aplicable a todo presupuesto en que pueda aparecer;

11°. Que en el caso de objeción de conciencia el proceso subjetivo que lleva a ella no es evaluable externamente sin entrar en injerencias inadmisibles en la conciencia personal. En términos formales como la valoración de cada persona a la del deber, hecho que, como tal, siempre define la objeción de conciencia, corre el riesgo de acercarse peligrosamente a la definición del fenómeno a la valoración del contenido de las creencias del sujeto objetor;

12°. Que el deber objetado es un elemento relevante en el esquema del derecho, pero no tiene la entidad suficiente como para justificar el tratamiento de cada supuesto de objeción de conciencia como fenómenos de diferentes naturaleza o sustancia, pues el elemento definitorio de esta institución es el juicio de conciencia de la persona a partir de la contradicción entre mandatos. El objeto material regulado por el deber jurídico al que se objeta es secundario, no hace variar la naturaleza jurídica de la reacción moral que pueda suscitarse frente a él.

Como un fenómeno eminentemente subjetivo, la objeción de conciencia, al plantearse para las distintas personas en distintas situaciones, siempre repetirá el mismo esquema, variando sólo el elemento más externo al sujeto (el deber objetado) y el contenido del juicio de valor al respecto, aunque no la conclusión de este (el rechazo por considerarlo incompatible con las propias convicciones) (Daniel Capodiferro Cubero, La objeción de conciencia: estructuras y pautas de ponderación, Ed. Bosch, España, 2013, p. 37);

D. CONCEPTO DE OBJECIÓN DE CONCIENCIA.

1. DOCTRINA CLÁSICA.



13°. Que históricamente la doctrina emanada de la sentencia 15/1982 del Tribunal Constitucional español argumentaba que la objeción de conciencia era una especificación de la libertad de conciencia, por la que dado que esta supone también el derecho a obrar de modo conforme a los imperativos de la conciencia, se concluía que "puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español (FJ 6°). En otras palabras se admitía la plena vinculación entre la libertad de pensamiento y objeción de conciencia, y para poder operar en la práctica, era necesario que la objeción de conciencia fuera declarada en cada caso concreto, puesto que, por tratarse de "una excepcional exención a un deber" lo que se obtiene por sí misma es "el derecho a ser declarado exento de un deber que, de no mediar tal declaración, sería exigible bajo coacción" (FJ 7°).

En dicho fallo se reconoce que no estamos en presencia de una potestad absoluta de liberar de los deberes jurídicos, sino un derecho a acogerse a una alternativa regulada a los mismos en caso de conflicto con las convicciones personales;

14°. Que la sentencia 15/1982 se refiere a un caso de objeción de conciencia en una materia concreta (el servicio militar) y se remarcaba la necesidad de la previsión normativa expresa para la objeción. En sentencia 53/1985, el TC español fue más allá y reconoció la objeción de conciencia con plenos efectos con carácter general como derecho, relativo al objeto principal de la sentencia, que era: **la constitucionalidad de la ley que despenalizaba el aborto en determinados supuestos.**

En el referido fallo se vinculó directamente la objeción de conciencia con la libertad ideológica y religiosa, al tiempo que aplicaba directamente del Texto

Constitucional, especialmente en materia de derechos fundamentales;

2.- EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

15°. Que el Tribunal Constitucional español en sentencias 160/1987 y 161/1987 limitó el criterio de su propio precedente 15/1982. Aun considerando como partida que la posibilidad de objetar en conciencia debía estar reconocida en el Ordenamiento Jurídico de alguna manera, a fin de impedir nuevos supuestos de manera descontrolada, quebrándose inevitablemente el principio de seguridad jurídica;

16°. Que en los últimos laudos establece que "...la objeción de conciencia a la práctica de abortos a juicio del Tribunal Constitucional español, merecería estar amparado de alguna manera por sus circunstancias particulares, sin valorar demasiado que consecuencia podría tener la argumentación para la figura de la objeción de conciencia en otras manifestaciones. Sobre todo cuando se trataba de un tema tangencial al objeto principal de la Sentencia: la posibilidad de negarse a practicar abortos por motivos de conciencia en el momento en que la democracia conocía la legalización del aborto cuestión polémica objeto de fuertes tensiones políticas: Además el cambio en la línea del Alto Tribunal es evidente: **"se pasa de un reconocimiento como derecho con alcance general a considerar que la ampliación de los supuestos de objeción de conciencia que, por lógica, derivaría de ese reconocimiento es algo peligroso para el Estado de Derecho"** (Daniel Capodiferro Cubero, *op. cit.*, p.65).

En el fondo el comportamiento objetor debe ser siempre la excepción, a fin de no crear una fórmula que justifique la posibilidad de desobediencia general de las leyes, es la doctrina jurisprudencial que emana de la Magistratura constitucional española;

3.- TIPOS DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

17°. Que existen dos variedades dentro de la figura de objeción de conciencia, la denominada objeción de conciencia "contra legem" y la objeción de conciencia "secundum legem" o impropia. La primera abarcaría aquellas actuaciones que lleva a cabo la persona, basada en su conciencia, en contra del mandato de una norma legal que impone un determinado comportamiento no sólo sin alternativa posible, sino contemplando una sanción por el incumplimiento. La segunda -objeción de conciencia secundum legem- comprenden los supuestos en que la propia norma que contiene el mandato jurídico rechazado contempla un comportamiento alternativo a este o, simplemente le dispensa de realizarla si aduce razones morales lo bastante consolidadas para ello en definitiva, la objeción de conciencia impropia no merece la calificación de objeción por no presentar el factor de oposición al mandato normativo;

18°. Que la objeción secundum legem sería una manifestación directa de la libertad ideológica y religiosa. En concreto la libertad para conducirse de acuerdo con las propias convicciones entre las libertades amparada por el Derecho siendo el respeto por parte del Poder Público a la actuación en conciencia de la persona lo que fundamenta la exención al cumplimiento del deber en cuestión. La mera oferta de un deber alternativo hace que la existencia del mandato principal no sea lesiva para el derecho del sujeto, porque este sería libre para escoger el cumplimiento de aquel para salvar los impedimentos para su fuero interno que implicaba el deber original. Reconociendo una opción de conducta, el Legislador evita un conflicto, permitiendo elegir al sujeto dentro del sistema que instaura pero no porque considere que sus convicciones son superiores o las

acoja, sino simplemente por respeto a su libertad, solventando un problema social.

No se puede calificar la objeción de conciencia *secundum legem* como un derecho de opción ni como una alternativa porque la persona no tiene la plena potestad para escoger una u otra posibilidad de actuación. El sujeto no es libre en términos absolutos para decidir que deben cumplir, necesita una justificación fuerte para poder acogerse al deber alternativo (Marina Gascón Abellán, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 249);

E.- EL DEBER JURÍDICO.

1.- CONCEPTO.

19°. Que el deber jurídico consiste en una obligación emanada y respaldada, normalmente mediante medios coactivos, por el Derecho con independencia de su destinatario o alcance. Se distingue del deber moral del continente y no por el contenido, ya que este último no está presente en una norma formal y materialmente jurídica (positivizada). No se excluye que el deber jurídico en cuestión pueda tener carga ética o valorativa. Es más, por regla general la tiene, toda vez que Derecho y la moral distan de ser compartimiento estancos y el primero siempre responderá a los postulados de una moral pública. Es importante distinguir entre deberes públicos y deberes privados, siendo los deberes jurídicos privados aquellos fijados en un contrato civil o mercantil o derivados de una relación laboral o estatutaria. Frente a éstos los deberes públicos serían los contenidos en normas de alcance general emanadas de los Poderes Públicos conformadores muchas veces de garantías constitucionales, y donde están presentes bienes e intereses públicos que pertenecen a todos y respecto de los que los ciudadanos no sean

obligados, si bien le son exigibles en su reconocimiento por su propia naturaleza y condición;

2.- DEBERES JURÍDICOS PRIVADOS.

20°. Que si bien existe una discusión doctrinal alrededor de la admisibilidad o no de la objeción de conciencia a deberes de derecho privado, eminentemente los derivados de relaciones contractuales de trabajo, denominadas empresa de tendencia u organizaciones de tendencias o también llamadas empresas ideológicas, cabe señalar que el problema se plantea desde la perspectiva de determinar si la profesión de una determinada creencia religiosa o ideológica puede justificar un trato diferenciador en el seno de la empresa que exima al trabajador afectado de sus obligaciones laborales, concretamente de un trabajo incompatible con sus creencias o convicciones, no es menos cierto que en virtud del principio de autonomía de la voluntad y la teoría general de las obligaciones se excluye la posibilidad de objetar un deber que ha sido directa, expresa y conscientemente asumido de forma válida por un sujeto;

21°. Que permitirlo, en la hipótesis anterior atentaría contra la seguridad jurídica, base del tráfico jurídico privado, en la medida que cualquiera podría hacer desaparecer la garantía de cumplimiento que se deriva de la asunción de un compromiso. En estos casos concretos la forma de salvar el imperativo de conciencia es simplemente abstenerse de asumir el compromiso, en otras palabras no comprometerse;

22°. Que, en el caso de la objeción de conciencia en las relaciones del ámbito laboral, específicamente el derecho que pudiere existir en el caso de la obligación profesional de proceder a la práctica de una interrupción del embarazo, en los casos permitidos por el legislador, circunscrita a las profesiones sanitarias, la libertad

ideológica del trabajador esta, en última instancia, protegida directamente por el proyecto de autos.

De esta manera el ejercicio de la objeción de conciencia en el ámbito de relaciones laborales se verá muy limitado, aunque tampoco negado de raíz. El propio contrato lo podría asumir y precaver cualquier dificultad. Debe atenderse a las circunstancias del caso concreto, ponderando el sacrificio de la libertad de conciencia del trabajador sobre la base de su estricta y proporcionada necesidad para el cumplimiento de los fines empresariales;

3.- DEBERES JURÍDICOS DERIVADOS DEL SERVICIO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

23°. Que conjuntamente con lo ya expresado hay que agregar un matiz para los deberes derivados en el servicio de la Administración Pública, que afectan en cuanto es posible asimilar a los deberes jurídicos privados-laborales emanados de la relación existente entre el empleado público y la Administración. Dichos deberes que afectan a un funcionario o persona contratada por el Estado (en un rol o labor con repercusión pública) merecen un trato diferenciado en la medida que su justificación última es la realización de los terceros o del interés general cuya garantía compromete al Poder Público;

24°. Que en tales circunstancias, no sólo está presente el compromiso adquirido mediante la autonomía de la voluntad por parte del trabajador(público), sino también la necesidad de buscar y satisfacer el interés general mediante la realización de las obligaciones de su trabajo, cosa sobre la que ha recaído el compromiso voluntario del empleado público. La clave desde esta perspectiva la entrega el alcance de las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento de estos deberes, los

cuales trascienden el ámbito particular en relación del ámbito privado entre trabajador y empleador;

25°. Que el pleno sometimiento a la ley, recogida constitucionalmente, complementada con los derechos y deberes del estatuto básico del Empleado Público, donde principios éticos, como tales: el respeto del ordenamiento, la búsqueda del interés general, la buena fe y el respeto de los derechos humanos y la prohibición de discriminación, obedeciendo a sus superiores jerárquicos y respetando a los ciudadanos conforman una trama de deberes y obligaciones entre el funcionario y la administración;

26°. Que de esta manera los derechos quedan delimitados por las características de la función, por lo que la opción de cumplimiento efectivo y eficiente de esta conforma el entramado de ponderación para valorar objeción de conciencia en los empleados públicos, sobre todo cuando su actuación puede afectar negativamente a derechos de terceros.

El conflicto de conciencia, que nace a partir de un deber que vincula al empleador con el empleado no tiene por qué repercutir en los ciudadanos y usuarios del sistema de salud, de cuya demanda nace el deber objetado, pues no se les puede considerar responsables de la posible lesión en la libertad ideológica o religiosa del objetor;

F. - PONDERACIÓN.

27°. Que si la conducta del objetor afecta negativamente a determinados derechos y principios constitucionales sobre los que no tienen ninguna legitimidad para disponer parece razonable que el Ordenamiento Jurídico no permita la plena expansión de su derecho, al no garantizarle la protección del resto de elementos de su entorno. Lo que se busca, en cuanto fuere posible, un equilibrio entre ellos y la libertad de

pensamiento del objetor mediante un juicio de ponderación que confronte ambos bienes jurídicos y concluya cual debe ser sacrificado y en qué medida;

28°. Que el entorno de la objeción de conciencia en el caso de autos se realiza mediante el cuestionamiento del modelo jurídico propuesto por el Legislador, sobre el cual se observa que se requiere una prestación médica universalmente en todo establecimiento o servicio de salud a la paciente que así lo requiera, invocándose que si bien esta no puede resolverse de conformidad a la objeción de conciencia institucional, no es menos cierto que tal situación ha de entenderse (fojas 103 y 104 del expediente), como una limitación a las exigencias que el Estado puede efectuar a las instituciones que tienen determinado ideario religioso o no, invocándose una libertad de conciencia y empresarial con sello ideológico, lo cual se aduce una razón de liberación del deber objetado;

29°. Que en el caso de colisión entre las convicciones personales y los deberes derivados de un contrato privado civil o mercantil también está en juego un interés público que es la seguridad pública como fundamento del tráfico jurídico privado, que junto con el principio de prohibición de ir contra los actos propios, resulta inadmisibles como argumento;

30°. Que en el supuesto de los deberes derivados de una relación de empleo público el juicio de ponderación sobre la admisibilidad de cada caso posible de objeción es más complejo, ya que existen tantos intereses generales (a cuya satisfacción se oriente el puesto de trabajo del que derivan los conflictos de conciencia) como elementos propios de la relación laboral privada. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la libre asunción de las labores del puesto por quien entra o trabaja como empleado público, situación asimilable a la sujeción a un contrato de trabajo privado;

31°. Que por su propia finalidad el empleo público añada matices, no necesariamente negativos respecto de la admisibilidad de objeción de conciencia. En efecto, toda actuación del empleado público en el desempeño de sus funciones puede afectar potencialmente a derechos de terceros, tanto el cumplimiento normal, positivamente, como el cumplimiento anómalo, siendo estos derechos, por regla general, un límite al ejercicio de los derechos propios. Otra peculiaridad, lo constituye el alcance, en este caso, del principio de seguridad jurídica, al no agotarse entre los particulares y fundamentar el principio de confianza legítima hacia la Administración;

32°. Que finalmente sobre este tópico, facilita la consideración de la objeción de conciencia el hecho de que un empleado público es, en principio, perfectamente sustituible en el ejercicio de sus funciones, dado que la obligación para con el ciudadano recae en el Estado y se materializa mediante una plantilla con una capacidad idéntica en función del puesto gracias al sistema de acceso basado en el mérito y la capacidad (Daniel Capodiferro Cubero, op.cit., págs. 152-153);

G.- CONCLUSIONES.

33°. El problema de la inclusión de la objeción de conciencia sin límites en un ordenamiento jurídico es la desaparición práctica de éste. En la medida que el Derecho es el garante último de la paz social y la libertad individual, negar, por norma general, la obligatoriedad de las normas al hacerlas depender de la voluntad individual equivaldría a hacerla desaparecer;

34°. La objeción de conciencia debe entenderse como una autorización normativa de conductas que, de otro modo, estarían completamente vedadas. Se trata de una opción que el Derecho ofrece, bajo condiciones estrictas, a los sujetos obligados por un **deber jurídico** para liberarse del mismo en casos tasados, incumpliendo el

principio general de la obediencia a las normas que, de otro modo, sería insalvable este carácter de autorización y, por tanto, es de naturaleza excepcional;

35°. Que un reconocimiento normativo, con la mayor precisión posible, del derecho de objeción de conciencia como tal en relación con aquellos supuestos en los que pueda operar, con independencia de los requisitos que se exijan en cada situación para que la pretensión del **objector** produzca efectos liberatorios o que pudiera haber la posibilidad, por razón de las peculiaridades características del deber que se rechaza u objeta, de otorgar efectos a una pretensión de objeción de conciencia ante un supuesto no reconocido;

36°. Que ante una falta de regulación unitaria de la institución -objeción de conciencia-, con alcance general, donde se defina en que consiste el derecho de objeción de conciencia, cuál es su fundamentación, en qué supuestos y cómo resulta operativo y cuáles son los mecanismos para su garantía. No es un derecho fundamental, aunque su vinculación necesaria con la libertad de pensamiento hace que tampoco deba ser considerado un derecho constitucional autónomo;

37°. Que la fórmula que parece más acertada, en la doctrina ha sido la empleada por la Constitución portuguesa en su Art. 41.6: el simple reconocimiento del derecho acompañado de la remisión a la ley como instrumento necesario para la configuración efectiva de su contenido y alcance y, quizá, en establecimiento de la garantía del recurso de amparo para su defensa;

38°. Que la Constitución, por sus características como fuente del derecho no puede albergar el nivel de detalle preciso para que la regulación de la objeción de conciencia cumpla su función como garantía del derecho individual al tiempo que se asegura que su ejercicio no vulnera derechos de terceros, o bienes o intereses legítimos;

39°. Que a nuestro entender se trata de un caso donde el derecho de formulación es estrictamente legal, en la medida que su existencia puede extrapolarse del reconocimiento de la libertad de pensamiento. No es necesario el reconocimiento constitucional expreso del derecho a la objeción de conciencia, bastando su integración dentro del conjunto del Ordenamiento con la debida delimitación y el establecimiento de sus límites. Es un derecho de configuración puramente legal;

40°. Que se trata de un instituto con carácter de excepción condicionada, puesto que el planteamiento de un caso de objeción de conciencia fuera de las previsiones normativas y, por tanto, sin reglas de ejercicios ni límites expesos va a generar plenos efectos liberatorios respecto del deber objetado, resulta en la práctica que tal opción no tiene cabida en el sistema jurídico. No toda conducta calificable como opción de conciencia será admisible, debiendo establecer la autoridad las pautas para una correcta ponderación de los elementos en juego que defina claramente cuáles son los límites a la actuación del objetor en conciencia, de modo que ante ellos su pretensión, aunque legítima y amparada en derecho no pueda ser satisfecha;

41°. Que la objeción de conciencia debe ser analizada en dos niveles: el de la identificación y el de la admisibilidad. En el primer caso resulta necesario asegurarse que la pretensión del sujeto constituye verdaderamente un ejercicio de este derecho mediante su contraste con los elementos objetivos y subjetivos definitorios del mismo para el supuesto concreto. En caso de contar con regulación expresa, las características que debe revestir la conducta estarán contenidas en la norma de reconocimiento que, de no contenerlas, constituirá una previsión claramente insuficiente o inadecuada.

La correcta definición del derecho se precisa al establecimiento positivo de, al menos que deberes son objetables de inicio y cuáles no, aunque es evidente el problema de exhaustividad de una lista de este tipo. También deberían explicitarse el procedimiento y los elementos a tener en cuenta en el juicio de comprobación que permita saber si la situación de hecho que se nos presenta se ajusta a la definición del supuesto de objeción de conciencia, y, por tanto, puede ser considerada como un caso amparable por el mismo;

42°. Que la admisibilidad de la pretensión del objetor en las circunstancias concretas del caso, ponderando tanto aquellos elementos del entorno predicables del supuesto general de objeción de conciencia aplicable como aquellas circunstancias específicas de la situación individualizada. La norma reguladora debe establecer tanto la fórmula para ejercer el derecho como las pautas para valorar la pretensión, sin perjuicio de la posible aplicación de límites no expresamente previsto;

43°. Que resulta posible concluir que un determinado supuesto de objeción de conciencia no debe ser admitido en ningún caso. A contrario sensu, habrá casos en los que, por las circunstancias concretas sea más sencillo que el sujeto pueda anteponer sus dictados morales al deber jurídico;

44°. Que habrá de valorarse la admisibilidad y establecer límites adecuados y precisos mediante lo que se garantice, incondicionalmente la satisfacción de los objetivos buscados a través del deber jurídico cuyo cumplimiento se rechaza al tiempo que se intenta salvaguardar, en la medida de lo razonable la libertad de pensamiento del objetor;

45°. Que a modo de sumario de lo argumentado precedentemente cabe expresar lo siguiente:

a.- Que para este previniente la objeción de conciencia nunca podrá ser institucional, por ser un atributo o derecho de la persona, de los individuos y sujetos de derechos.

b.- Que como ha acaecido en la legislación comparada se han regulado las peculiaridades del procedimiento de ejercicio de la objeción de conciencia creando un registro de objetores (por ejemplo Castilla - La Mancha y Navarra, Cataluña al regular la Generalitat en julio de 2009 con el Consejo de Colegios Farmacéuticos de Cataluña un protocolo respecto de la dispensa sin receta médica de las farmacias catalanas, la venta de anticonceptivos de emergencia, la Ley 8/1998 de la Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma de La Rioja donde se reconoce el derecho a objeción de conciencia del farmacéutico, siempre que no se ponga en peligro la salud del paciente o usuario, etc.).

c.- Que la objeción de conciencia no puede afectar en su eventual aplicación los derechos de los ciudadanos, ni tampoco limitarlos o condicionarlos, ya que tal circunstancia en ningún caso puede afectar a terceros, circunstancia que limita de manera directa el derecho a la salud del usuario.

d.- Que, igualmente, aquellas instituciones que reciben recursos del Estado o se encuentren afectos a planes de salud con incidencia e intereses del Estado, no pueden invocar la objeción de conciencia, en la medida que afecte intereses de terceros.

e.- Que resulta necesario la adecuación en los estatutos sociales, en aquellas instituciones con sello religioso, ideológico o de creencias morales diversas, a fin de qué en el ámbito de sus propios establecimientos, y sin afectar intereses de terceros ni tampoco comprometer fondos del Estado, puedan desarrollar actividades propias de "organizaciones de tendencia", sin

perjuicio de las acciones legales de amparo y protección que consagra la legislación.

f.- Que en un estado laico no puede existir lugar a objeción de conciencia en los establecimientos de salud público ni en aquellos que reciban cualquier tipo de financiamiento del Estado, puesto que su invocación escapa a los criterios del instituto en comento.

46°. Que sólo se acogerá la voz "**profesional**" que señala el inciso 1° del artículo 119 ter del Código Sanitario, sustentado en que su utilización en el contexto de la norma resulta discriminatorio, en la medida que no corresponde diferenciar los profesionales de aquellos que no lo son, vulnerando de esa manera la garantía constitucional del artículo 19, N°2, constitucional, esto es, la igualdad ante la ley.

47°. QUE, ATENDIDAS LAS CONSIDERACIONES ANTES EXPUESTAS, ESTE PREVINIENTE ESTÁ POR ACOGER LOS REQUERIMIENTOS **SÓLO** EN CUANTO LA VOZ "**PROFESIONAL**", señalada en el inciso primero del artículo 119 ter del Código Sanitario, incorporado por el artículo 1°, N°3, del proyecto de ley en estudio, RESULTA INCONSTITUCIONAL.

Redactó el primer capítulo de la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander, con excepción de los considerandos 31°, 33°, 40°, 100° y 102°, que fueron redactados por el Ministro señor José Ignacio Vásquez Márquez y el considerando 49°, que fue redactado por el Ministro señor Nelson Pozo Silva.

Por su parte, el segundo capítulo de la sentencia fue redactado conjuntamente por los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y Domingo Hernández Emparanza.

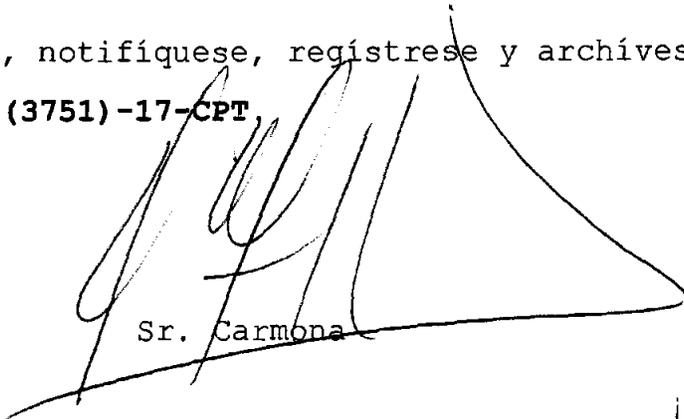
A su turno, el voto disidente por acoger el primer capítulo de los requerimientos de autos, fue redactado por la Ministra señora Marisol Peña Torres, así como el voto disidente por acoger la impugnación al inciso tercero del artículo 119 ter del Código Sanitario, contenida en el artículo 1°, numeral 3°, del proyecto de ley. El voto disidente por rechazar las acciones de autos en materia de objeción de conciencia, fue redactado por el Ministro señor Gonzalo García Pino.

Finalmente, las prevenciones fueron redactadas por el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza, en lo que respecta al voto por rechazar el primer capítulo de impugnación; el Ministro señor Juan José Romero Guzmán, en el voto concurrente por acoger los requerimientos de autos; los Ministros señora María Luisa Brahm Barril y señor José Ignacio Vásquez Márquez, en las prevenciones formuladas a ambos capítulos de impugnación; y, el Ministro señor Nelson Pozo Silva, en lo que respecta al voto por acoger parcialmente la impugnación en torno a objeción de conciencia.

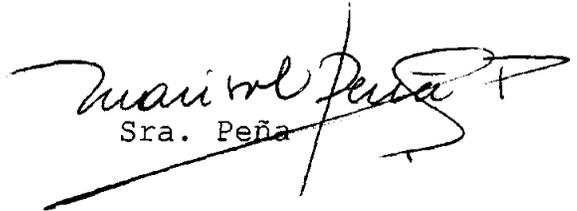


Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 3729(3751)-17-CPT



Sr. Carmona



Sra. Peña



Sr. Aróstica

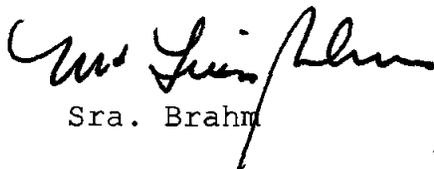


Sr. Hernández



Sr. García

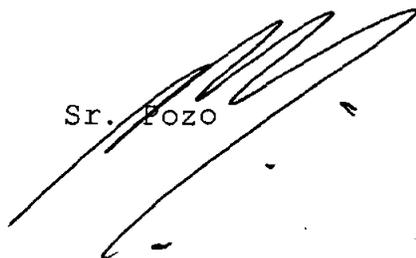
Sr. Romero



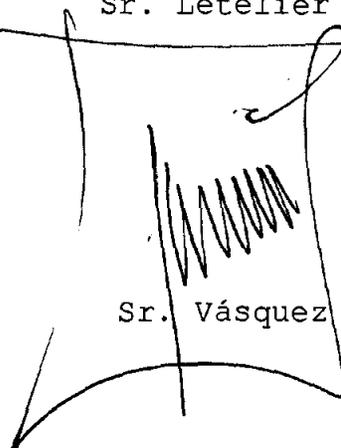
Sra. Brahm



Sr. Letelier



Sr. Pozo



Sr. Vásquez



Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Carlos Carmona Santander, y por sus Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.



Santiago, dieciocho de enero de dos mil diecinueve.

VISTOS:

1. Requerimientos

En autos **Rol N° 5572-18-CDS**, con fecha 31 de octubre de 2018, los **H. Senadores** de la República señoras Jacqueline Van Rysselberghe Herrera, Ena Von Baer Jahn, señores José Durana Semir, Rafael Prohens Espinosa, Víctor Perez Varela, Juan Antonio Coloma Correa, Juan Castro Prieto, Rodrigo Galilea Vial, Kenneth Pugh Olavarría, señora Luz Ebensperger Orrego, y señores David Sandoval Plaza, Ivan Moreira Barros y Francisco Chahuán Chahuán, que constituyen **más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio** de dicha Corporación (certificado a fojas 33), han deducido ante esta Magistratura Constitucional, en su calidad de **órgano constitucional legitimado** y conforme al artículo 93, inciso primero, N° 16, de la Constitución Política de la República, requerimiento de inconstitucionalidad respecto del **artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo N° 67, del Ministerio de Salud, de fecha 23 de octubre de 2018, que "Aprueba Reglamento para ejercer Objeción de Conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 Ter del Código Sanitario"**.

Por su parte, en autos **Rol N° 5650-18-CDS**, con fecha 19 de noviembre de 2018, los **H. Diputados** de la República señores Javier Macaya Danús, Leopoldo Pérez Lahsen, Luciano Cruz Coke Carvalho, Jorge Alessandri Vergara, Sebastián Álvarez Ramírez, Pedro Pablo Alvarez-Salamanca Ramírez, señora Sandra Amar Mancilla, señores Nino Baltolu Rasera, Ramón Barros Montero, Jaime Bellolio Avaria, Bernardo Berger Fett, Sergio Bobadilla Muñoz, José Miguel Castro Bascuñán, señora Sofía Cid Versalovic, señores Juan Antonio Coloma Álamos, Alvaro Carter Fernández, señora Catalina Del Real Mihovilovic, señores Mario Desbordes Jiménez, Eduardo Durán Salinas, Francisco Eguiguren Correa, señora Camila Flores Oporto, señores Juan Fuenzalida Cobo, Sergio Gahona Salazar, Ramón Galleguillos Castillo, René Manuel García, Javier Hernández Hernández, señora María José Hoffmann Opazo, señores Harry Jürgensen Rundshagen, Pablo Kast Sommerhoff, Sebastián Keitel Bianchi, señora Issa Kort Garriga, señores Carlos Kuschel Silva, Joaquín Lavín León, señoras Aracely Leuquén Uribe, Karin Luck Urban, señores Patricio Melero Abaroa, Miguel Mellado Suazo, Andrés Molina Magofke, Celso Morales Muñoz, Cristhian Moreira Barros, señora Francesca Muñoz González, señores Nicolás Noman Garrido, Iván Norambuena Farías, señoras Paulina Núñez Urrutia, Ximena Ossandon Irarrázabal, señores Luis Pardo Sainz, Pablo Prieto Lorca, Guillermo Ramírez Diez, Jorge Rathgeb Schifferli, Rolando Rentería Moller, Hugo Rey Martínez, Leonidas Romero Sáez, Gustavo Sanhueza Dueñas, Alejandro Santana Tirachini, Frank Sauerbaum Muñoz, Diego Schalper Sepúlveda, Sebastián Torrealba Alvarado, Renzo Trisotti Martínez, señora Virginia Troncoso Helhnan, y señores Francisco Undurraga Gazitúa, Ignacio Urrutia Bonilla,





Oswaldo Urrutia Soto, Cristóbal Urruticoechea Ríos, Enrique Van Rysselberghe Herrera y Gastón Von Mühlenbrock Zamora, que constituyen **más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio** de dicha Corporación (certificado a fojas 41), igualmente, han deducido ante esta Magistratura Constitucional, en su calidad de **órgano constitucional legitimado** y conforme al artículo 93, inciso primero, N° 16, de la Constitución Política de la República, requerimiento de inconstitucionalidad respecto del **artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo N° 67, del Ministerio de Salud, de fecha 23 de octubre de 2018, que "Aprueba Reglamento para ejercer Objeción de Conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 Ter del Código Sanitario"** (en adelante, indistintamente, "el Decreto" o "el "Reglamento").

2. Preceptiva del Decreto Supremo impugnado

El artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo N° 67, impugnado, dispone:

"Los establecimientos privados de salud, que hayan suscrito convenios regidos por las disposiciones del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud, no podrán ser objetores de conciencia cuando contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón."

3. Tramitación y acumulación

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 16, e inciso decimonoveno, de la Constitución, y en los artículos 110, 111 y demás pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional, se dio cuenta al Pleno de ambos requerimientos, los que, por sendas resoluciones de 15 y 20 de noviembre de 2018, fueron admitidos a tramitación (fojas 160, Rol 5572, y fojas 49, Rol 5650). Por resoluciones de 20 de noviembre de 2018, igualmente, ambos requerimientos fueron declarados admisibles (fojas 164, Rol 5572, y fojas 51, Rol 5650) y, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, el Pleno dispuso la acumulación de autos, sustanciándose a partir de esa época en el expediente Rol N° 5572 (fojas 220).

Con la misma fecha 20 de noviembre, se comunicó el requerimiento acumulado al **señor Contralor General de la República y de S.E. el señor Presidente de la República** para que, en su calidad de **órganos constitucionales interesados**, formularen las observaciones y presentaren los antecedentes que estimaren pertinentes, siendo evacuados ambos traslados dentro del plazo legal, mediante presentaciones de 30 de noviembre de 2018, que rolan a fojas 332 y 348, respectivamente.



4. Conflicto constitucional y presentaciones de las partes

En cuanto a las infracciones constitucionales que se denuncian por las partes requirentes, las señoras y señores Senadores manifiestan la vulneración de la autonomía de los cuerpos intermedios y del derecho de asociación; la infracción del derecho a la objeción de conciencia institucional en su esencia; la vulneración de la reserva legal; y la infracción del derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, y del principio de igualdad ante la ley.

Por su parte, las señoras y señores Diputados requirentes estiman vulnerada -al igual como lo hacen los Senadores- la autonomía de los cuerpos intermedios; y además, señalan la infracción al respeto al ideario de las personas jurídicas, y la afectación de la protección de la salud y la promoción del bien común.

Así, en los libelos acumulados se postula que el artículo 13, inciso segundo, del Reglamento infringe los artículos 1º, incisos tercero, cuarto y quinto; 19º numerales 2º, 6º, 9º, 15º y 26º; 32 N° 6, y 63 de la Constitución Política de la República.

4.1. Requerimiento de los H. Senadores

1) En el requerimiento de las señoras y los señores Senadores, que rola a fojas 1 y siguientes, se afirma, en primer lugar, la vulneración de la autonomía de los cuerpos intermedios y del derecho de asociación.

Al efecto, comienzan los actores por hacer alusión al antecedente contenido en la sentencia Rol N° 3729, de 28 de agosto de 2017, en que, conociendo conforme al artículo 93, N° 3º, de la Constitución, de un requerimiento de inconstitucionalidad respecto de ciertas disposiciones del proyecto de ley que “regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, actual Ley N° 21.030, este Tribunal Constitucional declaró que la objeción de conciencia se encuentra “amparada por la dignidad de las personas que —individualmente o proyectada en su asociación con otros— se niegan a practicar la interrupción del embarazo”, como garantía integrante del artículo 19, N° 6º, de la Carta Fundamental. Así, junto con reconocer la libertad de conciencia individual; luego, en armonía con el artículo 1º, inciso tercero, y 19 N°s 6º, 11º y 15º constitucionales, y la garantía de autonomía de los grupos intermedios, el derecho de asociación, la libertad de conciencia y de enseñanza, el Tribunal sentenció que la objeción de conciencia puede ejercerse legítimamente también por sujetos jurídicos o asociaciones privadas, garantizando así constitucionalmente la objeción de conciencia institucional (c°s 131 y 136).

A consecuencia de ello, esta Magistratura declaró la inconstitucionalidad de las expresiones “profesional” y “en ningún caso” contenidas en el inciso primero del artículo 119 ter del Código Sanitario propuesto por el proyecto de ley, quedando el texto definitivo de dicho precepto agregado por la Ley N° 21.030, redactado en su última frase en términos que: “La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución”.





Luego, en cumplimiento del mismo artículo 119 ter, mediante el Decreto Supremo N° 67 impugnado, el Ministerio de Salud dictó el Reglamento para Ejercer Objeción de Conciencia, cuyo texto se relaciona directamente con el dictamen de la Contraloría General de la República N° 11.781, de 9 de mayo de 2018, que declaró que el protocolo anterior dictado al efecto que se contenía en la Resolución Exenta N° 432, del Ministerio de Salud, de 22 de marzo 2018, no se ajustaba a derecho.

Precisan los parlamentarios que en cuanto a las entidades privadas que celebran convenios en el marco del Decreto con Fuerza de Ley N° 36, de 1980 - esto es, aquellos convenios suscritos con los Servicios de Salud por los cuales una entidad privada sustituye al Servicio, actuando por cuenta de éste en la prestación de atenciones de salud-, el Decreto actual impugnado, recoge las objeciones del dictamen referido que, en lo sustancial, expresó que:

"Conforme a estos convenios, una entidad o persona distinta - voluntariamente- sustituye a los Servicios de Salud, tomando el lugar de estos, y desarrollando entonces una función pública y con recursos del mismo carácter y, que, como el Estado se encuentra en el deber de garantizar la ejecución de las acciones de salud, se concluye que las instituciones privadas que celebren dichos convenios, deben realizar las prestaciones de salud a que se encuentra obligado el Estado, y no pueden ejercer en este marco su garantía constitucional a la objeción de conciencia".

Dicho esto, los Senadores requirentes afirman que yerra el criterio esbozado por la Contraloría, y redundante en que el Decreto 67 en la parte impugnada contraría la Carta Fundamental, desde que la colaboración privada en el ejercicio de una "función pública" no transforma una institución privada en estatal. Dicha tesis, señalan, vulnera indefectiblemente la autonomía de los cuerpos intermedios. Al efecto, sostienen que la colaboración no puede alterar la naturaleza jurídica del ente privado que ejecuta la función. Si así fuere, en todo ámbito de materias, el privado pasaría a estimarse como un servicio público, de modo que, en abierta infracción constitucional, el Estado vía legal o reglamentaria podría no sólo impedir la objeción de conciencia, sino dirigir o limitar en su esencia todo ideario de las asociaciones privadas, sea en materia educacional, laboral, empresarial, o en todo ámbito de colaboración público-privada; conculcando lo expuesto los artículos 1º, inciso tercero, y 19º N°s 6º, 11º y 15º de la Carta Fundamental.

Concluyen los Senadores que pretender transformar una institución privada en estatal, mutando su naturaleza privada a pública por el solo hecho de la suscripción de un convenio de prestación de servicios de salud -o de tenerlo ya suscrito-, es un argumento insostenible para fundar que el Decreto 67 impida la objeción de conciencia de las instituciones privadas, y desconozca todo el resguardo constitucional de las sociedades intermedias asegurado en las bases de la institucionalidad, y su libertad de conciencia, creencia, culto y educación.

2) En segundo término, los Senadores aducen la infracción del derecho a la objeción de conciencia institucional en su esencia, expresando en esta parte que en la sentencia Rol N° 3729, esta Magistratura la reconoció de modo contundente



como resguardada por la Carta Suprema, y elevada a la categoría de derecho fundamental. Así, se declaró que este derecho está implícito en el Texto Supremo y deriva de la dignidad personal, la autonomía de los grupos intermedios, la libertad de conciencia, y del derecho de las personas de obrar conforme a sus propias convicciones íntimas, políticas, morales o de justicia, así como idearios confesionales y educativos, en conformidad con el artículo 1º, incisos primero y tercero, y los numerales 6º, 11º y 15º del artículo 19 constitucional; sin que pueda en consecuencia ser desconocida la objeción de conciencia institucional por la ley, ni menos por disposiciones reglamentarias infra legales, pues ello afecta en su esencia este derecho fundamental, e impide su libre ejercicio.

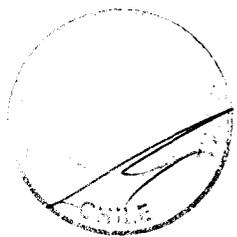
3) En tercer lugar, los Senadores afirman que el Decreto 67 infringe el principio constitucional de reserva legal, toda vez que nos encontramos frente a un reglamento del Ejecutivo que invade el dominio legal y la deliberación democrática, al regular aspectos de la Ley N° 21.030, y restringir el ejercicio de un derecho contenido en dicha ley y resguardado por la Constitución, cuando la potestad reglamentaria de ejecución no puede limitar el ejercicio de derechos fundamentales, de acuerdo a lo prescrito en los artículos 32, N° 6, y 63 de la Constitución. Ello es admisible sólo por ley y en la medida que no se afecte el derecho en su esencia ni se impida su libre ejercicio, en armonía con el artículo 19, N° 26, constitucional.

En la especie, agregan, la potestad reglamentaria de ejecución no pormenoriza la ley, sino que exceptúa la objeción de conciencia de las instituciones privadas en caso de suscribir convenios con servicios de salud, siendo que el artículo 119 ter del Código Sanitario no contempla que las instituciones no estatales puedan ser limitadas en dicho sentido.

Y añaden los actores la infracción de los derechos adquiridos por convenios ya suscritos, atendido que si dichos instrumentos anteriores al Decreto cuestionado, incluyen prestaciones de atención ginecológica u obstétrica en pabellón, para poder objetar conciencia, la institución privada deberá desahuciarlos, dejando de percibir los fondos públicos a que tiene derecho. Además, en los hechos, el Decreto amplía las prestaciones específicas de salud ya consensuadas contractualmente entre el privado y el Estado. Y, a futuro, altera la voluntariedad en las prestaciones a convenir.

4) Y, en cuarto lugar, los Senadores acusan la infracción del derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y la vulneración del principio de igualdad ante la ley, asegurados por los artículos 1º, inciso quinto, y 19, N° 2º, de la Constitución.

Afirman que al disponer el Decreto 67 la prohibición de los establecimientos privados de salud para ejercer el derecho a la objeción de conciencia institucional, por el sólo hecho de tener convenios vigentes o pactar convenios futuros, que





incluyan alguna prestación de obstetricia o ginecología en pabellón, se altera dicha igualdad en términos reñidos con la Constitución y el principio de razonabilidad.

Explican que –ya desde la ley, conforme al artículo 119 ter del Código Sanitario- los Servicios Públicos de Salud no pueden invocar objeción de conciencia, y las instituciones privadas sí. Pero, ahora estas últimas quedan diferenciadas por el Decreto, en términos tales que podrán objetar conciencia sólo (i) si no reciben fondos públicos conforme al DFL 36, (ii) o si los reciben pero no contemplan prestaciones gineco-obstétricas en pabellón; configurándose así una diferencia arbitraria, que no obedece a estándares objetivos y proporcionales a la luz de la Constitución, y que priva a la institución privada de un derecho fundamental.

Concluyen que no es una justificación constitucionalmente aceptable –y en eso yerra el dictamen de la Contraloría- pretender que por sustituir un privado funciones de salud de servicios públicos, mute su naturaleza a institución pública y, por ende, no pueda actuar conforme a sus convicciones e idearios garantizados por la Constitución.

4.2. Requerimiento de los H. Diputados

Por su parte, en el requerimiento de las señoras y los señores Diputados, que rola a fojas 168 y siguientes, luego de hacer referencia en términos similares a los ya expuestos por los Senadores respecto al contenido de la sentencia Rol N° 3729, que reconoció la objeción de conciencia institucional, y al dictamen de la Contraloría General de la República N° 11.781, de 2018; afirman los actores:

1) En primer lugar, y al igual que los Senadores, que el texto del Decreto 67 que se impugna infringe la autonomía de los cuerpos intermedios, e importa una evidente intromisión estatal en las decisiones propias de las instituciones privadas de salud, coaccionándolas a que no sean objetoras de conciencia, y vulnerando de tal modo los artículos 1º, inciso tercero, y 19, N° 15º, de la Constitución.

Expresan que la autonomía de los grupos intermedios contempla el derecho de las instituciones privadas de organizarse y asociarse para la consecución de un ideario institucional libremente elegido y, conforme a ello, poder abstenerse de realizar ciertas prestaciones a las que el Estado está obligado, sin que la ley, ni menos un reglamento, puede obligarlos a renunciar a esa libertad; lo que importaría en definitiva la absorción por parte del Estado de la singularidad de las distintas organizaciones que componen el tejido social, por cierto, contrariando la Constitución.

Afirman los Diputados que es en este mismo sentido que este Tribunal Constitucional ha establecido los contornos del principio de subsidiariedad y de la autonomía de los cuerpos intermedios, citando al efecto, además de la sentencia Rol N° 3729, sobre la despenalización del aborto en tres causales, otras relacionadas con asuntos de naturaleza laboral y educacional, como las recaídas en los autos Rol



Nº 3016, sobre la naturaleza de los grupos negociadores, y Rol Nº 2731, sobre los administradores provisionales en educación.

Agregan que debe despejarse la duda sobre el rol del financiamiento público y de la celebración de convenios con el Estado, en cuanto mecanismo que permite a los privados apoyar a este último, en el cumplimiento de sus fines y en la prosecución del bien común; siendo un mecanismo tradicional de colaboración a través del cual el Estado contribuye con recursos y la sociedad civil se compromete a ciertas contraprestaciones en beneficio social. Luego, la infracción constitucional a la autonomía privada en la especie se configura porque, mediante una medida coercitiva, el Estado impide celebrar convenios si no conllevan la consecuente renuncia a la objeción de conciencia institucional, con lo que se imposibilitará que ciertas instituciones puedan seguir brindando un servicio público conforme a su libre ideario.

2) En segundo lugar, propugnan precisamente la afectación del respeto al ideario de las personas jurídicas, y la consecuente vulneración del artículo 19, Nºs 6º y 15º, de la Constitución, que consagran la libertad de conciencia y el derecho de asociación.

Reafirman la idea de que la objeción de conciencia, conforme sentenció este Tribunal, no se agota en el orden individual, sino que también se extiende y propaga a las asociaciones privadas conforme a su libre pensamiento; precisando que la titularidad de la objeción de conciencia tanto individual, como de personas jurídicas, se encuentra constitucionalmente reconocida sin sujeción a límites; lo que se violenta por el Reglamento impugnado que tornará imposible a ciertas instituciones objetar conciencia si no es renunciando a los convenios con los servicios de salud.

3) Y, en tercer término, los Diputados esgrimen que el Decreto infringe el derecho a la protección de la salud y la promoción del bien común, citando el artículo 19, Nº 9º, de la Constitución, que en su inciso cuarto consigna el deber del Estado de garantizar las acciones de salud, sea a través de instituciones pública o privadas, y en armonía con el artículo 1º, inciso cuarto, de la misma Carta Suprema. Citan la sentencia Rol Nº 1710 (caso "Isapres", cº. 111), en que este Tribunal Constitucional concibió la protección de la salud como "el derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto grado de salud".

A continuación, entienden infringido este derecho, a consecuencia de los efectos prácticos que significa la aplicación del inciso segundo del artículo 13 del Reglamento, porque se afectará la protección de la salud que reciben las mujeres que se atienden en establecimientos privados, gracias a los convenios que estas instituciones celebran con el Estado; porque la limitación impuesta impedirá que los establecimientos que se encuentren en este contexto y quieran objetar conciencia, puedan ofrecer en el futuro nuevas prestaciones de obstetricia y ginecología que





impliquen pabellón, con el consecuente menoscabo del bien común, desde que el Estado por si solo puede no dar abasto para entregar algunas prestaciones.

Concluyen los Diputados que el rol público que pueden tener las instituciones de la sociedad civil no justifica la pretensión de subsumirlas en lo estatal, negando su autonomía y singularidad, y añaden en relación con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que el Decreto 67 no sortea el test de proporcionalidad, porque restringe el ejercicio de un derecho constitucional más allá de lo razonable, sin justificación suficiente y de forma desmedida, de modo incompatible con las exigencias de una sociedad libre y democrática. Agregan que condicionar el apoyo estatal a la renuncia de idearios legítimos es también discriminatorio, y contrario al pluralismo y a los valores y mandatos dispuestos en la Constitución.

4.3. Observaciones del señor Contralor General de la República

Por presentación agregada a fojas 332 y siguientes, el señor Contralor General de la República, don Jorge Bermúdez Soto, se hace parte y formula sus observaciones a los requerimientos acumulados, afirmando que el artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo N° 67 impugnado, se encuentra ajustado a la Constitución.

Expresa que el inciso primero del mismo artículo es claro en disponer que los establecimientos públicos de salud no pueden invocar objeción de conciencia; para luego consignar, en el inciso segundo cuestionado, que tampoco pueden invocarla los establecimientos privados cuando hayan suscrito convenios conforme al Decreto con Fuerza de Ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud, que contemplan prestaciones de obstetricia y ginecología en pabellón.

Aduce que, efectivamente, el Reglamento contenido en este instrumento, hizo suyas las observaciones contenidas en el Dictamen N° 11.781, de 9 de mayo de 2018, a través del cual se declaró –conforme a las facultades interpretativas que la Constitución confiere en sus artículos 98 y 99 al Órgano Contralor- que el protocolo anterior contenido en la resolución exenta N° 432, del Ministerio de Salud, de 22 de marzo 2018, no se ajustaba a derecho, y debía dictarse otro que si diere cumplimiento al ordenamiento jurídico.

Dicho esto, explica que no nos encontramos frente a un requerimiento parlamentario que impugne un Decreto, sino que, a través de lo que la doctrina denomina “desviación de poder por desviación de procedimiento”, en realidad se pretende dejar sin efecto el dictamen aludido, por una vía que no corresponde al efecto, ya que la revisión de los dictámenes de la Contraloría compete a los tribunales ordinarios de justicia y no al Tribunal Constitucional.

Luego, entrando al fondo, explica el señor Contralor que el Reglamento de Objeción de Conciencia cuestionado no infringe la Constitución ni la ley, y que los parlamentarios requirentes incurren en errores basales en su argumentación. Así, explica que el Reglamento tiene su sustento constitucional, precisamente, en el

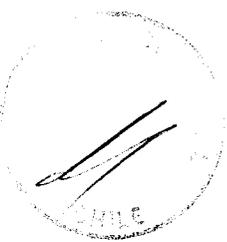


artículo 19, N° 9°, de la Constitución, que garantiza el derecho a la protección de la salud, como manifestación del deber del Estado de dar protección a la población, desde el artículo 1°, inciso final, de la misma Carta Fundamental. A continuación, el mismo artículo 19, N° 9°, mandata al Estado a proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de protección de la salud y establece el deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas y en la forma y condiciones que determine la ley. Así, la propia ley, en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, dispone que compete a este Ministerio ejercer la función estatal para garantizar el libre e igualitario acceso a la salud. Y esta misma normativa ha autorizado al Ministerio y a los organismos de autogestión en red, para celebrar convenios de salud con privados, con arreglo al aludido DFL N° 36.

En este contexto es de alta relevancia, expone el señor Contralor, tener presente lo dispuesto en los artículos 2° y 13° del DFL N° 36, en cuanto prescriben expresamente, que en los convenios regidos por dicho cuerpo normativo un organismo, entidad o persona distinta del Servicio de Salud sustituye a éste en la ejecución de acciones de salud, actuando por cuenta de aquel (artículo 2°); y que quienes celebren dichos convenios, quedarán adscritos al Sistema Nacional de Servicios de Salud, y se sujetarán en su cumplimiento a las normas que imparta el Ministerio de Salud, en uso de sus facultades legales (artículo 13°).

Es así como, conforme a la normativa constitucional y legal referida, el Reglamento para ejercer Objeción de Conciencia aprobado por el Decreto 67, se ajusta a derecho, al consignar, como se dijo, y siguiendo lo establecido en la ley 21.030, sobre despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, que las instituciones estatales no pueden invocar objeción de conciencia, por encontrarse obligadas a ejecutar y garantizar las prestaciones de salud que la ley obliga y, siguiendo los principios propios de la actividad de servicio público que exigen al Estado, y a quien actúe ocupando su lugar, el otorgamiento de las prestaciones de salud en forma igualitaria y continua, sin excepciones, en el marco de la actividad de servicio público en un sentido funcional. Aclara, entonces, el señor Contralor que según lo explicado, es que las entidades privadas que suscriban los convenios conforme al decreto con fuerza de ley en comento, tampoco pueden objetar conciencia, pues se trata del Estado cumpliendo la función pública a través de instituciones privadas, que sustituyen sólo para esos efectos a los servicios de salud. Así, los privados ejercen una función pública, con recursos públicos, y a la cual han optado en forma libre y voluntaria.

Expresa el señor Contralor que los requerimientos parten de supuestos errados y confusos al invocar la infracción de la autonomía de los cuerpos intermedios y del derecho a la objeción de conciencia. Desde luego, porque no es efectiva la alegación de los actores de que los privados por suscribir los convenios muten su naturaleza jurídica a pública ni pierdan su naturaleza de entidades privadas, sino que solamente se sustituyen en la función pública y, en ese entendido, deben ajustarse al marco legal fijado por el DFL N° 36 y la normativa del





Ministerio de Salud, relativa al servicio público de salud que están prestando; y tampoco es procedente extrapolar esta situación concreta y excepcional en el ámbito de la salud, a otras actividades en que los privados puedan recibir fondos públicos. Cita en este sentido el Contralor los dictámenes 71.906, de 2012, y 24.216, de 2018, donde se ha consignado que la sustitución de los privados que toman a su cargo prestaciones por cuenta de los servicios de salud tienen un objetivo específico y no pierden la naturaleza de entidades privadas; y que el traspaso de la función pública a los privados en el caso de los convenios del DFL N° 36, ha sido expresamente prevista por el legislador, sin que puede extenderse a otras hipótesis no contempladas en aquel.

Concluye de lo dicho, que el Reglamento cuestionado tiene sustento en la propia ley, de modo que tampoco avizora infracción al principio de reserva legal.

Volviendo a las infracciones constitucionales denunciadas, reafirma la Contraloría que no se afecta la autonomía de los cuerpos intermedios por el hecho de que no puedan objetar conciencia los privados cuando suscriben los convenios específicos comentados con los servicios de salud, desde que aquellos suscriben siempre libre y voluntariamente los convenios, lo que evidentemente exige que se sujeten a las prescripciones legales de los mismos, y agrega que no se trata de contratos civiles, sino regidos por el ámbito de la contratación pública, donde los convenios incluyen las prestaciones públicas vigentes o que se dicten en lo sucesivo, rigiendo así los principios de derecho público, la aplicación general del *ius variandi* y la incorporación *ipso iure* al contrato de las obligaciones que establezca la ley.

Tampoco, entonces, puede estimarse afectada la libertad de conciencia de las entidades privadas, ni el derecho a mantener su ideario propio, pues libremente deciden si suscriben o no los convenios, pero, si lo hacen, deben sujetarse al estatuto jurídico de los mismos y, en ese evento, por prestar una función pública -al igual que el Estado- no podrán objetar conciencia. Ello en nada impide, tampoco, el derecho de asociación de las instituciones privadas, pero bajo dicho prisma no pueden intentar sustraerse del principio de juridicidad cuando celebran los convenios con los servicios de salud.

Tampoco se ve conculcada la igualdad ante la ley, desde que la situación es igual para todos quienes suscriben los convenios, y es razonable que el estatuto jurídico aplicable tenga diferencias cuando el privado conviene con el Estado conforme al DFL N° 36, y realiza una función pública.

En fin, no se puede estimar conculcado el derecho a la protección de la salud, sobre el argumento de que a través del Decreto impugnado se estaría forzando a los cuerpos intermedios a no intervenir, porque, como se dijo, siempre podrán actuar y participar, pero sujetándose al marco legal.

4.4. Observaciones de S.E. el Presidente de la República

Por presentación que rola a fojas 348 y siguientes, su excelencia el Presidente de la República, señor Sebastián Piñera Echenique, en documento



signado también por el Ministro Secretario General de la Presidencia, señor Gonzalo Blumel Mac-Iver, y el Ministro de Salud, don Emilio Santelices Cuevas, se hace parte y formula observaciones a los requerimientos acumulados.

Alude en primer término a los antecedentes constitucionales y legislativos en que se sustenta el contenido normativo del Reglamento para ejercer Objeción de Conciencia aprobado por el Decreto Supremo N° 67, del Ministerio de Salud, de fecha 23 de octubre de 2018, y la normativa que este Reglamento contiene reconociendo la objeción de conciencia invocada tanto por personas naturales como jurídicas, en armonía con lo dispuesto por la Ley N° 21.030, que introdujo el artículo 119 ter al Código Sanitario, y que ordena al Ministerio de Salud dictar los protocolos necesarios para ejercer la objeción de conciencia.

Se da cuenta, luego, de los reglamentos que precedieron al actualmente vigente e impugnado. Así, primero el Ministerio dictó la Resolución Exenta N° 61, de 22 de enero de 2018, que aprobó 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", que generó discrepancias interpretativas en relación con las instituciones públicas y privadas objetoras de conciencia; por lo que el Ministerio, en seguida y para asegurar el derecho al goce de las prestaciones relacionadas con la interrupción del embarazo en tres causales, lo dejó sin efecto y dictó un nuevo Reglamento contenido en la Resolución Exenta N° 432, de 22 de marzo 2018. En este protocolo, explica el Ejecutivo, primero, que se estableció expresamente que los establecimientos públicos de salud no pueden invocar objeción de conciencia y, segundo, que los establecimientos privados no estaban limitados al respecto bajo ningún supuesto, sin hacer distingos en cuanto a la suscripción o no de convenios al amparo del DFL N° 36.

Sin embargo, como ya se ha explicado latamente, la Contraloría General de la República, a través de su Dictamen N° 11.781, de 9 de mayo de 2018, señaló que este segundo protocolo, al igual que el primero, no se ajustaba a derecho, y ordenó adoptar las medidas al efecto. En lo relevante, el Dictamen consignó que tanto los establecimientos públicos de salud como las instituciones privadas de salud que hubieren suscrito convenios con servicios de salud de conformidad al DFL N° 36 no podían ser objetoras de conciencia, citando el Ejecutivo los argumentos del Contralor ya expuestos, en orden a que las instituciones privadas sustituyen en este caso al servicio de salud en el cumplimiento de una función pública, por lo que no pueden hacer excepción en aquello a lo que se encuentra obligado el Estado, en relación con la protección de la salud dispuesta en el artículo 19, N° 9, de la Constitución, y en el evento que contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que comprendan atenciones en pabellón.

Así, el Ministerio, dando cumplimiento al Dictamen referido, emitió el Reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 67, cuyo artículo 13, inciso segundo, se impugna de inconstitucionalidad por la cuarta parte del Senado y de la



Cámara de Diputados, Decreto del cual la Contraloría sí tomo razón, para luego ser publicado en el Diario Oficial.

Da cuenta el ejecutivo de que, en relación a este último Decreto, la Contraloría emitió otro Dictamen, N° 24.216, de 27 de septiembre de 2018, al cual ya se aludió también en las observaciones del Contralor, destacado el Presidente de la República que este último instrumento precisó el alcance de la sustitución, consignando que ella no afecta la autonomía de los privados, porque mantienen para todos los efectos su carácter de tales y que, además, dicha autonomía no se afectaba porque suscribían voluntariamente los convenios, y que el traspaso de la función pública en este caso era específico al ámbito de la salud en comento, sin que se afecte, conforme al Dictamen, el derecho a la objeción de conciencia de quienes no presten los servicios de gineco-obstetricia en pabellón, pero sí a quienes prestan dichos servicios con convenios ya vigentes, al regir la normativa legal pública in actum y, desde luego, a quienes los suscriban a futuro.

Reitera el Ejecutivo, entonces, que el Decreto 67 fue dictado siguiendo lo decretado por la Contraloría, que no estimó ajustado a derecho el Reglamento anterior en que no se limitaba en ningún evento la objeción de conciencia de las instituciones privadas, debiendo acatar el Presidente de la República el control de legalidad que efectúa la Contraloría respecto de sus actos que son manifestación de la potestad reglamentaria de ejecución, como acontece en la especie.

A continuación, y entrando al fondo, el Presidente de la República se hace cargo de los requerimientos de los Senadores y Diputados, y formula observaciones respecto de dos puntos contenidos en ellos: 1°. La autonomía de los cuerpos intermedios y el derecho de asociación; y 2°. La objeción de conciencia.

1) Respecto al primer punto, el Presidente de la República cita abundante doctrina, y la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional sobre la autonomía de los grupos intermedios y su vinculación con el derecho y la libertad de asociación, conforme a los artículos 1° y 19, N° 15, de la Constitución.

Siguiendo a los profesores Silva Bascuñan y Cea Egaña, señala el Ejecutivo que los grupos intermedios son organizaciones voluntariamente creadas por la persona humana, ubicadas entre el individuo y el Estado, que cumplen sus fines específicos con autonomía frente al aparato público; siendo tales todo ente colectivo que no integra el aparato estatal y que persiga un objetivo definido libremente.

Luego, aludiendo a los fallos de esta Magistratura (entre otras que se citan, STC roles N°s 410, 2487, 2626 y 2731), describe el Ejecutivo que dentro del contenido de dicha autonomía, se encuentra la libertad de autodeterminación y organización asociativa, sin interferencias de los poderes públicos, pudiendo definir objetivos y finalidades, en tanto grupos intermedios a través de los cuales se organiza la sociedad y que el Estado reconoce y ampara de acuerdo al inciso tercero del artículo 1° constitucional, como base esencial de la institucionalidad; añadiendo



que tal principio de autonomía de la asociación es correlativo a la subsidiariedad estatal y de aplicación amplia, lo que no se contrapone por cierto con la capacidad del legislador de dictar normas generales para regular los grupos intermedios, en concordancia, entre otros, con los numerales 15º, 19º y 21º del artículo 19 de la Constitución.

Agrega el Ejecutivo que esta Magistratura, en la sentencia Rol N° 3729, respecto a la objeción de conciencia consignó que con arreglo a la autonomía constitucional de los grupos intermedios, aquella podía ser legítimamente planteada por sujetos jurídicos o asociaciones privadas.

Luego, a fojas 375, el Presidente de la República afirma que la distinción que realiza el Reglamento respecto de aquellas instituciones privadas de salud que hayan suscrito convenios al amparo del DFL N° 36 que contengan prestaciones ginecológicas y de obstetricia que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón, supondría establecer una limitación al derecho de asociación y autonomía de grupos intermedios reconocidos constitucionalmente, en cuanto condiciona el ejercicio de la objeción de conciencia a no celebrar convenios con los servicios de salud.

2) A continuación, en relación con la objeción de conciencia, el Ejecutivo expresa que, aun cuando aquella no tiene reconocimiento expreso en la Constitución, esta Magistratura ha reconocido su naturaleza jurídica de derecho fundamental, y que es también un derecho de las asociaciones privadas, y pueden igualmente hacerla valer las instituciones religiosas, o personas jurídicas o entidades con idearios confesionales que se proyectan al ámbito de la salud, citando al efecto la sentencia Rol N° 3729, a cuyo contenido que ya se ha hecho igualmente referencia al relatar los libelos de los Senadores y Diputados. Agrega que dicha sentencia también especificó que respecto de la prohibición de afectar los derechos en su esencia, en los términos del artículo 19, N° 26, de la Constitución, si la Carta Fundamental no autoriza limitar la libertad de conciencia, lo mismo aplica respecto de la objeción de conciencia.

Agrega el Ejecutivo que el artículo 119 ter del Código Sanitario es claro al establecer la objeción de conciencia tanto personal como institucional, mandando en el primer caso al Ministerio de Salud par que dicte los protocolos para ejecutarla, y sin hacer distinciones en cuanto a la objeción institucional.

Y, a fojas 381, el Ejecutivo concluye que el Reglamento, al regular la manifestación de la objeción de conciencia personal e institucional, en cuanto a las limitaciones señaladas respecto a los establecimientos de salud privados que hayan suscrito convenios de conformidad al DFL N° 36 que contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón, estaría afectando el derecho de objeción de conciencia entendida como una expresión de la libertad de conciencia consagrada en la Constitución, e impidiendo plenamente su ejercicio.





5. Medida para mejor resolver

A fojas 306 y 412, se agregaron los oficios Remitidos por la Subsecretaría de Salud Pública del Ministerio de Salud que, en respuesta a lo ordenado por esta Magistratura conforme al artículo 37 de su ley orgánica constitucional (a fojas 243), dan cuenta de cuáles son los establecimientos privados de salud que realizan prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón, y de cuáles tienen vigentes convenios suscritos conforme al DFL N° 36.

6. Cuaderno separado

En el expediente se abrió cuaderno separado, al cual se agregaron en calidad de antecedentes, una serie de presentaciones efectuadas por diferentes parlamentarios, ex ministros de estado, académicos, abogados, médicos, fundaciones e instituciones, en relación con el asunto debatido en autos.

7. Vista de la causa y acuerdo

Por resolución de 3 de diciembre de 2018 (fojas 417), se ordenó traer los autos en relación, y en audiencia de Pleno del día 6 de diciembre de 2018 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos de los abogados representantes de los H. Senadores requirentes, de los H. Diputados requirentes, y del señor Contralor General de la República. Con la misma fecha quedó adoptado el acuerdo y la causa en estado de sentencia (certificado a fojas 440).

Y CONSIDERANDO:

CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

PRIMERO: Que, este caso, dice relación con la autonomía de los cuerpos intermedios de la sociedad, no menos que con el vigor efectivo de las sentencias del Tribunal Constitucional.

Justamente, en procura de hacer eficaz lo resuelto por esta Magistratura en STC Rol N° 3729, que reconoció en forma amplia el derecho constitucional a la objeción de conciencia institucional, es que serán acogidos los requerimientos parlamentarios contra el Reglamento que coarta su libre ejercicio. En concreto, en el inciso segundo del artículo 13 del DS N° 67, del Ministerio de Salud, de 2018, aprobatorio del "Reglamento para ejercer la objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario", al reducir indebidamente su ejercicio sólo a aquellas instituciones privadas que no hayan suscrito convenios regidos por las disposiciones del DFL N° 36, del Ministerio de Salud, de 1980, o a las



que, habiéndolos suscrito, no contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón.

Para arribar a esta conclusión, a continuación (I) se reiterará el alcance de la referida sentencia previa del Tribunal Constitucional; enseguida (II) se incidirá en la objeción de conciencia como un derecho derivado de la autonomía de los grupos intermedios de la sociedad, así como de la libertad de asociación, adquiriendo -por ende- plena operatividad en todo el campo de la salud prestada por instituciones privadas; luego (III) se examinará el Reglamento cuestionado y el dictamen preliminar de la Contraloría General que le sirve de sostén; para terminar (IV) resumiendo las pertinentes conclusiones;

I. SENTENCIA PREVIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



SEGUNDO: Que corresponde en primer término recordar que por STC Rol N° 3729, de 28 de agosto de 2017, esta Magistratura declaró contraria al artículo 1° inciso tercero de la Carta Fundamental -que asegura la autonomía a los grupos intermedios de la sociedad- el hecho de que “en ningún caso” la objeción de conciencia podía ser invocada por una institución, como pretendía establecer el Proyecto de la Ley N° 21.030 sobre la interrupción del embarazo en tres causales, al incorporar un nuevo artículo 119 ter en el Código Sanitario (artículo 1°, numeral 3°, inciso primero).

Dado que, acorde con el artículo 94, inciso segundo, de la Constitución, las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales “no podrán convertirse en ley”, la norma del citado artículo 119 ter del Código Sanitario, para lo que interesa, nació al ordenamiento jurídico con el siguiente tenor: “La objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución”;

TERCERO: Que, en consideración a los términos amplios en que venía redactada originalmente dicha norma (“en ningún caso”), su posterior invalidación en razón de inconstitucionalidad, importó declarar que la objeción de conciencia puede ser invocada por una institución en todo caso.

En efecto, la estrecha vinculación que el mencionado veredicto hizo entre los artículos 1°, inciso tercero, y 19, N° 15, de Carta Fundamental que asegura la libertad de asociación, de donde dimana la objeción de conciencia institucional, permitió sostener a dicha STC Rol N° 3729 que el derecho de que se trata no puede ser objeto de condiciones o requisitos legales que impidan su libre ejercicio, al amparo de la garantía consagrada en el N° 26 del mismo artículo 19 constitucional;

CUARTO: Que, seguidamente, conviene precisar que la Ley N° 21.030, que despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, fue aprobada por esta Magistratura en condiciones tales que la objeción de conciencia institucional pudiera tener lugar de modo amplio y sin limitaciones.



Habida cuenta que la ley no puede ser instrumentalizada como un medio de dominación de unos contra otros, conforme manifestara dicha STC Rol N° 3729 (considerando 132°), la llamada objeción de conciencia institucional ha de entenderse pues como una fórmula equilibrada, que exime de ejecutar determinadas obligaciones legales cuando éstas repugnan las convicciones o ideario legítimo de una persona o entidad.

Cuya consecuencia natural es que este derecho no puede traer aparejado castigo o menoscabo alguno para quien lo ejerce;

QUINTO: Que, de consiguiente, la sola lectura del veredicto señalado daba elementos de juicio suficientes como para colegir que del DFL N° 36, de 1980, no puede imponer restricciones al libre ejercicio de tal derecho por parte de las instituciones de salud privadas. Tanto menos cuando se tiene en cuenta que la Constitución -en su artículo 64- prohíbe expresamente que los decretos con fuerza de ley puedan afectar las garantías constitucionales (inciso segundo).

Siendo de reparar que si un impedimento de esta índole ("en ningún caso") no pudo convertirse en ley, ni contenerse en un decreto con fuerza de ley, es obvio que tampoco podía cristalizar en un reglamento, como ahora intenta hacer el DS reglamentario N° 67, en su artículo 13, inciso segundo;

SEXTO: Que, de otra parte, necesario es puntualizar que esta STC Rol N° 3729 no tuvo por objeto determinar el concepto ontológico, filosófico o neuropsiquiátrico de la "conciencia"; como tampoco pronunciarse sobre los motivos que justifican el acatamiento a las leyes o las razones y modalidades de la desobediencia civil, según la extensa literatura en circulación.

Dos factores inciden en comprender dicho fallo dentro del marco estricto del Proyecto de la Ley N° 21.030.

El primero es que si el Proyecto de Ley decía que "la objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución", es porque el propio legislador entendió que la objeción de conciencia sí podía ser esgrimida por una institución. Pues no tiene sentido prohibir una conducta que de suyo no es posible realizar.

El segundo es que, lejos de cohonestar cualquier conducta insumisa, fue la propia normativa sobre el aborto la que contempló obligaciones susceptibles de generar una objeción justificada, como declaró este Tribunal;

SÉPTIMO: Que, ahora bien, tocante a la aplicación de dicho fallo en lo que viene, es útil considerar que si las acciones de salud se prestan a través de instituciones públicas o privadas según la Constitución (artículo 19, N° 9, inciso cuarto), y dado que estas últimas no se encuentran en el deber de practicar abortos por la Ley N° 21.030, de suerte que no necesitan acogerse a la objeción de conciencia institucional, corolario de todo lo anterior es que esta eximente ha de



tener cabida y recibir aplicación precisamente cuando el Estado pretende -como ahora- de alguna forma exigirles la ejecución de dicha acción.

No entenderlo así implicaría admitir la existencia de un derecho carente de toda funcionalidad real, lo que jurídicamente no se sostiene;

II. AUTONOMÍA DE LAS INSTITUCIONES PRIVADAS DE SALUD Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

OCTAVO: Que, desde la STC Rol N° 226, esta Magistratura viene pronunciándose uniformemente, en el sentido de reprobador toda interferencia estatal que no se conforme a lo dispuesto en el artículo 1°, inciso tercero, de la Constitución, según el cual, "El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos".

Fue en ese veredicto donde se asentó que el reconocimiento y amparo de los grupos intermedios o entes asociativos, es uno de los pilares básicos en la organización de la sociedad civil, y así lo establece, ya en su artículo 1°, la Carta Fundamental, garantizando al mismo tiempo su adecuada autonomía, a fin de permitirles, como células vivas de la sociedad, " la obtención de sus fines propios, contribuyendo de este modo a la riqueza de la trama social y, en último término, al bien común de la sociedad. Reconocimiento, amparo y garantía de su autonomía son los términos en que la Constitución se expresa a su respecto" (considerando 28° párrafo segundo).

Añadiendo que: "Dicha autonomía para cumplir con sus propios fines específicos implica la necesaria e indispensable libertad de esos grupos asociativos para fijar los objetivos que se desean alcanzar, para organizarse del modo que estimen más conveniente sus miembros, para decidir sus propios actos y la forma de administrar la entidad, todo ello sin intromisión de personas o autoridades ajenas a la asociación o grupo, y sin más limitaciones que las que impongan la Constitución" (considerando 29°);

NOVENO: Que, en STC Rol N° 184, argumentó igualmente que "la autonomía de los grupos intermedios -una de las bases esenciales de la institucionalidad- se configura, entre otros rasgos esenciales, por el hecho de regirse por sí mismos; esto es, por la necesaria e indispensable libertad para organizarse del modo más conveniente según lo dispongan los estatutos, decidir sus propios actos, la forma de administrarse y fijar sus objetivos o fines que desean alcanzar, por sí mismos y sin injerencia de personas o autoridades ajenas a la asociación, entidad o grupo de que se trata. No significa ello, en modo alguno, que puedan estos entes actuar de manera ilegal, dañosa o ilícita, amparándose en la referida autonomía, ya que de incurrir en excesos en su actuación quedan, obviamente, sujetos a las responsabilidades consecuenciales que toca a los



tribunales de justicia conocer, comprobar y declarar en el correspondiente debido proceso" (considerando 7º letra d).

En muchos otros fallos se ha ratificado esta línea jurisprudencial (STC roles N°s. 2358, considerando 19º; 2509 considerando 6º; 2731, considerando 28º, etc.). Pero especialmente en STC Rol N° 3729, donde a propósito de las instituciones privadas de salud se consignó expresamente que: "No es menos evidente, asimismo, que la objeción de conciencia puede ser planteada legítimamente por sujetos jurídicos o asociaciones privadas, con arreglo a la autonomía constitucional que a los grupos intermedios de la sociedad les reconoce la propia Carta Fundamental, artículo 1º, inciso tercero. La interposición de este legítimo reparo - adujo el Tribunal Constitucional- no se agota en el orden individual, puesto que también se extiende y propaga a las asociaciones destinadas a encarnar el mismo libre pensamiento, según se haya expresado en sus estatutos, idearios o declaración de principios rectores, acorde además con el derecho que asegura a todas las personas el artículo 19, N° 15, de la Constitución" (considerando 136º);

DÉCIMO: Que, de los pronunciamientos descritos, aparece que esta Magistratura ha perfilado la autonomía constitucional de los grupos intermedios y el derecho de asociación en términos que, en cuanto a su aplicación subjetiva, es amplia, pues se garantiza a todos los grupos intermedios, a través de los cuales se estructura y organiza la sociedad, y se asegura a todas las comunidades y personas jurídicas.

Y que, en cuanto a su contenido esencial -indisponible por el legislador- implica la necesaria e indispensable libertad de esos grupos para fijar sus objetivos, organizarse del modo que estimen más conveniente sus miembros, decidir sus propios actos y también la forma de administrarse, así como las reglas por las cuales han de regirse, sin intromisión ajena, sea pública o privada, salvo que infrinjan el ordenamiento jurídico o su propio estatuto.

Una autonomía y libertad de asociación que encuentra específica concreción en el artículo 19, N° 9, de la propia Constitución, cuando al asegurar el derecho a la protección de la salud, preceptúa que "Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas" (inciso cuarto);

DECIMOPRIMERO: Que, sobre este particular, conviene poner de resalto que la Constitución de 1980 innovó radicalmente respecto a la concepción estadocéntrica que inspiró a la Carta de 1925 e, incluso, al DL 1.552 aprobatorio del Acta Constitucional N° 3, de 1976.

En esta línea la LRC N° 17.398, de 1971, incorporó al artículo 10, N° 16, de la Carta de 1925, que "Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salud". Mientras que el AC N° 3, deslindó más precisamente quiénes habrían de actuar en el sector salud. En el artículo 1º, N°



19, previó que: "El Estado asume la responsabilidad de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá asimismo, la coordinación y control de las acciones integradas de salud".

Para enseguida destacar que "Es deber preferente del Estado la ejecución de acciones de salud, sin perjuicio de la libre iniciativa particular en la forma y condiciones que determine la ley";

DECIMOSEGUNDO: Que es de interés tener en cuenta que, bajo el imperio de esta AC N° 3, de 1976, se dictó el DFL N° 36, de 1980, en que se viene basando la autoridad para dictar el ahora cuestionado DS N° 67, de 2018.

Vale decir, este reglamento dice sustentarse en una ley que obedece a una concepción distinta a la que inspira la Carta Fundamental actualmente vigente, que no le asigna al Estado un rol "preferente" en la ejecución de las acciones de salud, sino que entrega esta gestión a "instituciones públicas o privadas";

DECIMOTERCERO: Que fue don Alejandro Silva Bascuñán quien anticipó, en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, que en la prestación de los servicios de salud cabía reconocer y fortalecer el rol de la medicina social, aunque sin llegar a monopolizarla, dado que en este campo también actúa el principio de subsidiariedad del Estado con relación a las actividades de los particulares (Sesión 187ª, celebrada el 10 de marzo de 1976, Actas pág. 6).

Por lo mismo, quien fuera también comisionada y además ex ministra del Tribunal Constitucional, doña Luz Bulnes, ha destacado que el objetivo tenido en vista al redactar el actual artículo 19, N° 9, constitucional, fue evitar la existencia de un sistema estatal único de salud, de un monopolio estatal de prestaciones de salud, permitiendo la coexistencia de sistemas de salud estatales y particulares (*El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980*, Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo N° 4, pp. 131-148).

El constituyente entendió así que, como en el ámbito de la salud, el Estado no puede satisfacer por sí mismo todas las necesidades colectivas, requiere la colaboración de instituciones privadas para garantizar el goce material del derecho constitucional a la protección de la salud, contribuyendo los particulares de este modo a la consecución del bien común (STC Rol N° 976, considerando 37º);

DECIMOCUARTO: Que, asimismo, el citado artículo 19, N° 9, de la Constitución prescribe que la ejecución de las acciones de salud puede prestarse por instituciones públicas o privadas "en la forma y condiciones que determine la ley", lo que descarta su establecimiento por vía reglamentaria.

Remisión a "la forma y condiciones que determine la ley" que, por otra parte, debe entenderse referida -para el caso en cuestión- a los términos que contempla la Ley N° 21.030, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del



embarazo en tres causales, cuyo sentido y alcance conforme a la Constitución fue establecido por esta Magistratura a través de la sentencia Rol 3729-17.

De modo que no corresponde que mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, donde se convoca a otra ley, se desconozca el alcance y contenido de la Ley N° 21.030 en materia de objeción de conciencia, contenido dentro del cual debe entenderse incorporado lo resuelto por este Tribunal.

Siendo de adelantar que, en todo caso, aquella otra ley que convoca el DS reglamentario N° 67, esto es el DFL N° 36 de 1980, admite una aplicación que se concilia perfectamente con todos los preceptos de la Carta Fundamental traídos a colación, como se demostrará más adelante;

DECIMOQUINTO: Que, adicionalmente, es útil anotar que el ejercicio de la objeción de conciencia institucional no irroga mengua alguna para el derecho a la vida e integridad física de la mujer involucrada, reconocido en el artículo 19, N° 1, de la Constitución.

Esto es así porque, según previene el mismo Reglamento, en su artículo 14, "si la mujer requiere atención inmediata e impostergable, invocando la causal del N° 1 del inciso primero del artículo 119 del Código Sanitario, el establecimiento que haya manifestado la objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo", causal que se materializa, justamente, cuando "La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida";

III. DECRETO REGLAMENTARIO Y DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

DECIMOSEXTO: Que, a despecho de todo lo anterior, el cuestionado DS N° 67 restringe indebidamente el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia institucional, al señalar, en su artículo 13, inciso segundo, que: "Los establecimientos privados de salud, que hayan suscrito convenios regidos por las disposiciones del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud, no podrán ser objetores de conciencia cuando contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones de pabellón".

Es decir, sin reducirse a reglamentar el Código Sanitario, el DS N° 67 hace comparecer un cuerpo legal extraño a la materia -el DFL N° 36, de 1980- con el objeto de estatuir un impedimento que ni siquiera se encuentra descrito expresamente en él. A este respecto el DS N° 67 se limitó a seguir los criterios sustentados por la Contraloría General en los Dictámenes N° 11.781 y N° 24.216, ambos de 2018.

Es así que dicho Decreto, emitido el 29 de junio de 2018, después de mencionar en su parte considerativa que "la objeción de conciencia podrá ser invocada por una institución" (5°), hace alusión a un dictamen expedido el 9 de



mayo de 2018: "Que, sin perjuicio de lo anterior, a través de su dictamen N° 11.781, de 2018, la Contraloría General de la República señaló que ciertas instituciones de salud no pueden ser objetoras de conciencia" (6°);

DECIMOSÉPTIMO: Que, desde luego, no corresponde al Tribunal Constitucional revisar el itinerario seguido, en esta oportunidad, por el Ejecutivo y la Contraloría General. Mas, sí le es dable observar que esa Entidad Fiscalizadora anticipó su parecer sobre el fondo del asunto, en circunstancias que ello solo podía hacerlo al tomar razón o representar el acto reglamentario de rigor, en conformidad con el artículo 99 de la Constitución Política.

Aquel Dictamen N° 11.781, de fecha 9 de mayo de 2018, no solo se circunscribió a indicar que los protocolos mencionados en el artículo 119 ter del Código Sanitario debían aprobarse por decreto reglamentario (capítulo I). Incursionando en la emisión de un juicio a priori, empero, y a pesar que se trataba de aspectos que debían examinarse precisamente con ocasión del trámite de toma de razón que estaba ordenando, allí mismo avanzó su criterio, en orden a que el DFL N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud, obstaba asilarse en la objeción de conciencia a las entidades privadas que celebraran convenios con los servicios de salud estatales (capítulo II), amén de que la objeción de conciencia -en su parecer- constituía una figura excepcional (capítulo III).

Así, se alteró el procedimiento constitucional previsto al efecto: comoquiera que el Ejecutivo no pudo impugnar el susodicho dictamen anticipatorio, expedido a solicitud de ciertos parlamentarios y entidades privadas, siendo obligatorio, debió invocarlo como sustento del reglamento. Al paso que la Contraloría General tomó razón pura y simplemente de él el 19 de octubre de 2018, en vez de haberlo representado y dar lugar a los mecanismos con que cuenta el Jefe de Estado para superar esta representación, según se trate de vicios de inconstitucionalidad o de ilegalidad;

DECIMOCTAVO: Que, despejado lo anterior y atinente al fondo de los argumentos vertidos en la especie por el Sr. Contralor General de la República, sea de apuntar que en el Tribunal Constitucional no resulta desconocida la "Teoría del Servicio Público" que ilustraría la interpretación del DFL N° 36, de 1980, al consagrar las normas aplicables a los convenios que celebren los Servicios de Salud estatales con las entidades privadas enumeradas en su artículo 1°.

Por lo mismo que esta Magistratura entiende que su origen se encuentra en Francia y obedece a los problemas que suscitó la implementación de la Ley Le Chapelier de 1791, que abrogó todos los cuerpos intermedios de la sociedad. De suerte que, ante la imposibilidad del Estado de asumir la gestión de todas aquellas funciones que éstos venían satisfaciendo con anterioridad y de otras que aparecen con la revolución industrial, la llamada Escuela de Burdeos, de inicios del siglo XX, junto con asignarles el rótulo de "servicio público" a dichas actividades, articula la figura de la "concesión de servicio público", como un contrato que permite al



Estado "delegar" en los privados su llevanza. Sin menoscabo de la facultad del Estado para disciplinar esa actividad y para rescatar su titularidad.

Supuestos que, como es posible advertir, no son del todo compatibles con el derecho público chileno, que parte por el deber del Estado de reconocer y amparar a los cuerpos intermedios de la sociedad, garantiza ampliamente la libertad de asociación, y permite *iure proprio* a las instituciones privadas participar en el quehacer de la salud, según se lleva explicado;

DECIMONOVENO: Que, ahora bien, sin desmedro de la prerrogativa del Sr. Contralor General de la República para interpretar las leyes y reglamentos que rigen a la Administración, con fuerza vinculante para ésta, el Tribunal Constitucional considera que el DFL N° 36, de 1980, admite un entendimiento diferente y plenamente ajustado a la Carta Fundamental.

En el sentido que, si en virtud de un convenio de salud -llámese "delegación, mandato u otra forma"- una institución privada "sustituye" a un servicio de salud estatal y obra "por cuenta" de él, al tenor del artículo 2° del DFL N° 36, esta transferencia lo es en relación únicamente a un determinado quehacer y no a un cierto modo de ser, en que se comunique a los privados la imposibilidad que pesa sobre el Estado de aducir la eximente comentada;

VIGÉSIMO: Que, si bien se ve, es con arreglo al propio DFL N° 36 que una tal sustitución implica que la institución privada asume voluntariamente la realización de "algunas de las acciones de salud que les corresponde ejecutar" a los Servicios de Salud estatales (artículo 1°), esto es, de "una o más acciones" específicas (artículo 2°) y quedando en el desempeño de éstas subordinada a las directrices que imparta el Ministerio del ramo. Pero de ello no se sigue que tenga que aceptar la ejecución de otras acciones, que escapan a su ideario, ni que tenga que renunciar a su identidad y al derecho a apelar a la objeción de conciencia institucional.

Un requisito de este talante no aparece -ni podría estar- entre las condiciones para contratar exigidas por el DFL N° 36, sin periclitarse la garantía del artículo 19, N° 26, de la Carta Fundamental;

VIGESIMOPRIMERO: Que, ahondando en el tema, procede enseguida reiterar que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, no puede ocasionar castigo o represión alguna en contra de la entidad objetora; menos cuando con ello no lesiona derechos ajenos ni perjudica el bien común general.

No causa perjuicio alguno a las mujeres que deseen interrumpir voluntariamente su embarazo, conforme antes se advirtiera (considerando 15° *ut supra*). Ni se resiente el principio de continuidad del servicio público, toda vez que los Servicios de Salud estatales retienen en tal caso la obligación de efectuar todas las acciones en que no han sido sustituidos por los privados;



VIGESIMOSEGUNDO: Que, por lo mismo, tampoco es admisible aducir que por percibir recursos públicos, dichas instituciones privadas de salud deberían abdicar de su ideario y resignar su derecho de objeción.

Es de elemental justicia conmutativa que el Estado únicamente habrá de sufragar, como contraprestación, por aquellas "una o más acciones" de salud que han sido ejecutadas merced al respectivo convenio (artículos 2º y 7º del DFL N° 36). Sin tener que solventar, por ende, suma alguna por concepto de interrupciones de embarazos que la institución privada co-contratante se ha negado legítimamente a practicar.

VIGESIMOTERCERO: Que, atingente a la alegación de que la objeción de conciencia sería una "excepción", considérese que -efectivamente- este derecho se reconoce como un título lícito para eximirse de una determinada obligación legal extrema, cuyo cumplimiento hiere los principios y creencias o convicciones legítimos de una persona, según razonara la STC Rol N° 3729.

Pero si a la voz "excepción" se le quiere dar un cariz de privilegio, de una anomalía que se apartaría de alguna regla general, con miras a validar una interpretación restringida de la objeción de conciencia institucional, es indiscutible que este propósito contraría radicalmente la STC Rol N° 3729, tantas veces ratificada en esta oportunidad.

Es que la majestad de la ley no puede considerarse ofendida cuando, desde la Constitución, se le impone el deber de respetar un derecho fundamental;

IV. CONCLUSIONES

VIGESIMOCUARTO: Que, merced a lo expuesto precedentemente en STC Rol N° 3729, así como en la presente STC Rol N° 5572 (5650), cuadra extractar las siguientes conclusiones:

1) La objeción de conciencia institucional, concretada en el Código Sanitario, artículo 119 ter, asume el carácter de un derecho con fuente constitucional, directamente derivado de la autonomía propia de los grupos intermedios de la sociedad y de la libertad de asociación.

2) No siendo este derecho contrario al bien común ni originando perjuicio a terceros, no está en la ley imponerle condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio, como tampoco gravarlo con sanciones u otra forma cualquiera de represión, que puedan inducir a su abdicación.

3) El DS N° 67, del Ministerio de Salud, de 2018, en su artículo 13, inciso segundo, prohíbe hacer lo que la Constitución permite.

4) Dicha prohibición reglamentaria carece igualmente de asidero legal. El Código Sanitario, al que accede, y el DFL N° 36, de Salud, de 1980, ambos cuerpos jurídicos trabados, favorecen una interpretación pro constitucional y a favor del derecho señalado;



VIGESIMOQUINTO: Que las conclusiones anteriores forman convicción en el espíritu del Tribunal Constitucional, en orden a que existen elementos de juicio calificado para declarar que el Decreto Supremo impugnado no solo infringe los artículos 1º, inciso tercero, y 19, N° 15, de la Constitución, sino que además no se conforma con la sentencia anterior Rol N° 3729, de este origen, expedida de acuerdo a derecho y en procura de infundir equilibrio jurídico en la aplicación de una compleja ley.

En estas condiciones, entonces, al acogerse la primera causal alegada por los senadores y diputados requirentes, resulta innecesario emitir pronunciamiento respecto a las demás objeciones de constitucionalidad invocadas.

Y VISTO, además, lo dispuesto en los artículos 6º, 7º, 93, inciso primero, N° 16º, e inciso decimonoveno, 94 y demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

1º. Que se acogen los requerimientos parlamentarios entablados en autos, en cuanto se declara inconstitucional el inciso segundo del artículo 13 del Decreto Supremo N° 67, del Ministerio de Salud, de 2018, que recoge el "Reglamento para ejercer la objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario".

2º. Que, en consecuencia, la norma antes referida, que expresa que "Los establecimientos privados de salud, que hayan suscrito convenios regidos por las disposiciones del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud, no podrán ser objetores de conciencia cuando contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones de pabellón", queda sin efecto, de pleno derecho, a partir de esta fecha y con el solo mérito de la presente sentencia.



DISIDENCIA

Los Ministros señores Gonzalo García Pino y Nelson Pozo Silva estuvieron por rechazar el requerimiento de fojas uno, teniendo para ello presente las siguientes consideraciones:

I.- CUESTIONES PREVIAS:

a.- Sobre la diferencia entre garantizar el orden institucional de la República y la supremacía constitucional.

1. Antes de abordar esta disidencia cabe reiterar una distinción que es fundamental en este caso. Hasta el año 2005 la función de "garantizar el orden institucional de la República" se contempló como una atribución de las Fuerzas Armadas y que permitía ejercer una dimensión tutelar de preservación de la institucionalidad de un modo tal que el constituyente la estimó incompatible con la democracia.
2. Sin embargo, no abrogó la función sino que la trasladó como un deber de todos los órganos del Estado (artículo 6, inciso primero de la Constitución). Con ello se resaltó una idea diferente. Que la suerte del ordenamiento institucional depende de la conducta leal, comprometida y de defensa del mismo ordenamiento por parte de todos los órganos del Estado. Esto está lejos de disminuir el pluralismo, la heterodoxia o la discrecionalidad política, puesto que es la propia Constitución la que preserva los espacios institucionales para el desarrollo democrático, incluso para criticar el ordenamiento vigente.
3. Pero "garantizar el orden institucional de la República" no es responsabilidad excluyente del Tribunal Constitucional. A no dudarlo, a éste le toca un importante papel, pero no totaliza las funciones de otros. Por lo mismo, esta tendencia a que todos los asuntos deriven hacia el Tribunal Constitucional revela un modo de ejercicio de la función de garantizar el orden institucional que termina debilitando al propio Tribunal, desgastándolo en conflictos que pueden ser resueltos por otras vías que la propia Constitución contempla.
4. No eludimos nuestro deber porque ya lo hemos asumido demasiadas veces. Pero no resulta razonable que cuando la Constitución da una salida con una fórmula precisa y clara se tienda a evadir su fórmula natural y se recurra en extremo al Tribunal Constitucional. El caso planteado en autos es uno de ellos.
5. El origen de este conflicto, según lo reconocen los propios requirentes a fs. 9 del requerimiento 5572 y a fs.3 del requerimiento 5650, reside en el



Dictamen de la Contraloría General de la República N° 11.781-18, de 9 de mayo de 2018, que determinó que las instituciones colaboradoras como instituciones privadas de salud eran parte de un ejercicio de una función estatal realizando una tarea de delegación que le impedía objetar como institución. La posibilidad de representación del Decreto Supremo, que ejecutaba la Ley N° 21.030 en lo que dice relación con la objeción de conciencia, era una hipótesis realista. Y para este conflicto, la Constitución prevé el artículo 99 que dispone un mecanismo de resolución de la representación: el decreto de insistencia. Este es una carta de triunfo en la medida que no se represente por inconstitucional el decreto, cuestión que no aconteció. Por lo mismo, este caso no debió haber llegado hasta esta judicatura.

6. La identidad de asumir que "garantizar el orden institucional de la República" y la defensa de la "supremacía constitucional" residen monopólicamente en el Tribunal Constitucional, sitúa a este órgano frente a una función imposible de cumplir, puesto que aparece sustituyendo decisiones de otros órganos que pueden ser asumidas por competencias que directamente le entrega la Constitución. No todos los conflictos los resuelve el TC, de lo contrario los conflictos acabarían con la propia idea de control concentrado de constitucionalidad.

b.- El Decreto Supremo N° 67, del Ministerio de Salud, de 23 de octubre de 2018.

7. En esta causa se cuestiona solo el inciso segundo del artículo 13 del DS N° 67, del Ministerio de Salud, de 23 de octubre de 2018. Transcurridos los plazos vigentes, al limitarse sólo a ese inciso, las demás normas ya no fueron cuestionadas en sede constitucional (artículo 93, numeral 16° de la Constitución).
8. El examen de las demás normas que quedan a firme puede ayudar a precisar los criterios de desarrollo de la objeción de conciencia y constata el impedimento de volver a debatir cuestiones que pudieron haber sido impugnadas en esta oportunidad. Estas normas definen objetivos, regulan la objeción de conciencia personal e institucional, identifican el deber de reasignación y determinan un régimen de sanciones a su incumplimiento.
9. **A.- Objetivos.** El decreto tiene un **objetivo finalista** que es "regular el ejercicio de la objeción de conciencia" para "asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción voluntaria de su embarazo, de conformidad con el artículo 119 ter del Código Sanitario".



10. B.- La OC personal. Está regulada la objeción de conciencia como un ejercicio interpretativo restrictivo de una facultad de determinado personal lo que se deriva de su procedimiento, de sus características y de sus límites.

11. En las características de la OC personal se destaca que debe ser una decisión de la conciencia meditada por escrito (artículo 3°); bajo reglas abstractas que se derivan de una conciencia no improvisada al ser necesariamente previa (artículo 3°); razonada por fundamentos de conciencia específicos según la causal invocada sin que pueda ser presumida y extensible a otras (artículos 3° literal f) y 6°); formalmente consciente (con copias según lo define el artículo 3°) y como una manifestación externa de una decisión seria ante el Director del establecimiento (artículo 3°). La seriedad de la decisión debe abarcar a todos los lugares en donde trabaja por ser una manifestación de una conciencia que opera integralmente y no disociadamente producida por otros intereses. Lo anterior, deriva en el deber de comunicar las retractaciones (artículo 11°). Finalmente, el Director del establecimiento debe aprobar cumplidas las formalidades y el procedimiento indicado (artículo 4°).

12. C.- La OC personal tiene límites regulatorios. Una de las manifestaciones de la objeción de conciencia es que ésta tiene límites temporales, espaciales, formales y por causales. Algunos de ellos se deducen de la configuración regulatoria de la objeción de conciencia y, por ende, son el resultado de su formalización. En primer lugar, ya habíamos expresado que debe ser previa. Sin embargo, esa indefinición temporal nos indica que no se puede manifestar ex ante de un procedimiento de una prestación médica autorizada. Por ende, la OC debe ser un mecanismo regulado con gran antelación y difusión. No alcanza a "actos de información ni de diagnóstico, toma e informes de exámenes" (artículo 9°). De lo que se deduce que la OC no impide, sino que exige el tratamiento previo, necesario y suficiente de una prestación médica autorizada por aborto antes de la intervención en pabellón. ¿Cuánta antelación? Estimaríamos que la suficiente que asegure los otros deberes que la ley impone. En segundo lugar, también abarca a los actos previos de la reasignación con otro profesional no objetor o la derivación a otro establecimiento. En tercer lugar, se ratifica que la objeción sólo puede asociarse a un determinado lugar: el pabellón (artículo 2° literales ii). En cuarto término, hay un límite formal, en orden a que un objetor debe cumplir formalidades para ser calificado como tal pero no debe satisfacerlas cuando se retire de esa condición. Por ende, existe una amplia retractación por la vía formal como por la vía de hecho si es que decide intervenir en un procedimiento frente al cual tenía una objeción vigente (artículo 8°).



- 13. La OC personal y sus límites sustanciales.** Hay dos límites. El primero, identificado en la Ley N° 21.030 que regula una restricción sustancial de la objeción de conciencia y que es reiterado en el reglamento, en el caso que la mujer requiriese "atención inmediata e impostergable, y se encontrare en la causal del N° 1 del inciso primero del artículo 119 del Código Sanitario" (riesgo de vida de la madre) en cuyo caso "no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo, cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la misma intervención" (artículo 2°).
- 14.** El segundo límite es uno no predeterminado en la Ley N° 21.030 y regulado en el reglamento que se deduce de una explicación lógica de la realidad médica. Tiene que ver con los actos posteriores a la interrupción del embarazo puesto que no puede haber objeción de conciencia que abarque los "cuidados posteriores al procedimiento de interrupción del embarazo, sea que éstos últimos se requieran regularmente en el procedimiento, o bien, su necesidad de entregarlos surja de complicaciones en la condición de salud de la mujer" (artículo 9°). Aquí no puede reflejarse una OC por ninguna de las causales puesto que en la interrupción del embarazo no participó ningún médico. Por cierto, que abarca las complicaciones médicas que son producto de la intervención médica por causales autorizadas o por el efecto de la acción de urgencia antes indicada. Sin embargo, hay que ponerse en el evento de que la paciente llegue a un establecimiento médico con un embarazo en proceso de interrupción o ya interrumpido.
- 15. D.- Estatus de la acción de conciencia.** En materia de OC personal el reglamento concluye con dos cualificaciones. Primero, que el acto de objetar como el de abstenerse de hacerlo tienen igual valor normativo, puesto que a ambas condiciones las pone como actos respecto de los cuales no puede haber discriminación. Asimismo, protege de la estigmatización por serlo o no serlo. Y, en segundo lugar, la declaración de objetor es un dato privado sujeto a la protección de la Ley N° 19.628 sobre datos personales.
- 16. E.- La OC institucional.** El reglamento destina diez artículos a regular el procedimiento de la objeción institucional, los requisitos que deben cumplimentar los establecimientos médicos, la existencia conjunta de OC personales e institucionales, las instituciones impedidas de objetar, los efectos de la OCI y los deberes de las instituciones.
- 17. F.- Las instituciones objetoras y las que no.** La Ley N° 21.030 en el artículo 19 ter del Código Sanitario establece que puede invocar la OC "una institución" sin que el legislador la defina, siendo sólo el Tribunal Constitucional el que la perfila "parcialmente" en la STC 3729/2017. Este reglamento se aboca a la tarea de identificar cuáles serían esas



“instituciones” utilizando el mecanismo de cuáles no pueden objetar. Para ello, podríamos decir que hay una clasificación que distingue tres tipos de establecimientos. Los que no pueden invocarla y que serían a) “los establecimientos públicos de salud” (inciso primero del artículo 13 del reglamento) y b) “los establecimientos privados de salud que hayan suscrito convenios regidos por las disposiciones del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud”. Y, finalmente, como categoría no explicitada estarían c) los “establecimientos privados de salud sin esos convenios” los que podrían invocarla aun cuando nada diga al respecto el reglamento.

18. G.- Procedimiento para la declaración de la OCI. Para que una institución pueda declararse objetora ha de proceder conforme a un procedimiento administrativo conducente a la obtención de su reconocimiento mediante un acto administrativo (artículo 16°) la que sólo se debe limitar a un examen de cumplimiento de requisitos legales y reglamentarios. Los requisitos se refieren a la identidad de la persona jurídica, su representación, los establecimientos o las sedes a las que abarca y en lo que nos atañe a la manifestación de la conciencia “copia legalizada del acuerdo adoptado por los órganos competentes, de conformidad a los estatutos sociales de la persona jurídica, donde se acuerde ser objetor de conciencia” (inciso 4°, literal b) del artículo 15 del reglamento). Asimismo, se ha de indicar la o las causales por la cual se declara la objeción.

19. H.- Efectos de la OCI sobre los derechos de las mujeres. Se trata de una decisión previa y formal que exige una difusión pública tanto del Ministerio de Salud como del propio establecimiento (artículo 17°).

20. En cuanto a los derechos de la mujer la OCI no exime de otras obligaciones produciéndose una novación de éstas. De esta manera, debe identificar el diagnóstico y la información de la situación de salud; debe entregar información veraz sobre su situación de salud, conforme a los artículos 8 y 10 de la Ley N° 20.584; debe informar verbalmente y por escrito de alternativas al aborto como el plan de acompañamiento de un modo tal que no implique coacción. Finalmente, reenvía el deber de reasignación y derivación a un título específico del reglamento (artículo 21°). La derivación le implica al establecimiento de salud que “deberá establecer un procedimiento específico para la oportuna y expedita derivación de las mujeres que solicitan interrupción voluntaria del embarazo (...). En cumplimiento de lo anterior, el establecimiento adoptará todas las medidas necesarias para que el ejercicio de la objeción de conciencia no afecte de modo alguno el acceso, la calidad y la oportunidad de la prestación médica de interrupción del embarazo” (artículo 25°).





- 21.** Del examen somero de estas obligaciones no se visualiza cómo la institución debe informarle de la reasignación a otro profesional, salvo que se trate de una OCI limitada a determinadas causales y que la paciente concurra por otra en dónde, a su vez, existan médicos objetores. Solo en esta circunstancia podría generarse un deber de reasignación para una institución objetora, regla que se podría deducir del artículo 25 del reglamento.
- 22. I.- Límite de la OCI.** El más importante y que limita sustantivamente la OCI es que "si la mujer requiere atención inmediata e impostergable, (por la causal de riesgo vital para la madre), el establecimiento que haya manifestado la objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo" (artículo 14°).
- 23. J.- Otras reglas para la OCI.** El reglamento regula la extensión a otras causales y el derecho de retractación de un modo similar que para los médicos objetores.
- 24. K.- Compatibilidad entre la OC personal y la institucional.** El reglamento regula la concurrencia normativa de OC personales e institucionales reafirmando algunos criterios. Primero, que operan de un modo independiente. Segundo, que la suma de OC personales no implican la voluntad de la institución. Tercero, que "en ningún caso" la institución o sus directivos pueden "exigir, presionar o establecer cualquier tipo de consecuencias o incentivos" para la manifestación de la OC. Cuarto, que la OCI debe respetarse por parte de sus integrantes.
- 25. L.- Régimen sancionatorio.** Finalmente, el reglamento deriva al Título X del Código Sanitario y a la Ley N° 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes las sanciones que se deriven de las infracciones relativas a los deberes expresados a lo largo de la Ley N° 21.030 y su reglamento. Lo anterior, no es óbice para perseguir otras responsabilidades añadidas.
- 26. Criterios interpretativos que se deducen del reglamento en la parte no objetada.** El objetivo de este análisis no es meramente descriptivo sino que interpretativo. Por lo mismo, entendemos que se deducen los siguientes criterios: **1) Interpretación restrictiva de las OC.** Esta dimensión restrictiva se deriva del formalismo para invocarlo y de la facticidad para desestimar la OC. Tanto el criterio finalista del reglamento ("para asegurar la atención médica de las pacientes"), la regulación de la retractación, la improcedencia de la presunción de objetor y acotamiento de la hipótesis a causales y lugares determinados. **2) La interpretación no puede privar de eficacia a las prestaciones médicas autorizadas.** Por lo mismo, opera en todas las



hipótesis la causal de riesgo vital de la madre como una circunstancia que exige la interrupción del embarazo por sobre cualquier OC que se plantee (artículos 2° y 14°). El objetivo final de la regulación es que “el ejercicio de la objeción de conciencia no afecte de modo alguno el acceso, la calidad y la oportunidad de la prestación médica de interrupción del embarazo” (artículo 25°).

3) El respeto de las decisiones de conciencia de las personas. La regulación tiene por objetivo cautelar las decisiones de las personas involucradas en un procedimiento de interrupción del embarazo. Por lo mismo, esta decisión de la conciencia individual no puede ser objeto de estigmatización o discriminación (artículo 10) así como de la condición de dato personal de tal carácter (artículo 11). Aunque lo sostiene como principio rector la idea de la independencia de las OC, resulta claro que la OC personal no subordina la OCI. Sin embargo, al revés parece que queda subordinada la OC personal a la OCI puesto que ni siquiera regula la hipótesis de la reasignación a otro profesional cuando puede acontecer y no se identifica una regla de protección laboral al interior de instituciones objetoras.

4) Derechos fundamentales para las personas jurídicas. Al descartar la OC para las instituciones públicas (artículo 13), este reglamento inscribe la OC en el ámbito de los derechos fundamentales de las personas jurídicas. Por lo mismo, pone énfasis en que para proceder a su reconocimiento como derecho subjetivo se ha de identificar a una conciencia que exprese que “se acuerda ser objetor de conciencia”, todo ello “de conformidad a los estatutos sociales de la persona jurídica” (artículo 15).

27. Insuficiencias regulatorias del reglamento. Una de las cuestiones objetadas por los requirentes es que el reglamento se introduciría en los dominios de la reserva legal al abarcar otras cuestiones no reguladas por la Ley N° 21.030. Sin perjuicio que más adelante retomaremos tal argumento, por ahora, cabe identificar algunos de los vacíos de esta reglamentación. Ya dijimos que no se regula el deber de reasignación profesional cuando hay personal objetor por causales diferentes a las invocadas por una institución. Ni tampoco el deber de protección laboral de los no objetores al interior de instituciones objetoras. Tampoco regula la invocación de la OC cuando abarque a procedimientos que no involucren una intervención en un pabellón quirúrgico. En cuanto al deber de derivación hacia otro establecimiento de salud, esta normativa involucra un genérico “procedimiento específico para una oportuna y expedita derivación”, sin que se especifique la naturaleza de las obligaciones de derivación (quién la realiza, con cargo a quién, dentro de qué radio, bajo qué modalidades, etc.). Asimismo, pese a que se inserta esta legislación dentro de los derechos y deberes de los pacientes no existe referencia alguna a los Comités de Ética que podrían facilitar la ponderación de los casos críticos. Sin embargo, la más relevante de las omisiones es que el Ejecutivo decide regular la objeción



de conciencia institucional de un modo indirecto, clasificando por convenios y omitiendo criterios de derechos fundamentales, en circunstancias que debió apelar a la estructura esencial de las instituciones que pueden manifestar una conciencia de un modo que refleje directa e inequívocamente las creencias de los individuos que configuraron esos establecimientos de salud como extensiones de esas convicciones. Esta dificultad no puede obviarse y será fuente de futuros conflictos normativos.

II.- EL REPROCHE AL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 13 DEL DS N° 67.

28. Los senadores requirentes cuestionan, de conformidad con el artículo 93, número 16 de la Constitución, una parte del Reglamento para ejercer la Objeción de Conciencia dispuesta en el artículo 119 ter del Código Sanitario. En efecto, el Decreto Supremo N° 67 del Ministerio de Salud de 23 de octubre de 2018, dispone en el inciso segundo del artículo 13 de dicho reglamento que:

"Los establecimientos privados de salud, que hayan suscritos convenios regidos por las disposiciones del Decreto con Fuerza de Ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud, no podrán ser objetores de conciencia cuando contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón"

29. Esta norma impide a determinadas instituciones privadas de salud que puedan invocar la objeción de conciencia institucional siempre que se encuentren en la siguiente hipótesis:

- a) Que hayan suscrito convenios con el Sistema Nacional de Servicios de Salud de conformidad con el DFL N° 36 de 1980.
- b) Que realicen prestaciones médicas obstétricas y de ginecología.
- c) Que estas prestaciones involucren atenciones de pabellón.

Por ende, se trata de instituciones médicas de mediana complejidad puesto que deben contar con un tipo de pabellón que abarque estas prestaciones médicas las que no son de cirugía menor.

30. Este precepto reglamentario afectaría los siguientes derechos constitucionales por las siguientes razones:

- a) La autonomía de los cuerpos intermedios vulnerando los artículos 1°, inciso 3° y 5°, en relación con el artículo 19, numeral 15° de la Constitución, puesto que la colaboración con el sector público no "estataliza" a estas instituciones e incluso las propias instituciones estatales podrían invocar esta objeción. Además, se trataría de la configuración de un "permiso previo" para una asociación, que afecta



su autonomía y su capacidad de escoger sus fines específicos transformando su ideario de defensa. Todo ello, es contrario a la STC 3729, c. 132°.

- b) La libertad de conciencia, especialmente en su vertiente objeción de conciencia, reconocida en el artículo 19, numeral 6° de la Constitución. Lo anterior, porque la objeción de conciencia es un derecho fundamental implícito que por afectar convicciones íntimas de la persona no puede ser vulnerada ya que afectaría su esencia al establecerse una limitación a la misma, reconocida a su vez en el artículo 19, numeral 26 de la Constitución. La esencia de la objeción es liberarse de una obligación legal.
- c) La reserva legal, identificada en el artículo 19 numeral 26° de la Constitución, puesto que la norma que impone la limitación es de naturaleza reglamentaria y no legal. Si no puede afectar su esencia menos podrá regularla y limitarla. Es la Ley N° 21.030 la que reconoce a la institución como sujeto activo de la objeción y es esta norma reglamentaria la que afecta su derecho de propiedad sobre contratos con el Estado los que son libremente consentidos con él. Se impone la prestación básica de aborto por tres causales como contrato de adhesión. Incluso modifica el DFL N° 36, de 1980, que orienta la tarea privada, como sustituto estatal, a una o más acciones de fomento. Con ello, abarca la obligación de prestar abortos mediante atenciones ambulatorias.
- d) La igualdad de oportunidad y la igualdad ante la ley de las instituciones privadas, reconocidas en el artículo 1, inciso 5°, 19 numeral 2° en relación con el artículo 19, numeral 9° de la Constitución. El juicio de igualdad implicaría que la finalidad de realizar estas prestaciones médicas de aborto se extienden del Estado a sus organismos "sustitutos". Con ello, hay dos tipos de instituciones privadas: las que reciben aportes estatales y las que no. Las primeras vedadas de realizar la OCI y las segundas con dicho derecho. Incluso más, hay instituciones privadas que reciben subsidios estatales que por no realizar este tipo de prestaciones tienen derecho a invocar esta OCI. La diferenciación es arbitraria porque obliga a cambiar de naturaleza a las instituciones privadas, porque les cercena derechos (esencia de la objeción de conciencia y naturaleza privada de las asociaciones) para ajustarse a la norma y porque vulnera el debido pluralismo que debe existir en el respeto de los idearios, algunos con derecho a objetar y otros carentes de este derecho.



III.- PARÁMETRO CONSTITUCIONAL INCIERTO E INFUNDADO.

31. Sostendremos que este es un caso en donde se realiza un control de constitucionalidad basado en un parámetro de control incierto e infundado. Incierto porque impide generar certezas jurídicas básicas para todos los actores sometidos a los dilemas que implican la invocación de la objeción de conciencia por parte de personas jurídicas, e infundados por cuatro razones que detallaremos. Primero, porque se trata de una decisión pretoriana de este Tribunal adoptada en dos sentencias de un modo desregulado. Segundo, porque configura una objeción de conciencia para personas jurídicas sin recurrir a los mecanismos constitucionales que permiten adscribir derechos a éstas. Tercero, porque construye una objeción de conciencia doblemente ilimitada. Por una parte, al indicar que carece de límites y además porque la desvincula de su origen natural en la libertad de conciencia. Y, finalmente, porque el resultado de su decisión estatuye una novedad mundial: una objeción de conciencia para personas jurídicas de alcance general y concebida como derecho fundamental.

1.- Sentencias aditivas que propician una objeción de conciencia desregulada.

32. El TC en la STC 3729, entre los considerandos 122° hasta el 138°, y en la presente sentencia Roles 5572 y 5650 (acumulados), desarrolla los dos momentos configuradores de una nueva realidad jurídica antes inexistente. No es que estas sentencias trajeran a la luz supuestos constitucionales que estaban previamente determinados tanto por el constituyente como por el legislador. Incluso, ni siquiera se trata de supuestos implícitos que se tornan explícitos. Sin la intervención del TC no existiría la objeción de conciencia institucional en la Constitución y menos en la Ley N° 21.030.

33. La afirmación establecida en la sentencia Rol N°3729(3751)-17-CPT, en su motivo centésimotrigésimosexto, que fundamenta el fallo de mayoría en la presente causa (considerando sexto), no resulta suficientemente respaldado en cuanto a que la objeción de conciencia institucional emanaría de un presunto entendimiento que podía ser esgrimida por una institución (titularidad o legitimación procesal), circunstancia que no tiene base, tomando en consideración que se establece como una verdadera fuente formal del derecho el referido precedente Rol N°3729(3751)-17-CPT, sin tener esta Magistratura competencia para generar derechos, esto es, ser un legislador positivo.

34. Siguiendo en esta materia al profesor Andrés Ollero "Así, tras aludirse – como llega a parecer preceptivo- a la "independencia y autonomía judicial" y a la sujeción exclusiva del juez a la legalidad", para derivar de ellas "la



imposibilidad de exigir del juzgado un mantenimiento indefinido de sus propios precedentes”, se apela nada menos que a la “dinámica jurídica” y a la “razonable evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad” que lleva consigo, para concluir apostando por “la libertad de cada órgano judicial para modificar sus propios criterios.”(Ollero, Andrés, Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, año 2005, p. 94) Y continúa señalando que “Se crea un falso problema – ya que nadie plantea un mantenimiento indefinido de los precedentes- para justificar una falsa solución. No hay independencia del juez respecto al derecho, del que la Constitución es humus básico. Si la legalidad sólo cobra vigencia en la medida en que el intérprete explicita su sentido, no se la respeta si se abandona irrazonadamente el sentido vigente, plasmado en el precedente judicial. Para que la dinámica jurídica sea en realidad razonable evolución, y no zigzaguo caprichoso o caos inadvertido, es preciso exhibir razones a la hora de apartarse de lo decantado como razonable.”(Ollero, op. cit. p. 95).

- 
- 35.** Esta nueva realidad normativa implica que el TC procedió por medio de sentencias aditivas de contenido estructural. Aditivas por identificar una realidad nueva a partir del control de constitucionalidad de un proyecto de ley en donde se pidió la declaración de inconstitucionalidad de todo el proyecto de ley sobre interrupción del embarazo en tres causales específicas incluyendo la objeción de conciencia personal que el legislador había definido. No estuvo solicitado por los requirentes en la Causa Rol 3729 que se creara la objeción de conciencia institucional puesto que lo solicitado era impedir toda causal de interrupción del embarazo. No hay peticiones subsidiarias en caso de declaraciones de constitucionalidad parcial como aconteció definitivamente. En consecuencia, es una decisión pretoriana del Tribunal crear la objeción de conciencia para personas jurídicas, mal llamada objeción de conciencia institucional.
- 36.** Y se trata de una sentencia no solo aditiva para convertir la expresión “en ningún caso” en una autorización para personas jurídicas, sino que estimativa de conductas que irían más lejos al identificar, más allá de la ley, su opuesto, esto es, que “en todo caso” procedería tal objeción.
- 37.** Y ahora los efectos aditivos se traducen en la regulación ejecutiva de esa objeción de conciencia que pasa a ser cuestionada en la norma reglamentaria que la implementó. Por ende, esta segunda sentencia cierra la regulación de la objeción de conciencia en su vertiente indiferenciada de personas jurídicas. Termina por crear una estructura aditiva de soporte a un instituto no reconocido por el constituyente ni por el legislador. Con ello, legisla más allá de la sombra de la Constitución.



38. Para estar en la penumbra del radio de proyección constitucional hay que resolver variados supuestos jurídicos. Primero, que la objeción de conciencia tenga base constitucional. Segundo, que la objeción de conciencia sea un derecho acorde a la naturaleza de las personas jurídicas a partir de un examen del epígrafe del artículo 19 de la Constitución. Tercero, que esa titularidad eventual se traduzca en un título específico acorde a las diversas personas jurídicas con estatutos regulatorios diferentes en la Constitución. Cuarto, que la objeción de conciencia se inserte, finalmente, en una estructura de límites a los derechos fundamentales como una realidad que a su vez es objeto de limitación.

39. Salvo el primer punto de partida en que se entiende, más que se explica, el fundamento constitucional de la objeción de conciencia, los pasos siguientes no tienen ninguna explicación plausible ni en la STC 3729 ni en la actual por lo que las convierten en sentencias aditivas regulatorias que imponen una versión ilimitada de la objeción de conciencia para otra versión ilimitada e indiferenciada de estatutos de personas jurídicas que reconoce la Constitución. Una sentencia aditiva de esta naturaleza, con poderes regulatorios de trazo grueso por parte del TC, indudablemente se traducirá en un conjunto de vacíos que los actores pretenderán que sean llenados por nuevas decisiones del que creó esta figura. Eso ya determina cuán exorbitante son estas decisiones. Esto es lo que convierte a estas sentencias en un título para legislar y cómo su legislador natural no lo previó, ha sido el Poder Ejecutivo el que ha interpretado estas reglas con un criterio de extensión de los dilemas de objeción de conciencia personal, aplicados a estos problemas. Sin embargo, nada puede sustituir al legislador positivo en la regulación de reglas y casos que tarde o temprano deberá llenar estos vacíos y contradicciones.

40. Como el TC creó esta figura jurídica excepcionalísima cabe considerar que la actuación de éste en su reconocimiento deba ir rodeada de la ponderación suficiente que permita que su inserción en el ordenamiento jurídico no genere más efectos inconstitucionales que los que trata de precaver.

2.- Derechos adscritos a personas jurídicas sin un examen de la naturaleza de éstas.

41. La Sentencia 3729/2017 no realizó una correcta atribución de derechos a las personas jurídicas. En esto hay pasos metodológicos que no pueden soslayarse. Por un lado, resultaba claro que los requirentes dan por supuesto algo que no es tan evidente, que la OCI es el resultado de un ejercicio de un derecho fundamental de una persona jurídica. Sin embargo, cabe detenerse y analizar este equívoco punto de partida.



42. Nuestra Constitución no contempla una norma que especifique el alcance de los derechos fundamentales de las personas jurídicas, lo cual genera gran controversia por la ambigüedad de su reconocimiento. Para dilucidarlo cabe recurrir al derecho comparado.
43. La Ley Fundamental de Bonn de 1949 contempla para el ordenamiento alemán un reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales para las personas jurídicas de un modo expreso. "Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas".
44. Del mismo modo, la Constitución de Portugal de 1976, de clara recepción germánica, adoptó su propia cláusula en el artículo 12.2 de su texto fundamental en los siguientes términos: "*Las personas jurídicas gozan de los derechos y están sujetos a los deberes que sean compatibles con su naturaleza*".
45. Estas disposiciones atienden a tres elementos característicos. Primero, que las personas jurídicas sí tienen derechos fundamentales. Segundo, que no sabemos cuáles son y que éstos se deducen de un ejercicio interpretativo. Tercero, que dicha interpretación debe desentrañar que sí tienen esos derechos porque son compatibles con la naturaleza de las personas jurídicas.
46. La norma que permite el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas en Chile es el epígrafe del artículo 19 que indica que: "*La Constitución asegura a todas las personas*". Esta expresión nos deja en la misma posición que tiene el Tribunal Constitucional Federal alemán o el Tribunal Constitucional de Portugal, puesto que sólo responde la primera pregunta. Efectivamente las personas jurídicas tienen derechos fundamentales pero no sabemos cuáles son. Para desentrañar su alcance hay que realizar una tarea interpretativa doble: primero, analítica y luego atributiva. La dimensión analítica debe contrastar la naturaleza del derecho y verificar la compatibilidad del mismo con las personas jurídicas de un modo tal que no quepa duda que le pertenecen. Y como corolario se realiza una función atributiva de derechos fundamentales configurándolo como tal. Por cierto, que esta función adjudicatoria no impide que el legislador le atribuya derechos a las personas jurídicas, los que de no probarse su compatibilidad con un derecho fundamental, carecerían de tal carácter.
47. En la Sentencia Rol 3729 se realizó una tarea genérica de identificación de derechos de las personas jurídicas en el contexto de atribución de la objeción de conciencia. Por el contrario, no se realizó una función analítica, según la



naturaleza de cada persona jurídica. Se enfatizó una dimensión de extensión de tres modalidades de personas jurídicas: una con ideario religioso (propia del artículo 19, numeral 6°). Otra con ideario educativo (propia del numeral 11° del artículo 19) y una final, con una identidad definitoria de fines generales en el marco de la libertad de asociación (artículo 19, numeral 15° de la Constitución). Por ende, no es razonable sostener que se realizó una función analítica y atributiva de derechos puesto que tal tarea no fue completada en su momento, salvo que se sostenga que los numerales 6°, 11° y 15° del artículo 19 de la Constitución están en la misma posición iusfundamental.

48. Lo anterior, nos exige repasar las fórmulas y criterios que ha adoptado el Tribunal Constitucional Federal alemán a la hora de resolver el mismo tipo de problemas. De acuerdo, a esta jurisprudencia y a su explicación doctrinaria, la cuestión analítica clave es precisar cuándo nos encontramos frente a un derecho fundamental que puede ser invocado por parte de una persona jurídica. Para ello adoptó un conjunto de criterios que permiten decir que las personas jurídicas no son poseedores de los derechos fundamentales que exijan un interés protegido determinante invocados por personas que requieran de sus cualidades humanas esenciales para ejercerlas.
49. Por ende, hay una categoría que podríamos identificar como derechos humanísimos, siguiendo las categorías germánicas, puesto que solo personas naturales pueden reivindicarlos en el marco de su existencia física. Estamos hablando, de acuerdo a esa jurisprudencia, de la invocación de la dignidad humana, del derecho a desarrollar la libre personalidad, del matrimonio, del cuidado personal de los hijos, del derecho de los padres a educar a sus hijos, de la extradición, de la prohibición de trabajos forzados, entre tantos otros. Y de la libertad de conciencia (artículo 4.1 de la Constitución alemana) como de la objeción de conciencia (artículo 4.3 de la Constitución alemana). [Michael Sachs (2014), Grundgesetz. Kommentar, CH Beck, München, pp. 769-775]. Las sentencias del TC alemán son BverfGE 19, 206 (215), BverwGE 64, 196 (198). En síntesis, para una entidad jurídica con un objetivo económico, la libertad de conciencia (GG Art 4 Abs 1) no se aplica por su naturaleza (Art 19 Abs 3 GG, ver BVerfG, 1977-02-17, 1 BvR 33/76, BVerfGE 44, 103 <104>), la cuestión ha quedado abierta en BVerfG, 1965-12-14, 1 BvR 413/60 y otros, BVerfGE 19, 206 <215>). En cambio, si la libertad de conciencia no se puede reconocer naturalmente a las personas jurídicas, puede que la atribución de la misma permanezca abierta. En cualquier caso, para definir ese tipo de cuestiones o como en el caso de la capacidad jurídica fundamental de las personas jurídicas con respecto a los bienes protegidos con orientación religiosa e ideológica del Artículo 4 (1) y



(2), es decisivo si la persona jurídica persigue al menos un objetivo religioso o ideológico (cf. 25, 2 BvR 208/76, BVerfGE 53, 366, 386ff). (Esta información se encuentra en http://www.gewissensfreiheit.de/102_014.htm)

50. Sirva esta descripción jurisprudencial para recordar que la única manera de atribuir derechos fundamentales a las personas jurídicas es mediante un reconocimiento que éstos le competen por naturaleza. En el caso de la libertad de conciencia, así como de la objeción se trata de derechos humanísimos que no son atribuibles a las personas jurídicas. Sin embargo, cabe constatar que ello no impide que el legislador defina la objeción de conciencia para las instituciones. De ello se derivarán dos consecuencias. Si se trata de un tipo de reconocimiento debe haber un objetivo que se vincule a una manifestación mediata de la conciencia. Y, en segundo lugar, que ya no nos encontramos frente a derechos fundamentales sino que bajo un reconocimiento de derechos de naturaleza legal y con la extensión que el legislador les defina.

3.- Objeción de conciencia reconocida ilimitadamente.

51. Las sentencias STC 3729 y 5572 han reconocido la objeción de conciencia de un modo doblemente ilimitado. Primero, porque efectivamente lo imputa como ausente de toda limitación puesto que basta su no consideración para entender que se asume afectada su esencia. Y, en segundo lugar, es ilimitado porque aparece desvinculada de la libertad de conciencia que la origina.

52. Ya dijimos, anteriormente, que "la obligación injusta y sin salida no configuran por sí mismo los requisitos para invocar a todo evento la existencia de una objeción de conciencia. Esto solo corresponde a la delimitación jurídica de la objeción que permite que esta figura opere dentro del ordenamiento. Sin embargo, una tesis de esta naturaleza implicaría que la objeción de conciencia es un absoluto carente de todo tipo de límites, con lo que vulneraría la propia Constitución en el artículo 19, numeral 6°, puesto que su inciso primero somete la libertad de conciencia al cumplimiento de límites: la moral, las buenas costumbres y el orden público. No es posible que la libertad explícita esté sometida a límites y la objeción refleja carezca de éstos".

53. Y, por otro lado, que se construya un derecho rodeado de tal adjetivación que termina por delimitarlo como parte del núcleo decisorio de las asociaciones. No es posible reconstruir la objeción de conciencia dejando de lado la libertad de conciencia o ideológica que lo sostiene. Y este modo ilimitado, no solo termina por excluir los límites, sino que la sistemática de los derechos fundamentales que explica buena parte de cómo se resuelven



los conflictos de derechos. Por eso, en la sentencia y mediante sendos *dictum* se hace aparecer una objeción de conciencia institucional absoluta, incluso superior a la objeción de conciencia personal desde donde emana la fuente mediata de su sostén.

4.- Objeción de conciencia institucional general y como derecho fundamental: una novedad mundial.

54. Finalmente, esta evolución normativa de la decisión de la mayoría termina por desarrollar una auténtica novedad mundial. Crea mediante sentencias una objeción de conciencia institucional de carácter general y como derecho fundamental. Con este parámetro de control, como punto de partida, no sólo no es posible compartirlo sino que las consecuencias siempre serán extraordinariamente disímiles. A veces no importará la legislación controlada con este amplísimo concepto de objeción de conciencia que abarca más derechos que los que las personas naturales pueden invocar, según ya veremos.
55. Resulta pertinente considerar que la seguridad jurídica en relación con la fundamentación del poder, cuando supone la creación de un ámbito de certeza, de saber a qué atenerse y favorecer un clima de confianza en las relaciones sociales, entre los seres humanos que intervienen y hacen posible esas relaciones, como en la seguridad jurídica en relación con el mismo Derecho y el ordenamiento jurídico, supone no solo seguridad frente al Poder, y ante el propio Derecho, sino también con la sociedad, como respuesta a las relaciones entre los seres humanos y su entorno de necesidades básicas.
56. En esta misma línea de razonamiento no cabe la menor duda que el Ordenamiento jurídico se expresa a través de normas, y en un plano de aplicación del Derecho, las instituciones que responden a la idea de seguridad jurídica son los principios generales de certeza sobre las reglas aplicables y la firmeza de los derechos consagrados; aun cuando puede haber excepciones y situaciones fronterizas que constituyen casos difíciles. En este orden, la objeción de conciencia no puede perder su carácter de excepción frente al cumplimiento de los deberes jurídicos que establece el propio ordenamiento jurídico, de forma tal, que la excepcionalidad para configurar la objeción de conciencia debe estar establecida normativamente en el derecho positivo y no mediante un criterio interpretativo y analógico consagrar una pretendida objeción de conciencia institucional (STC, Rol N°3729(3751)-17-CPT) como fuente del derecho público. Todo esto configura un parámetro constitucional de control incierto e infundado.



IV.- LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS DE ESTE VOTO DE RECHAZO DE LOS REQUERIMIENTOS.

57. Los criterios que admiten el rechazo de este requerimiento se fundarán en algunos factores que parten de la base de determinados supuestos que hay que identificar previamente al conflicto constitucional planteado. Primero, hay algunos presupuestos del debate en relación con la Sentencia Rol 3729. Ésta configura un reconocimiento de la constitucionalidad de la prestación del aborto por tres causales y de algunos supuestos de objeción de conciencia. En segundo lugar, se trata de recordar los fundamentos constitucionales de la objeción de conciencia como una interpretación restrictiva. En tercer lugar, el Tribunal Constitucional no puede juzgar leyes vigentes ni privar de eficacia a las mismas. En cuarto término, tampoco el Tribunal Constitucional puede controlar dictámenes de la Contraloría General de la República. En quinto lugar, el Estado debe proteger el libre e igualitario acceso a las prestaciones de salud. En sexto lugar, las entidades privadas de salud que ejecutan las acciones de salud deben configurar una conciencia mediata para especificar su objeción. Las personas con fines de lucro carecen de esa potestad. En séptimo lugar, es contradictorio con la autonomía de los cuerpos intermedios la objeción de conciencia institucional. Las instituciones colaboradoras del Estado en materia de salud ejecutan una función pública que les exige la provisión de un libre e igualitario acceso a las prestaciones de salud autorizadas. No ejercen una adecuada autonomía, propia de las organizaciones, los que no pueden por la vía de su ideario persuadir a sus integrantes y requieran de la fuerza del auxilio estatal para alcanzar la voluntad

1.- La STC 3729 como factor integral del control de constitucionalidad del reglamento de la objeción de conciencia.

58. Una de las cuestiones que hacen los requirentes es vincular inmediatamente su reproche constitucional, fundándolos en los considerandos de la sentencia Rol 3729 en la parte relativa exclusivamente a la objeción de conciencia. Incluso más, asocia considerando relativos a la objeción de conciencia de las personas naturales aplicándolas sin ninguna adaptación de las personas jurídicas. Este punto de partida es una omisión significativa de nuestra jurisprudencia constitucional en la integralidad de la STC 3729/2017 y también de la Ley N° 21.030.

59. Lo anterior, porque nuestra Magistratura admitió la constitucionalidad de los tres supuestos de aborto por causales que derivaron en la Ley N° 21.030. Dentro de las discusiones resueltas por el Tribunal está el dilema que lo que estaba puesto en el debate no fue la cuestión relativa a la despenalización (asunto estricto de legalidad, considerandos 10° y 103°) sino que fue un asunto de autorización de las prestaciones médicas específicas. "Las



prestaciones médicas que se derivan de la 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." (STC 3729/2017, c. 103º)

60. Por ende, el punto de partida de este debate es cómo es posible conciliar ambos dilemas resueltos por el TC: prestaciones médicas autorizadas y objeción de conciencia ya que sin una perspectiva integral se omite la razón fundante por la cual existe una hipótesis de OC. Si no hubiera mujeres cuyos embarazos las ponen en una situación de riesgo de su vida, o que el feto tiene una patología congénita adquirida o genética incompatible con la vida extrauterina independiente o que el embarazo es el resultado de una violación. Eso origina el dilema de conciencia y no uno que no tuviera ningún contenido moral y que devendría de la aplicación formalista de reglas vacías de conflicto.

61. Los requerimientos escapan o "dulcifican" el conflicto como si éste casi no existiera, poniendo sólo los énfasis en los problemas que le genera a las asociaciones. Ese tipo de teorías jurídicas están en la base del denominado "no conflictivismo" y que abogan por una resolución jerárquica de conflictos normativos "aparentes" y que reniegan del "principio de proporcionalidad" y, en general, de la "ponderación" de los bienes jurídicos en conflicto. Más allá de las dificultades técnicas de la aplicación del principio de proporcionalidad, esta Magistratura se ha enfocado en un examen desde este principio y desde la ponderación de bienes jurídico-constitucionales.

62. El uso de principios y la ponderación en el contexto constitucional se produce cuando no existe ningún mecanismo de protección frente a la vulneración de uno o más preceptos constitucionales. Por ello se requiere algún mecanismo de control de constitucionalidad, que pueda adoptar muchas formas distintas: puede ser a priori (antes de la entrada en vigor de la ley) o a posteriori (una vez que ésta entra a regir); in concreto (con efectos únicamente para las partes de la controversia que se está planteando) o in abstracto (con efectos erga omnes -para todos los poderes públicos-); y también tener carácter difuso (ejercido por cada juez en el ámbito de sus competencias), o concentrado (centrado en un organismo determinado, como el Tribunal Constitucional de nuestro país y del resto del mundo).

Así el conflicto parece deducido en los ordenamientos jurídicos en la actualidad, en aquellos casos en que, los preceptos constitucionales cobran gran protagonismo, por lo que no es poco habitual que las controversias jurídicas alcancen una "dimensión constitucional" que, unidas a la vaguedad e indeterminación propia de muchos preceptos propios sustantivos, dan



pábulo a una serie de problemas y dificultades sobre los que todavía no se ha realizado indagación y tratamiento teórico en profundidad.

63. El caso más frecuente es aquel en el cual se da lugar a soluciones incompatibles en circunstancias que dos o más preceptos constitucionales aplicables al caso resultan irreconciliables. Un ejemplo paradigmático, es el relativo al conflicto planteado entre libertad de expresión y el derecho al honor, o el derecho a la libre información y el derecho a la intimidad personal y familiar. La caracterización del canon de los conflictos constitucionales por la mayoría de la doctrina se basa en la presencia de antinomias o contradicciones normativas clásicas, por diferentes razones, como el tipo de mecanismos o elementos que entran en conflictos y la forma de resolverlos. Si bien un grupo de autores estima que los conflictos no existen y todo se resuelve en solucionar el dilema mediante la interpretación de preceptos constitucionales, resulta inexplicable la determinación de los límites precisos de cada derecho o bien jurídico en juego. De manera que podría decirse que en realidad ningún ejercicio legítimo de la libertad de expresión lesiona el honor, puesto que si lo lesiona, no se trata de un ejercicio legítimo. Pero esta concepción no resulta suficiente para explicar el fenómeno.

64. Al hablar de principios en derecho se está haciendo referencia a una fuente del derecho no positiva a la que se puede acudir en defecto de la ley o de la costumbre aplicable al caso (laguna normativa).

Sin embargo, no se encuentra libre de dificultades, aquellas situaciones en que la delimitación entre norma y principio resulta difícil, dado el carácter de estructura que tienen algunas normas hipotéticas. Lo cual conduce a una verdadera determinación es considerar a los principios como mandatos de optimización, como Robert Alexy califica a los principios, al decir que son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.

En otras palabras, un principio establecería un ideal o modelo al que hay que acercarse en la medida de lo posible. Mientras las reglas serían normas que sólo pueden ser cumplidas o incumplidas (Dworkin), los principios son susceptibles de una aplicación o cumplimiento gradual.

65. Si bien los principios también presentan dificultades, lo más satisfactorio de ellos es que su funcionalidad lo determina el hecho que en el presente su aceptación sea mayoritaria;

66. Este enfoque "no conflictivista" del requerimiento subordina los derechos de la mujer a estas prestaciones médicas autorizadas desde el primer momento a los intereses de las asociaciones devenidas en instituciones de salud





privadas. Si se presentara así el problema existiría un problema médico esencial y un dilema constitucional.

67. El problema médico es la hipótesis real de que mujeres bajo alguna de las tres causales autorizadas por la ley lleguen a alguno de estos servicios de salud. Si en dicho lugar hay un impedimento normativo previo o barrera regulatoria como la objeción de conciencia, ello deviene en dos nuevos deberes éticos insoslayables que son la reasignación de funciones del médico tratante y, si no es posible, se origina la derivación de la paciente a otro servicio médico de una manera inmediata, segura y confiable. Si nada de eso está dispuesto, la objeción de conciencia, no importando cuál de ellas sea la que se aplique, se transformará en una barrera que contribuye a abortos inseguros que desaniman a las mujeres a la búsqueda de atención, que causa demoras en el acceso a los servicios de salud, que dificulta la atención en el marco de límites gestacionales estrechos, que crean procedimientos administrativos complejos y agotadores y que limitan la disponibilidad de los servicios en el marco de una distribución geográfica inequitativa.¹

68. El problema constitucional de este enfoque es que refleja un falso dilema como si no fuese posible articular bienes jurídicos. Este no es un caso unilateral donde solo hay un tipo de bienes jurídicos que vale la pena defender. Se nos pone seriamente en el dilema de escoger entre la prestación médica autorizada, que arriesga la vida de la madre y severos efectos en su integridad física y síquica y la objeción de conciencia de una persona jurídica. La omisión de un bien jurídico tan relevante como los derechos de la mujer no logra esconder que se trata de un conflicto y en ese escenario al ofrecer sólo una perspectiva el requerimiento renuncia a toda defensa de los derechos de la mujer. No nos imaginamos que esos sean los intereses que defiendan los requirentes.

2.- Nuestro entendimiento en materia de objeción de conciencia y su necesaria interpretación restrictiva.

69. La primera cuestión a definir es el concepto de objeción de conciencia que manejamos. El material ya está en el voto disidente del Rol 3729 y que reproducimos resumidamente aquí.

a.- El deber jurídico.

70. El deber jurídico consiste en una obligación emanada y respaldada, normalmente mediante medios coactivos, por el Derecho con independencia de su destinatario o alcance. Se distingue del deber moral

¹ Organización Mundial de la Salud, Naciones Unidas, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para los sistemas de salud*, 2012, p. 94.



por el continente y no por su contenido, ya que este último no está presente en una norma formal y materialmente jurídica (positivizada). No se excluye que el deber jurídico en cuestión pueda tener carga ética o valorativa. Es más, por regla general la tiene, toda vez que Derecho y la moral distan de ser compartimiento estancos y el primero siempre responderá a los postulados de una moral pública. Es importante distinguir entre deberes públicos y deberes privados, siendo los deberes jurídicos privados aquellos fijados en un contrato civil o mercantil o derivados de una relación laboral o estatutaria. Frente a éstos los deberes públicos serían los contenidos en normas de alcance general emanadas de los Poderes Públicos conformadores muchas veces de garantías constitucionales, y donde están presente bienes e intereses públicos que pertenecen a todos y respecto de los que los ciudadanos no sean obligados, si bien le son exigibles en su reconocimiento por su propia naturaleza y condición.

71. Si bien existe una discusión doctrinal en contorno a la admisibilidad o no de la objeción de conciencia a deberes de derecho privado, eminentemente los derivados de relaciones contractuales de trabajo, denominadas empresa de tendencia u organizaciones de tendencias o también llamadas "empresas ideológicas", cabe señalar que el problema se plantea desde la perspectiva de determinar si la profesión de una determinada creencia religiosa o ideológica puede justificar un trato diferenciador en el seno de la empresa que exima al trabajador afectado de sus obligaciones laborales, concretamente de un trabajo incompatible con sus creencias o convicciones, no es menos cierto que en virtud del principio de autonomía de la voluntad y la teoría general de las obligaciones se excluye la posibilidad de objetar un deber que ha sido directa, expresa y conscientemente asumido en forma válida por un sujeto.

72. El concepto de obligación o deber jurídico implica un determinado comportamiento, que desde un esquema del deber configure una condición suficiente de satisfacción de una prestación, debiéndose representar los que intervienen en la referida operación, ya sea una acción u omisión en construir el mantenimiento del orden social, donde los derechos se generan en la medida que son necesarios para poder cumplir deberes. De esta forma el orden normativo regula en general las conductas y la sanción del incumplimiento de obligaciones o deberes.

b.- Las excepciones al deber jurídico y sus fundamentos.

73. Entre las excepciones a los deberes jurídicos se encuentran la objeción de conciencia, que nace a partir de un deber que vincula al sujeto o grupo de sujetos con la prestación natural de toda obligación o deber, permitiendo a



los objetores, que ante una posible lesión en la libertad ideológica o religiosa, excusarse en el cumplimiento de su prestación.

74. Este tipo de excepciones, no pueden más que reafirmar de forma categórica que el incumplimiento de una prestación o servicio sólo es excusable de manera excepcional, reglada y mediante una manifestación expresa del legislador, teniendo en cuenta sobre todo que la objeción de conciencia constituye una prerrogativa que tiene un profesional para oponerse y/ o de desacato de una norma jurídica o administrativa en función de una reflexión ética o religiosa que determina su conciencia (íntima y personal).

75. Las normas jurídicas son generalmente creadas no por quienes deben cumplirlas, sino por las autoridades que están por encima de los sujetos obligados, y dentro de su imperio, luego de la vigencia de las disposiciones, deben cumplirse sin importar el juicio que les merezcan. En democracia, esta es la forma como debe darse satisfacción a la obligación, en contraposición a la desobediencia civil, la protesta pacífica y la desobediencia revolucionaria. Junto a ellas la objeción de conciencia, excepcionalísima por naturaleza y que es autorizada por el propio ordenamiento jurídico, expresa que frente a determinados deberes que el sistema jurídico impone y en aquellos casos que se contravenga de manera gravitante convicciones morales, ideológicas y religiosas, se autoriza por quien invoque dichas convicciones a eximirse del cumplimiento, sin afectarles una sanción jurídica en el caso concreto. Es así, que en el caso del servicio militar la objeción de conciencia puede permitirse la eximición de la instrucción militar en base a las razones expuestas, eximiendo al objetor de toda pena por ello.

76. La objeción de conciencia es excepcional, porque lo que el derecho requiere es que los sujetos imperados obedezcan aún en el evento de que no les agrade o carezcan de simpatía política por las autoridades que lo hubieren generado.

Se trata de un instituto que el propio ordenamiento jurídico autoriza en ciertos casos, los cuales se encuentran precisados individualmente.

c.- Concepto de objeción de conciencia como excepcionalísima desobediencia al derecho.

77. "Aún antes que el razonamiento en torno al derecho positivo, cabe entender que si bien hemos sostenido que el control de esta ley nace desde una óptica puramente normativa, alejada del lenguaje del razonamiento de la moral, el dilema de la objeción de conciencia tiene una íntima conexión con esa aproximación. No es este el lugar para resolverlo pero el punto de partida que debemos identificar es que existe un deber de obediencia al derecho que



se manifiesta en el plano de la eficacia de las normas [Elías Díaz (2009), Doxa, N° 32, "Realismo crítico y filosofía del Derecho, p. 99]. Por cierto, que hay otros planos para verificarlo como el de la fundamentación ética de la obligación de obedecer el derecho en el marco de la obligación de respetar la democracia (Javier Muguerza (1987), Doxa, N°4 "Sobre el exceso de obediencia y otros excesos"). Pero en cualquier caso, la objeción de conciencia se inserta en que estos deberes entrañan límites. Si la ley es la construcción de voluntades hasta configurar una voluntad general mediante la deliberación que genera obligación jurídica, la desobediencia es la separación de la voluntad colectiva en la reafirmación de una voluntad individual por argumentos relativos a la lesión de la integridad moral de una conciencia".

78. "El Derecho en las sociedades democráticas y pluralistas se cimenta en un entendimiento básico acerca de la eficacia, validez, legitimidad y fuerza de los mandatos normativos. Este entendimiento se traduce en reglas tan claras como el imperativo de que la ley rige para todos por igual y que ésta se presume conocida por todos, aunque de hecho la ignoremos. Una sociedad está basada en el Derecho, porque es el único modo de organizar los consensos básicos que le permiten construir un Estado de Derecho con sus elementos que lo caracterizan. Por lo mismo, pocos dudarían que la erosión, la evasión o la elusión de la ley democráticamente deliberada importan un debilitamiento del propio Estado de Derecho. No existe ninguna atribución que entregue el propio ordenamiento que habilite a sus ciudadanos a desentenderse de los mandatos del Derecho. Eso es un retorno al no derecho, al imperio de la voluntad individual o al de la fuerza desnuda."

79. "Pese a lo dicho, en democracia la ley o alguno de sus mandatos, pueden poner en tensión las convicciones personales de sus ciudadanos a partir de la construcción de deberes jurídicos que vulneren su conciencia, sea que esté fundada en la definición de reglas de autonomía moral o de un determinado código deontológico. Esta insumisión dentro del ordenamiento democrático puede manifestarse de dos maneras disímiles. Por una parte, mediante desobediencia civil o, por la otra, ejercitando la objeción de conciencia."

80. "Otra diferencia que se deriva de la actitud beligerante contra la ley, propia del desobediente, es que éste lucha contra la injusticia de la norma y, por lo mismo, desea reformarla. En cambio, el objetor entiende que ese mandato es injusto respecto de sus convicciones pero puede no estimarlo así respecto de la sociedad ni pide que no se aplique la norma. Por tanto, lo que busca es eximirse de su mandato de generalidad, configurando técnicamente una excepción".



d.- Requisitos de la objeción de conciencia.

81. La objeción de conciencia no aparece frente a cualquier problema jurídico. Éste debe tener determinadas características y requisitos que cabe constatar. Hemos identificado en un voto de minoría de la STC 3729/2017 los elementos de aquel tipo de dilemas que implican la opción de cuestionar la aplicación de la ley. Éstos son el encontrarse frente a: i) una obligación legal injusta; ii) frente a una encrucijada moral insoslayable; iii) que implique una contraposición de bienes jurídicos supremos; iv) en donde pueda invocarse una titularidad acorde al conflicto. Y respecto de la cual v) no se afecten derechos de terceros.

e.- Nunca podrá ser absoluta la objeción de conciencia.

82. La objeción de conciencia es parte del contenido esencial de la libertad de pensamiento, y sólo es susceptible de admitirse de forma excepcionalísima. Es un derecho distinto, no fundamental, con elementos delimitadores, diferentes y que tienen en la práctica una lógica propia. La objeción de conciencia sólo aparece en situaciones concretas y con un alcance muy determinado, además, de ser un derecho con características peculiares y estructura típica: en primer lugar, por suponer un deber correlativo para otra persona de neutralizar para el objetor la exigibilidad de un deber jurídico incompatible con la conciencia de este, y en segundo lugar, por ser siempre dependiente de una obligación como excepción a la misma, lo que impide su estabilidad y permanencia.²

83. Cuando hablamos de objeción de conciencia estamos expresando algo cercano a un "derecho constitucional autónomo". El efecto y su calificación tienen implicancia en la reducción de su ámbito de aplicación y desvincula, necesariamente, la objeción de conciencia de su fundamento y explicación, de forma tal que se reducen las posibilidades de objeción a aquellos casos normativamente previstos, separando la objeción de conciencia de la libertad de conciencia. En otros términos, la objeción de conciencia debe entenderse como un derecho independiente pero no autónomo, por ser un efecto o consecuencia del reconocimiento de la libertad de pensamiento.

84. No es un derecho fundamental general – la objeción de conciencia – con efectos liberatorios, para toda persona que lo invoque en cualquier situación, circunstancia que lleva a su delimitación en un sentido preciso y su alcance será relativo y nunca absoluto, atendido que, de aceptarse la característica de constituir un derecho absoluto implica cuestionar en sus bases

² Gregorio Peces-Barba Martínez, Desobediencia civil y objeción de conciencia. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 390.



fundamentales todas las teorías sobre las obligaciones y el cumplimiento de estas, ya sea de carácter privado o público.

f.- La OC es excepcionalísima en el constitucionalismo mundial.

85. Realizamos un ejercicio de búsqueda de la objeción de conciencia en el examen de la web constituteproject.org y encontramos **14** casos sobre **194** países regulados en los siguientes términos. Primero, que más de **30** países reconocen la libertad de conciencia en sus Constituciones, entre ellos, Chile. De éstos, solo **14** desarrollan algunas modalidades de objeción de conciencia en sus textos constitucionales en la oposición al servicio militar (Alemania, Brasil, España, Grecia, Holanda, Nigeria y Rumania); a la educación estatal obligatoria (Irlanda) o al abuso de posición dominante de los empleadores de medios de comunicación sobre los periodistas bajo la fórmula de la cláusula de conciencia (Bolivia y República Dominicana). Asimismo, hay algunos casos relativos al establecimiento de reglas generales de objeción de conciencia mandatadas al legislador (Paraguay y Portugal) así como precauciones relativas a que la objeción de conciencia no perjudique a terceros o sea un mecanismo de impedimento de ejercicio de derechos fundamentales (Ecuador y Venezuela). En consecuencia, se trata de un reconocimiento constitucional de la objeción de conciencia como una gran excepción en el Derecho Constitucional comparado. En segundo término, que en estos escasos ejemplos se trata siempre de un derecho de las personas naturales. En tercer lugar, que podría admitirse, forzando el argumento, que no está prohibida la objeción de conciencia institucional en los casos de Paraguay y Portugal. Sin embargo, ello ya sería el resultado de una decisión del legislador y no una inferencia constitucional. Cuarto, que en todos ellos se identifican límites a su reconocimiento basados en la imposibilidad de vulnerar derechos fundamentales de otros, en no invocarla como forma de elusión de la ley o de no obstaculizar a otros su cumplimiento o ejercicio de derechos. Por lo tanto, se trata de una institución excepcionalísima en el mundo.

g.- La OC no es un título general para exonerarse de deberes legales, ni para discriminar y tiene límites lo que exige interpretaciones respectivas.

86. Ya hemos sostenido que la objeción de conciencia no puede ser un título general puesto que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido conteste en estimar que cualquiera figura jurídica que implique exonerarse de deberes legales no puede presumirse ni consagrarse de modo absoluto, general e incondicionado ni menos desprenderse de una norma constitucional. Es así como ha estimado que es deber del legislador configurar una exención tributaria (Sentencia Rol 1234); una exención de pago por el deber de cancelar las patentes por no uso de derechos de aguas



(Sentencia Rol 2881); por las reglas de definición de un beneficio tributario (Sentencia Rol 1452) o de exenciones en el pago del crédito universitario (Sentencia Rol 2865). Asimismo, es parte de las "bases esenciales de todo ordenamiento jurídico" (artículo 63, numeral 20 de la Constitución) el definir los contornos de la regulación complementaria para configurar una exención o un beneficio (Sentencia Rol 2614).

- 87.** Asimismo, este criterio es evidente puesto que la objeción de conciencia implica sustraerse del mandato de la igual aplicación de la ley para todos. Por tanto, no cabe configurar nuevas exenciones mediante una interpretación, no cabe ampliar titularidades sin atender a sus efectos y resulta ajena a nuestras competencias configurar un estatuto de excepción.
- 88.** Tampoco la objeción de conciencia puede ser una oportunidad o un título que sirva para discriminar. Al explicarse la objeción de conciencia de un modo restrictivo, parece claro que en la diferencia de trato autorizada por la Constitución, no se puede comportar de un modo arbitrario y discriminatorio. La objeción de conciencia levanta el deber de actuar por el conflicto de conciencia, pero no autoriza a discriminar. En ello no solo está el mandato genérico del artículo 19, numeral 2º de la Constitución, sino que la regla más precisa de obligación en torno al libre e igualitario acceso a las acciones de salud, que demanda el derecho de protección de la salud en el artículo 19, numeral 9º de la Constitución.
- 89.** La objeción de conciencia tiene límites puesto que comparte las características de la libertad de conciencia incluyendo sus límites establecidos en el artículo 19, numeral 6º de la Constitución. Dentro de ellos cabe destacar que la interposición de una objeción de conciencia que devenga en el riesgo vital de la madre configura una evidente transgresión de la moral, en cuanto vulnera de modo grave la ética profesional.
- 90.** Finalmente no es razonable desconocer las etapas preparatorias de una acción de salud ni las posteriores en caso de haberlas. Tampoco actuar de un modo negligente desconociendo las formalidades de la interposición de la objeción de conciencia y los deberes de preparación, tratamiento, reasignación profesional y derivación, en caso que fuese necesario. Asimismo, la tardanza en la atención médica en el caso de la tercera causal en relación con plazos estrechos. Todas estas trabas, impedimentos e incumplimientos legales o normativos configurarían reglas que afectan el orden público en el ejercicio de un derecho fundamental como es el de la protección a la salud.



3.- El TC no puede juzgar leyes vigentes ni privarlas de eficacia.

91. Un tercer criterio interpretativo reside en el hecho de que lo sometido a cuestionamiento es una de las normas relativas al impedimento de invocación de la objeción de conciencia institucional a determinadas personas jurídicas, que se manifestaba en una norma reglamentaria de ejecución, de conformidad con el artículo 32, numeral 6º, de la Constitución. En consecuencia, este examen exige la ley y no la repulsa de ley en su análisis.
92. Sin embargo, de un modo explícito e implícito se traduce en el razonamiento argumental que lo cuestionado son leyes sustantivas y adjetivas que no han sido ni pueden ser sometidas a examen o reexamen.
93. En primer lugar, la propia Ley N° 21.030 que determinó el marco previo para que existiera la objeción de conciencia. Una ley que fue estimada, prácticamente en su totalidad, como constitucional por el Tribunal Constitucional y que autorizó la existencia de prestaciones médicas autorizadas por tres causales rodeadas de resguardos, límites y procedimientos. Esa ley sobre casos críticos y situaciones límites es la que deriva en conflictos de conciencia de geometría variable pero que apelaban a convicciones de personas naturales y a consideraciones humanísimas de conciencia de los actores llamados a realizar tales prestaciones. La ampliación de la objeción de conciencia institucional es inversamente proporcional a la reducción de la conciencia individual, puesto que la sustituye, la globaliza y la vuelve innecesaria. Y la ampliación de la objeción de conciencia de un modo ilimitado perturba y genera nuevos impedimentos y prohibiciones prácticas de realización de abortos por causales autorizadas.
94. Una segunda ley que se cuestiona en el razonamiento de un modo implícito es el propio Decreto con Fuerza de Ley N° 36, de 1980, que identifica las reglas que se aplican a las instituciones de salud que suscriben convenios con los Servicios de Salud. Por si hubiese discusión por el dilema de su rango, se trata de una reforma definida por la Ley N° 18.417, de 1985, que incorporó el siguiente inciso primero del artículo 2º: "Los convenios regidos por este decreto serán aquellos en cuya virtud un organismo, entidad o persona distinta del Servicio de Salud sustituye a éste en la ejecución de una o más acciones de fomento, protección y recuperación de la salud o de rehabilitación de enfermos, sea por delegación, mandato u otra forma que les permita actuar y administrar por cuenta del Servicio para atender a cualquiera de los beneficiarios de éste, sin perjuicio de la atención que podrá prestarse a otras personas conforme al convenio y de acuerdo a las normas que rigen al Servicio".



95. La consecuencia de estos convenios es que los organismos que lo celebren quedan adscritos al Sistema Nacional de Servicios de Salud y al cumplimiento de normas, programas y planes del Ministerio de Salud, de conformidad con el artículo 13 del DFL N° 36 de 1980. Después volveremos sobre este mandato. Sin embargo, se trata de un modo objetivo de cuestionamiento a una norma legal que no es objeto del conflicto jurídico planteado.

96. Una tercera ley que está en el sustrato de la deliberación y que es cuestionada es el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, del año 2005 y que a través de sus artículos 23 literal i) y 36 literal j) facultan expresamente a los Servicios de Salud a suscribir los mencionados convenios de salud con las entidades privadas de salud, pasando éstas a ser parte de la nueva estructura de redes asistenciales como autogestión en red en la que se organiza el sistema público de salud.

97. Son estas normas las que autorizan la actuación bajo esas formas jurídicas de las entidades privadas de salud a realizar prestaciones como si fueran parte del sistema público de salud y ese es el fundamento normativo directo de su impedimento para objetar. Pues bien, estas normas legales no son parte de la Litis propia de una norma reglamentaria y no es propio del Tribunal cuestionarlas.

4.- El Tribunal tampoco puede controlar Dictámenes de la Contraloría General de la República.

98. El objeto principal de esta controversia no surge respecto del inciso segundo del artículo 13 del reglamento sino que de los diversos Dictámenes de la Contraloría General de la República que delinearon esta controversia. Los requirentes no tuvieron problema en expresarlo así y resulta paradójico que el Decreto Supremo N° 67 del Ministerio de Salud cuestionado termine siendo defendido únicamente por el organismo contralor. Esa es la realidad del conflicto normativo ante esta Magistratura. Una minoría legislativa oficialista en contra del organismo encargado de controlar los actos de la Administración estatal, especialmente, en la ejecución de las leyes.

99. Por lo mismo, no resulta extraño que estos dilemas normativos vengan precedidos de un conjunto relevante de dictámenes. Por ejemplo, el Dictamen N° 71.906, de 2012, del organismo contralor que refleja que la relación existente entre la entidad privada prestataria de las acciones de salud no se confunde con el organismo estatal ni adquiere formas públicas de organización, sino que simplemente debe ejecutar las acciones de salud



estimadas por esos convenios. Agregaríamos aquí del mismo modo que lo exige la Constitución, en su artículo 19, numeral 9°, bajo un régimen de libre e igualitario acceso.

100. Sin embargo, el Dictamen verdaderamente impugnado es el N° 11.781, de 2018, en donde dispuso la Contraloría General de la República que determinadas entidades privadas carecían de la facultad de objeción de conciencia porque en el ejercicio de las acciones de salud, éstas sustituían la función estatal de los servicios de salud. Pues bien, eso lleva a que la confrontación no se origina en una norma reglamentaria sino que en el Dictamen que la dispuso.

101. Cabe recordar que no puede ni debe ser materia de la controversia ni el modo en que se gestó, ni las potestades de los organismos públicos involucrados ni las tesis que se sostuvieron para llevar a este resultado. No es resorte del Tribunal Constitucional controlar dictámenes, hacerse cargo de ellos, cuestionarlos y responder al órgano contralor en un control constitucional respecto del cual no es posible controlar los indicados dictámenes. Nuevamente, si el TC creó la objeción de conciencia institucional ha de ser prudente y restrictivo en sus modos interpretativos los que bajo ningún aspecto abarcan a los Dictámenes de la Contraloría General de la República y su doctrina administrativa vigente en las prestaciones de salud a las que están obligadas esas entidades privadas.

5.- El Estado debe proteger el libre e igualitario acceso a las prestaciones de salud.

102. Las acciones de salud devienen en un conjunto de prestaciones que se fundan directamente en la Constitución con determinadas características que no se pueden soslayar. El artículo 19, numeral 9° de la Constitución refleja una de las manifestaciones esenciales de derechos sociales con contenido material. Se trata de protección a la salud.

103. En este derecho se pueden describir todos los pasos que exige una prestación de salud autorizada en casos de aborto por tres causales. Por una parte, es la Ley N° 21.030 la que autoriza una prestación de salud que se corresponde con una "acción de protección de la salud" (inciso segundo del numeral 9° del artículo 19 de la Constitución). Si se invoca la objeción de conciencia, al Estado "le corresponderá la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud" (inciso tercero del numeral 9° del artículo 19 de la Constitución), ejerciendo mediante normativas y coordinaciones las funciones de reasignación de profesional o de derivación. Es esa la razón que exige que los directores de los establecimientos de salud realicen estas



coordinaciones con todo el sistema de salud sin distinguir si se trata de entidades públicas o privadas de salud. Adicionalmente, es "deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley" (inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 de la Constitución).

- 104.** Son estas reglas constitucionales, como parámetro directo, la que autorizan al Estado a predefinir las condiciones bajo las cuales se realizarán esas prestaciones de salud autorizadas. Sin embargo, hay un mandato adicional directo. Sea cualquiera la forma en que se organice el sistema de salud para la ejecución de estas acciones de salud, el Estado debe proteger "el libre e igualitario acceso a las acciones de salud" (inciso segundo del numeral 9° del artículo 19 de la Constitución). Y "libre" quiere decir sin interferencias para los usuarios. Sin trabas innecesarias, respetando su autonomía decisoria y sin afectar la esencia de la prestación. E "igualitario" importa la ejecución de las acciones de protección de la salud de un modo tal que permitan esa protección sin discriminación, sin afectaciones a la igualdad ante la ley y sin estigmatización. Es igualitarismo en su expresión formal, como cumplimiento de ley. En su vertiente de no discriminación, de un modo no arbitrario. Y, finalmente, en su expresión como "no sometimiento", esto es, de una manera que las mujeres pacientes no sean menoscabadas en el ejercicio de sus derechos, que no sean cuestionadas en sus decisiones y que no sean maltratadas y estigmatizadas generando un sentimiento de inferioridad o de desprotección cuando más amparo necesitan.
- 105.** La sola circunstancia que exista legalmente la objeción de conciencia debe reforzar el cumplimiento del libre e igualitario acceso a prestaciones de salud que el Estado debe "proteger". Es un hecho que la invocación de la objeción por parte del personal médico autorizado es un obstáculo legítimo pero no es un título para desamparar, para abandonar a su suerte, para derivar burocráticamente en circunstancias críticas o para dilatar decisiones urgentes. La objeción de conciencia de los médicos es una sobre exigencia al Estado para reforzar su protección dada la legitimidad constitucional de las prestaciones de salud de la Ley N° 21.030.
- 106.** La protección del "libre e igualitario acceso" a estas prestaciones de salud exige que se cumplan, en entidades públicas o privadas de salud, con el conjunto de obligaciones previas, coetáneas y posteriores a la interrupción de un embarazo. Por lo mismo, es parte de ese deber la obligación de diagnosticar y de informar a la paciente de todas las alternativas posibles en el marco del artículo 11 de la Ley N° 20.584 sobre derechos y deberes de los



pacientes. Hay que recordar que la obligación de informar en los casos de aborto en el marco de la Ley N° 21.030 es integral, esto es, abarcando la disposición del aborto y la indicación de un proceso de acompañamiento informado y neutral.

107. Asimismo, la interposición de la objeción de conciencia importa una verdadera novación de obligaciones³ al implicar el deber de reasignar a otro profesional en caso de objeción de conciencia personal, y la obligación de derivar cuando hay impedimentos objetivos a la realización de esa prestación en ese lugar, sea por la interposición de una objeción de conciencia institucional como de una masiva invocación médica. Estos deberes nos llevan a pensar que no puede diluirse la obligación en ese momento sino que importa un sobre exigirse el deber de coordinación estatal de los servicios de salud, única garantía para que la prestación se realice sin riesgos añadidos a la vida de la madre. La disposición de áreas geográficas razonables de derivación, disposición de transporte, seguridad en la atención son parte adjetiva del deber de una prestación con protección estatal igualitaria.

6.- Las personas jurídicas deben tener una conexión mediata a decisiones de conciencia a pretexto de invocar su objeción.

108. Ya habíamos dicho y cabe recordarlo ahora que "otro requisito es verificar hasta dónde alcanza la titularidad de la objeción de conciencia. Y en estos hay demasiadas constataciones de que la titularidad de la libertad de conciencia abarca únicamente a las personas naturales. Se corresponde con su sentido etimológico, psicológico, jurídico y práctico. Por de pronto, hay juristas de la más diversa adscripción filosófica que así lo acreditan. "Dado que la conciencia solo se predica de la persona singular, la libertad de conciencia tiene por titular, únicamente, a las personas individualmente consideradas y no a las comunidades o grupos" (Aparisi y López: 2006, p. 38). Y lo anterior se deriva de la naturaleza misma de la objeción. No podemos soslayar que la voz "conciencia" en cualquiera de sus versiones está siempre referida a las personas naturales. En cinco acepciones pertinentes de la Real Academia Española todas llevan a esa misma conclusión: "1. f. Conocimiento del bien y del mal que permite a la persona enjuiciar moralmente la realidad y los actos, especialmente los propios. 2. f. Sentido moral o ético propios de una persona. Son gentes sin conciencia. 3. f. Conocimiento espontáneo y más o menos vago de una realidad. No tenía conciencia de haber ofendido a nadie. 4. f. Conocimiento claro y reflexivo de la realidad. Aquí hay poca conciencia ecológica. 6. f. Fil. Actividad mental del propio sujeto que permite sentirse presente en el mundo y en la realidad."

³ Amicus curiae de Martín Hevia y Óscar Cabrera en cuaderno separado Roles 5572 y 5650.



En diccionarios especializados tampoco hay duda: "en lo psicológico, autoconocimiento humano y reconocimiento de la propia individualidad; en lo intelectual, conocimiento reflexivo y exacto; en lo ético, facultad moral que distingue el bien y el mal; Figuradamente, proceder sano, conducta justa" (Guillermo Cabanellas (1982), Diccionario enciclopédico de derecho usual, Tomo II, Editorial Heliasta, Argentina, p.254). Desde el punto de vista psicológico, la conciencia "es el pináculo de la evolución del sistema nervioso. Es un proceso mental, es decir, neuronal, mediante el cual nos percatamos del yo y de su entorno en el dominio del tiempo y del espacio (...)" [Natalia Consuegra (2011), Diccionario de Psicología, Ecoe Ediciones, Bogotá, pp. 49]. Y, finalmente, la práctica de los tribunales de justicia en diversos lugares del mundo la han reconducido a esa misma titularidad natural. Simplemente como por ejemplo, así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional de Perú en el Exp. N° 0895-2001."

- 109.** La libertad de conciencia y su objeción consiguiente solo pueden estar adscritas a personas que tengan capacidad volitiva de conciencia. Y acorde a su naturaleza éstas no son sino las personas humanas. Conforme al epígrafe del artículo 19, los derechos son los correspondientes a "todas las personas", siendo necesario aplicar una tesis extensiva a las personas jurídicas "en cuanto sean acordes a su propia condición".
- 110.** Piénsese que la Ley N° 21.030 es la que dispone la regulación de la objeción de conciencia de un modo tal que se la reconoce al "médico cirujano requerido para la interrupción del embarazo". Al "resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico" y, finalmente, que la "objeción de conciencia es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución".
- 111.** Ahora bien, este reflejo rácano de la norma después del paso por el TC, indicándolo como una facultad ("podrá") de una "institución" deja abierto el problema de a qué "institución" puede referirse. Y por lo mismo en los considerandos 135° y 136° lo indicó en los siguientes términos:

"E idénticamente pueden hacerla valer las instituciones religiosas, personas jurídicas o entidades con idearios confesionales que se proyectan hacia el ámbito de la salud, al amparo del artículo 19, N° 6°, constitucional. Como también les es dable oponer la objeción de que se trata a los establecimientos educacionales con una función e ideario en el sentido indicado, de conformidad con el artículo 19, N° 11°, de la Carta Fundamental" (c. 135°).

"Que, no es menos evidente, asimismo, 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 1º, inciso tercero. La interposición de este legítimo reparo no se agota en el orden individual, puesto que también se extiende y propaga a las asociaciones destinadas a encarnar el mismo libre pensamiento, acorde con el derecho que asegura a todas las personas el artículo 19, N° 15º, de la Constitución.” (c. 136º)

112. En consecuencia, cuando la ley indica que la objeción de conciencia puede invocarse a nivel personal y, como reflejo de sus convicciones más íntimas, el hecho de que haya facultativos y personal médico que ejerciten su objeción y otros que no, implica que todos hacen uso de su libertad de conciencia reconocida constitucionalmente. No es admisible la conclusión de que el ejercicio de la conciencia sólo es válido como objeción y no como apego a la ley. Las opciones escogidas son igualmente válidas. Por ende, al interior de una institución privada de salud pueden convivir personas objetoras y otras que no lo son. Bajo esta circunstancia, el solo hecho de invocarse la objeción de conciencia institucional implica sustraer las conciencias de los no objetores y situarlos en una posición subordinada a la institución. Transforma a las personas no objetoras en medios de la voluntad de una institución. Esta transformación del ideal kantiano de tratar a las personas como tal exige una justificación ética y normativa de gran densidad. Para que ello pueda ser legítimo, el camino que debe necesariamente adoptarse es que la institución tenga un ideario previo, irrefutable e inequívocamente orientado a una identidad que derive en la resistencia a realizar todo tipo de abortos.

113. Es discutible normativamente la existencia de la objeción de conciencia. Sin embargo, más lo es en la propia ley. Ya sabemos que es una derivación de la propia ley a partir de una decisión que modifica la ratio legis.

114. En la STC 3729 hemos reconocido constitucionalmente que existe la OC como una libertad propia del ser humano. No se trata de especificar aquí las razones sino que simplemente listarlas. Se trata de una agencia moral (propia de la autonomía individual), de un reflejo de la conciencia (propia de la libertad), de una manifestación de una conciencia que predetermina reglas o pautas internas de conductas (propia de la autonormación), las que no están presentes en la delimitación externa de reglas heterónomas. Por eso, la OC es una libertad primaria.

115. En el segundo nivel de análisis cabe constatar que las personas pueden proyectar su conciencia en las personas jurídicas. Tal es un derecho de las personas que se manifiesta en la dimensión **instrumental** de las





personas jurídicas. Por lo mismo, hay que especificar cómo una libertad primaria puede adquirir tal nivel de densidad en la capacidad de las personas jurídicas. Si las personas jurídicas son un instrumento de la voluntad de las personas naturales que existen detrás, la forma instrumental debe estar coordinada con esa voluntad de un modo tal que queden claros sus propósitos y sus objetivos.

116. Lo anterior, nos lleva a un tercer nivel de análisis puesto que la propia ley determina que la OCI no existe con un estatuto similar al de la OC personal, específicamente, en el titular de la invocación de la objeción, justamente por esa dimensión instrumental. Por lo mismo, **¿quiénes pueden objetar?**

117. ¿Quién puede plantear la objeción de conciencia? Respecto de este asunto el requerimiento se apoya en el derecho total e irreversible que tendrían **todas** las instituciones privadas de salud de realizar esa objeción. Lo anterior, exige varias precisiones. Primero, el reglamento solo regula algunas. Segundo, éstas tienen un estatuto propio. El reproche es que estas instituciones, al carecer del derecho de objetar por razones de conciencia, serían "estatalizadas" en sus funciones. Hay que analizar qué implican un primer alcance amplio a toda persona jurídica y, segundo, qué implicaría el reproche de la desfiguración de sus funciones. (...) Contra lo que se sostiene en general no bastaría con configurarse como persona jurídica que se desenvuelve en el ámbito de la salud para entender que nos encontramos frente a un potencial objetor. Eso es llevar las cosas demasiado lejos de la ley y de la sentencia 3729. A lo menos hay que distinguir categorías de tres tipos de personas jurídicas que la propia sentencia identifica y realizar las distinciones necesarias conforme a la Constitución. Habrían tres tipos de personas jurídicas en la referencia de la STC 3729. Primero, los objetores sujetos a ideario religioso. Segundo, los objetores, sujetos a ideario religioso indirecto como conexión a un ideario educativo. Y tercero, los cuerpos intermedios que identifiquen alguna finalidad o voluntad.

a.- El objetor sujeto a un ideario religioso.

118. En la STC 3729 hay una referencia explícita⁴ a una p.j. con ideario religioso. Por de pronto, la L. 19.638 especifica el genérico de las "entidades religiosas" (art. 5º) como abarcadoras de iglesias, confesiones e instituciones religiosas. A partir de ahí, las entidades religiosas pueden crear personas

⁴ STC 3729 c. 130º "Este TC fundará su decisión respecto al derecho de libertad de conciencia y religión que ostentan las personas jurídicas, en materia de objeción institucional, en una perspectiva diversa de la sustentada por la Corte Interamericana, con estricto apego a la norma del artículo 19, Nº 6º, pero, además, considerando las garantías contenidas en los numerales 11º y 15º, en relación con el artículo 1º, inciso tercero, de nuestra Carta Fundamental".



jurídicas "de conformidad con la legislación vigente" (art. 8º) y, especialmente, podrán "crear, participar, patrocinar y fomentar asociaciones, corporaciones y fundaciones, para la realización de sus fines" (literal b del art. 8º). Estas asociaciones, corporaciones o fundaciones creadas por las iglesias que "conforme a sus normas jurídicas propias gocen de personalidad jurídica religiosa, son reconocidas como tales".

119. Las entidades religiosas, así como las personas jurídicas que ellas constituyen de conformidad a esta ley, no podrán tener fines de lucro" (artículo 9º). Adicionalmente, pueden "fundar, mantener y dirigir (...) instituciones educacionales, de beneficencia o humanitarias" (literal a] del art. 8º). Las instituciones privadas de salud en Chile que realizan estas prestaciones por esta vía instrumental son un conjunto menor del problema planteado en el reglamento cuestionado.

b.- El objetor sujeto a un ideario indirecto.

120. Hay un segundo objetor que es aquel que resulta de una profesión de conexión religiosa-educativa.⁵⁶ Aquí hay una fuente normativa similar a la anterior pero con un efecto indirecto puesto que a efectos de las cuestiones de salud, la persona jurídica se origina en un continuo religión – educación – salud.

121. El conjunto de instituciones que realiza prestaciones de salud conforme a esta ordenación podríamos entender que lo representa todo un conjunto de hospitales y clínicas que son parte del proceso de formación universitaria y que realizan convenios con las Universidades para los segmentos prácticos. ¿Se trasladará el carácter del ideario universitario a esas instituciones? Lo cierto es que la naturaleza de estos convenios es muy diverso al cuestionado en autos. Justamente el inciso final del artículo 1º del Decreto con Fuerza de Ley Nº 36 de 1980 excluye estos convenios de la aplicación de ese cuerpo legal.

⁵ STC 3729 cº 135: "E idénticamente pueden hacerla valer las instituciones religiosas, personas jurídicas o entidades con idearios confesionales que se proyectan hacia el ámbito de la salud, al amparo del artículo 19, Nº 6º, constitucional. Como también les es dable oponer la objeción de que se trata a los establecimientos educacionales con una función e ideario en el sentido indicado, de conformidad con el artículo 19, Nº 11º, de la Carta Fundamental;

⁶ STC de España 106/1996, f.j. 3º: "Por de pronto, es necesario poner de relieve que este Tribunal sólo se ha referido al concepto de "ideario del Centro" en relación con Centros docentes privados, lo que no significa, desde luego, que existan otro tipo de empresas, centros, asociaciones u organizaciones que puedan aparecer hacia el exterior como defensoras de una determinada opción ideológica. Nuestro ordenamiento carece de una legislación expresa que a las mismas se refiera y, por lo tanto, no existe una delimitación a priori de este tipo de empresas."



c.- **El objetor por razones indeterminadas de un cuerpo intermedio.**

122. Finalmente, el último es el objetor con alguna noción asociativa.⁷ Un conjunto variado de asociaciones que pueden ser parte de estas instituciones. Para ello, habría que hacer una reflexión inicial previa. ¿El artículo 19 N° 15 protege a las empresas como una figura vinculada a las asociaciones? Estos problemas se presentan en otras legislaciones.

123. En Francia, no se le prohíbe a una asociación realizar ninguna actividad económica o incluso una actividad estrictamente comercial. La libertad de elección del objeto o propósito permite a las sociedades hacer de su asociación una verdadera empresa. Por supuesto, será una empresa muy diferente, ya que está prohibido que distribuya sus ganancias, pero siempre es posible que lo haga.⁸ Por lo mismo, parece que la distinción esencial debe basarse en si se realiza o distribuyen los beneficios en relación con fines lucrativos y cuál es el peso de una sociedad organizada como persona en relación con sociedad como bienes.

124. En España, autores⁹ muy importantes sostienen que un artículo constitucional muy similar al chileno (artículo 22 CE) desconoce el carácter de asociación de las empresas o no las abarca. El asunto no es pacífico¹⁰ y el TC tampoco lo ha resuelto de un modo categórico dando cuenta que la idea de empresas basadas en sociedad de capitales más que de personas estarían excluidas de tal protección.

125. Aun cuando nosotros sostuviéramos que fuera válida la amplia consideración de las empresas como asociaciones protegidas por el artículo 19 N° 15 entenderíamos que de ello no se derivan todas las conclusiones a objeto de reconocerlas como "objetor de conciencia". La distinción sobre el peso que tiene en una sociedad mercantil el lucro y la forma en que se configura como sociedad con el peso en capitales, llevaría a una determinada exclusión de este tipo de empresas. Habría que verificarlo en la práctica.

⁷ STC 3729 c° 136: "Que, no es menos evidente, asimismo, 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. La interposición de este legítimo reparo no se agota en el orden individual, puesto que también se extiende y propaga a las asociaciones destinadas a encarnar el mismo libre pensamiento, acorde con el derecho que asegura a todas las personas el artículo 19, N° 15°, de la Constitución."

⁸ Jacques Robert et Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 6° edition, Montchrestien, p. 773.

⁹ Jesús González Pérez, Juan Alfonso Santamaría Pastor, etc.

¹⁰ Posición contraria a la sostenida por Ángel Gómez, Ascensión Elvira o Luis Aguiar de Luque.



126. Sin embargo, más relevante es resolver con el estatuto constitucional. Las empresas tienen un estatuto propio (artículo 19 N° 21), están referidas en otros artículos (19 N° 16) y no parecen contar con una especificidad diferente. Asimismo, las instituciones privadas de salud reconocidas por el artículo 19, numeral 9° de la Constitución tienen formas muy diversas de organización. Ni los numerales 9° y 21° del artículo 19 de la Constitución han sido estimados vulnerados por la regulación del impedimento de la objeción de conciencia

127. Además, el vínculo entre empresas con tensiones ideológicas provenientes de un determinado ideario lo ha reconocido el legislador en dos casos. El primero fue con la ley del periodismo reconociendo la "cláusula de conciencia" de los periodistas, siendo éste un ejemplo de la existencia de reconocimiento que los medios de comunicación social como empresas de tendencia. Y el segundo reconocimiento es la L. 21.030 con la "objeción de conciencia al aborto". Y las instituciones religiosas serían una particular empresa de tendencia.

d.- El problema de identificar una conciencia detrás de sociedades, corporaciones y fundaciones.



128. La identificación de una nítida empresa de tendencia permitiría adscribir alguna conciencia, sin embargo, cabe reflejar que la voluntad no es lo mismo que conciencia y que el ideario denso tampoco lo sustituye. Ello nos debe llevar a escudriñar el dilema de saber quiénes están detrás de una persona jurídica a partir de su examen normativo de su formación de la voluntad. A partir de ahí, será posible reexaminar la adscripción de esa voluntad como una conciencia mediata como hipótesis.

129. Las personas jurídicas que dimanen de sus formas asociativas las podemos distinguir en lo general como sociedades, corporaciones o fundaciones.

130. En materia de sociedades, se distingue entre las sociedades de personas y las de capital, entre las cuales se encuentran las sociedades anónimas y las sociedades por acciones. En las sociedades de personas "la persona de los socios constituye una condición determinante para la celebración y subsistencia de la sociedad. En esta clase de sociedades el cambio de socios requiere del consentimiento unánime (...). Por el contrario, en las sociedades de capital, no interesa mayormente la persona del socio, siendo libremente cedibles sus derechos, no afectando a la vida de la sociedad las vicisitudes que pueden afectar a la persona de los socios" (Puelma Accorsi, Álvaro. (2001). Sociedades. Tomo I, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile. Santiago, p. 164).



131. En este orden de ideas, la sociedad anónima es "una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas sólo responsables por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables" (art. 1º, inciso primero, de la Ley Nº 18.046). Siendo una sociedad de capital, "la persona del socio y las vicisitudes que ellos puedan sufrir como la muerte, incapacidad, quiebra, etc. no tienen directamente influencia jurídica en la existencia de la sociedad anónima. Esta característica emana de múltiples preceptos legales. En la definición se hace referencia a ella en cuanto a que la sociedad anónima está formada por la "reunión de un fondo común", más trascendente que las personas que lo proporcionan." (Puelma Accorsi, Álvaro. (2001). *Sociedades*. Tomo II, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile. Santiago, p. 462). La administración de la sociedad anónima está radicada en un directorio. Los directores "en su calidad de órganos de la sociedad deben actuar velando y en concordancia con el "interés social" concebido como distinto de la tutela de los intereses particulares de los accionistas a pretexto de defender los intereses de quienes los eligieron.", debiendo entenderse por "interés social", de acuerdo a nuestra legislación, aquel "común a todos los accionistas y que consiste en obtener beneficios de carácter económico por la realización de las operaciones del giro social, destinado a ser repartidos, a prorrata entre los accionistas." (Puelma Accorsi, Álvaro. (2001). *Sociedades*. Tomo II, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile. Santiago, pp. 615 y 617). Respecto al papel que juega el interés social como criterio en la actuación de los administradores, Puelma señala que "[l]as actividades sociales importan tomar decisiones sobre negocios, en que generalmente no hay involucrados problemas de ética o de legalidad. Como criterio para tales decisiones tiene importancia el interés social. En tales casos o eventos el directorio y cada uno de los directores no pueden tomar una decisión que prefiera al interés común de todos los accionistas o interés social, otro interés, sea o no de determinados accionistas aunque constituyan la mayoría." (Puelma Accorsi, Álvaro. (2001). *Sociedades*. Tomo II, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile. Santiago, p. 618).

132. Por su parte, la sociedad por acciones es una sociedad de capital, introducida en nuestro ordenamiento por la Ley Nº 20.190. De acuerdo a Sandoval, "[e]l propósito con el cual se creó esta nueva sociedad es fomentar la industria del Capital de riesgo, mediante la emisión de capital accionario que permita el financiamiento de nuevas inversiones./ (...) La estructura societaria que organiza jurídicamente empresas de capital de riesgo, debe facilitar tanto la entrada como la salida expedita del inversionista, mediante la adquisición y negociación de sus derechos sociales, representados en este caso por títulos de valores esencialmente



cesibles, como son las acciones.” (Sandoval López, Ricardo. (2009). Derecho Comercial. Tomo I, volumen 2, 7ª ed., Editorial Jurídica de Chile, p. 226). La administración está a cargo de un directorio. Supletoriamente, se rige por las normas aplicables a las sociedades anónimas cerradas.

133. En consecuencia, atendido que en las sociedades de capital –como las sociedades anónimas y las sociedades por acciones– la administración está a cargo de personas distintas de los accionistas, quienes deben velar por el “interés social” y no el interés de los accionistas, que los accionistas pueden enajenar, por regla general, sus acciones sin requerir la autorización de los otros accionistas, variando, por lo tanto, la integración de los asociados y que el origen de estas sociedades está vinculado directamente a la acumulación de capital, carecen de la aptitud para encarnar el ideario de sus asociados.

134. En cuanto a las fundaciones y corporaciones o asociaciones, la razón que determina su existencia no es la acumulación de capital, sino la satisfacción de un determinado interés general mediante la afectación de bienes y la consecución de objetivos de interés común a los asociados, respectivamente (artículo 545 CC), por ello, entre las menciones que debe contener el acto constitutivo se encuentra la de indicar los fines a que está destinada la fundación o asociación (artículo 548-2 CC). La voluntad de estas entidades está determinada por la voluntad del fundador manifestada en el acto constitutivo, en el caso de la fundación y la voluntad de la mayoría de la asamblea, en el caso de la asociación. Así, las asociaciones pueden modificar sus estatutos por acuerdo de la asamblea citada especialmente con ese propósito, en tanto que los estatutos de una fundación solo pueden modificarse por acuerdo del directorio, previo informe favorable del Ministerio de Justicia, siempre que la modificación resulte conveniente al interés fundacional y que no haya sido prohibida por el fundador (artículo 558 CC). Por consiguiente, en la medida que los estatutos de estas entidades deben expresar los fines a los que están destinadas y que estos son producto de la voluntad del fundador o de la mayoría de la asamblea, según corresponda, puede concluirse que las fundaciones y corporaciones tienen aptitud para encarnar el ideario de su fundador o asociados.

135. Esta descripción nos recuerda que este dilema ha sido objeto de cuestión en la verificación de la naturaleza de las personas jurídicas con el caso resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Burwell vs. Hobby Lobby Stores Inc.*, 134 S. Ct. 2751, 2014. Como nos indica un *amicus curiae* “la Corte Suprema permitió por primera vez que las empresas comerciales con pocos accionistas y con fines de lucro (*closely held for-profit corporations*) rechacen las leyes de aplicación general si el empleador las





considera contrarias a sus creencias religiosas”.¹¹ Este caso no es aplicable a Chile ni trasladable mecánicamente y los requirentes no lo han hecho en este caso en particular como previsible revelación de las dificultades inherentes a asumirlo dentro de nuestro ordenamiento. Si bien la mayoría de la Corte Suprema manifestó que no podía evaluar la sinceridad de un reclamo religioso, sí había que identificar alguna forma que trazase la separación con una “convicción honesta”. Esta tesis de la mayoría es rechazada por una minoría por ser imprecisa en la determinación del umbral o límite para realizar una distinción entre creencias religiosas sinceras de las que no lo son, por debilitar el cumplimiento neutro de la ley al sobrevalorar determinadas posiciones religiosas en sede judicial y por la discriminación al interior de las empresas entre diversas adscripciones de conciencia. Pero incluso en las posiciones de mayoría, se exige un vínculo esencial como paso previo para admitir la objeción no bastando meras reivindicaciones de sus dueños. Las formas jurídicas han de conciliarse con la naturaleza de los objetivos de las mismas.

136. En síntesis, bajo estas explicaciones nos ceñiremos a la posición conceptual de la jurisprudencia constitucional alemana, *prima facie*, que exige un tipo de organización de la personalidad jurídica que manifieste que en el ejercicio de derechos fundamentales se pueden ejercer derechos humanísimos dentro de los cuales no está la libertad de conciencia ni la objeción de conciencia, según ya vimos en el parámetro constitucional de este voto disidente. Este punto de partida no excluye del todo la posibilidad de invocar alguna objeción de conciencia en la medida que se ratifique una vinculación mediata pero directa, contundente y clara a un vínculo de conciencia. Esto implica, desde ya, excluir de la posibilidad de considerarse objetor a toda institución con fines de lucro, puesto que la voluntad manifestada es una decisión propia del capital y que termina por vulnerar la propia idea de conciencia.

137. Si se quiere manifestar una determinada conciencia, reflejada indirectamente en un ideario fuerte de rechazo a la interrupción del aborto por estas tres causales o por alguna de ellas, será necesario modificar la estructura instrumental de la personalidad jurídica. Lo contrario, sería distorsionar la validez jurídica de la conciencia, sería traspasar categorías normativas mediante un particular sincretismo que despoja de valor a los bienes jurídicos que protege. Esa también ha sido una técnica mal usada para darle relevancia o realce a la protección de determinadas titularidades no humanas (la naturaleza, los animales, etc.) pero que terminan por desvirtuar la propia noción de titularidad y de derechos fundamentales.

¹¹ Jil Morrison, *amicus curiae*, p. 5. Cuaderno separado Roles 5572 y 5650.



Esos bienes tienen su valor pero confrontados con derechos humanísimos cabe situarlos en planos diferentes.

138. No puede una institución con fines de lucro sorprender con una conciencia que no fluye sino de una decisión de algún controlador. En este caso, traemos a colación el ejemplo excepcional de la legislación uruguaya o francesa.

139. Pocos países prevén en su legislación un tipo de objeción de conciencia institucional en materia de interrupción voluntaria del embarazo. Por ejemplo, en Uruguay, la Ley N° 18.987, en su artículo 10, autoriza a las instituciones de salud a invocar objeciones de ideario con respecto a los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo, siempre que dicha postura la hayan manifestado con anterioridad a la promulgación de la ley. La norma excluye toda confusión con una objeción de conciencia institucional, establecer lo que llama "objeción de ideario". Establece que las instituciones que presenten objeciones de ideario respecto de la interrupción voluntaria *"podrán acordar con el Ministerio de Salud Pública, dentro del marco normativo que regula el Sistema Nacional Integrado de Salud, la forma en que sus usuarias accederán a tales procedimientos"* (art. 10º). Por ende, no hay sorpresa en la reivindicación de un ideario. Hay muy pocas instituciones en Chile que levantaron la voz para demostrar su posición en la larga tramitación de la Ley N° 21.030.

140. En Francia, la Ley N° 75-17, en su artículo 162-8, autoriza a los hospitales privados a negarse a realizar abortos en sus instituciones, previniendo que "en el caso de que el establecimiento haya solicitado participar en la ejecución del servicio hospitalario público o haya firmado un contrato de concesión, de conformidad con la Ley n. 70-1318, del 31 de diciembre de 1970 sobre la reforma hospitalaria, sólo se podrá otorgar dicha negativa si otros establecimientos están en condiciones de responder a las necesidades locales.". Nuevamente, en este caso sin sorpresas y como manifestación de que debe asegurarse la prestación médica para posteriormente ejercer con garantías para las mujeres, en los casos de determinadas instituciones, su condición de objetor.

141. En consecuencia, ya reiteramos nuestra posición inicial de realizar distinciones, según tipos de personas jurídicas, de sus formas de actuación en el derecho vigente y de identificación normativa y sin sorpresas de alguna conciencia mediata identificable en idearios densos, fuertes y específicos respecto de la legislación objetada. En cualquier circunstancia, este no es el caso de la reglamentación cuestionada puesto que la dependencia dice relación con el modo jurídico en que prestan servicios de salud.



7.- Es contradictorio con la autonomía de los cuerpos intermedios la objeción de conciencia institucional.

142. Partimos de la noción que la objeción de conciencia es individual, no institucional, y por ende únicamente los individuos que tienen conciencia pueden invocarla. El debate respecto de las personas jurídicas es cómo se suple esa ausencia de conciencia mediante el artilugio de la voluntad y el ideario. Como ya vimos, no basta que un sujeto o un colectivo de sujetos, pueden aducir que frente a cualquier deber jurídico, la objeción de conciencia pueda ser invocada. Y por lo mismo, diremos que no puede ser invocada sin generar perjuicios a la propia conciencia de las personas naturales integrantes de dicha institución. Y expresaremos porqué no es conciliable con la defensa de la autonomía de los cuerpos intermedios. Finalmente, sostendremos que la enorme integración vertical en la industria de la salud pone en serio riesgo que las obligaciones públicas del sistema de salud en estas tres prestaciones se desbaraten por una voluntad objetora que supera la mera convicción personal y se transforma en una fuerza de desobediencia a la ley.

a.- La objeción de conciencia institucional subordina la objeción de conciencia personal.

143. La objeción de conciencia no puede ser institucional, puesto que si se permitiese a las instituciones alegarlas, serán los directivos de estas, y consecuentemente sus dueños, quienes suplantarían la conciencia individual de todos quienes trabajan en ella (institución), imponiéndoles en virtud de un mandato inexistente su propia conciencia individual.

144. La OCI institucional tiene un efecto paradójico con las OC personales. Termina anulándolas, volviéndolas innecesarias y vulnerándolas. La relación existente entre la OC personal y la OC de la institución en la que laboran puede ser de tres tipos: idéntica, parcialmente similar o contraria.

145. Al ser idéntica a la del médico y su equipo, bastaría que la institución la invocara careciendo de valor práctico la revelación de la conciencia individual. Todo esto no deja de ser relevante desde el punto de vista jurídico, según veremos.

146. Al ser parcialmente similar, porque coinciden en la causal invocada por la institución, no sólo se manifiesta la innecesariedad de aplicación de la causal de aborto por la cual están de acuerdo, sino que manifiestan su desacuerdo explícito en otra causal. En este sentido, sólo hay un caso en el cual subsiste la importancia de la conciencia individual de los médicos y su



equipo, que es cuándo ésta coincide en una causal con la institución, pero es más amplia la individual que una definición acotada de la clínica u hospital. En el caso contrario, tenemos una dificultad laboral a la cual habrá que estar atento.

147. Finalmente, está el absoluto desacuerdo. Médicos y equipos que no la invocan respecto de instituciones que la promueven parcial o completamente. En este caso, no sólo se anula la decisión individual sino que la vulnera.

148. La vulneración consiste en la subordinación moral de la conciencia individual al colectivo. Esta dimensión puede ser aceptable normativamente o no, siempre que medie una decisión personal. Es plausible subordinar la conciencia individual a un ente jurídico en la medida que esta decisión no se derive en un atropello a derechos fundamentales, en una renuncia forzada e inaceptable a derechos de la misma naturaleza y en un efecto sobre terceros que les genere daño.

149. Recordemos el reglamento de la objeción de conciencia, el DS N° 67 de 2018, del Ministerio de Salud, define unos criterios de formal **compatibilidad entre la OC personal y la institucional**. Estos son: primero, que operan de un modo independiente. Segundo, que la suma de OC personales no implican la voluntad de la institución. Tercero, que "en ningún caso" la institución o sus directivos pueden "exigir, presionar o establecer cualquier tipo de consecuencias o incentivos" para la manifestación de la OC. Cuarto, que la OCI debe respetarse por parte de sus integrantes.

150. La decisión puede derivar en un atropello de derechos fundamentales puesto que la decisión individual de conciencia carece de sentido en los casos de identidad. Sin embargo, esa coincidencia no es inocua. Una manifestación de conciencia, libremente definida y sopesada, se transforma prácticamente en un "cazabobos", perdonando la expresión, puesto que exige una manifestación de la conciencia con un pretendido valor jurídico que termina en la identificación de un principio religioso o moral del cual se puede deducir una discriminación, lo que está expresamente prohibido por el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Dicho de otra manera, nadie necesita en un trabajo expresar las manifestaciones íntimas de la conciencia puesto que no son necesarias para el desarrollo de la labor que desempeñamos. En los casos de identidad, esto es sin relevancia normativa, configuran simplemente una enunciación de exteriorización de la conciencia de todos los médicos y equipos de pabellón, los que declaran la OC y los que estiman que debe procederse a realizar esa prestación médica. Se convierte en una radiografía de la conciencia religiosa





y moral de los médicos y de todo el equipo del pabellón. Esta manifestación externa deja en lúbrica los criterios del DS N° 67. Se torna en variable dependiente la OC personal de la OC institucional y quedan expuestos los derechos personales laborales específicos e inespecíficos de los trabajadores de un hospital o una clínica como una herramienta en donde acceden a información respecto de la cual jamás tendría derecho ningún empleador, porque solicitarlo por sí mismo es discriminatorio.

151. La decisión es innecesaria porque la OC personal al interior de instituciones con ideario denso permite hacer prevalecer la voluntad del ente colectivo, puesto que su posición no aparece de sorpresa, es previsible y es conocida como condición de ingreso laboral a dichos establecimientos. Por ende, las OC del personal, especialmente, al interior de instituciones médicas de raíz religiosa evidencian algo que es lógico para sus funcionarios y para quienes se atienden ahí. Aunque la no prestación médica de la cobertura de determinados supuestos de aborto implique una quiebra de la voluntad imperativa de la ley, resulta natural entender el rechazo de algunos específicos y restrictivos lugares. Es innecesaria porque las OC de su personal es la manifestación del ideario de la institución a la que se integró su personal.

b.- Esto es contradictorio con la autonomía de los cuerpos intermedios.

152. Aunque el criterio del DS N° 67 nos indique que la suma de las OC personales jamás representa a la institución, nos vuelve a manifestar una confusión extrema de términos. Confunde la conciencia individual con la voluntad de la persona jurídica. Jamás esas conciencias representarán la voluntad de la persona jurídica, pero la suma de ella sí representa la fuerza vinculante de la organización a la que pertenecen.

153. No es posible que venga el Estado a apoyar la fuerza vinculante de organizaciones, grupos intermedios, asociaciones, etc. que por sí mismas carecen de la persuasión suficiente en sus ideales. O sus ideales son densos y fuertes y vinculan por persuasión o simplemente son débiles y famélicos y piden auxilio al Estado para imponer una voluntad de sus propietarios. Eso no es una adecuada autonomía. Eso va contra la autonomía que la Constitución preserva a las organizaciones que reconoce.

154. Pero también puede terminar vulnerando derechos fundamentales de los integrantes de la entidad privada médica y de los pacientes. Respecto de los primeros, lo hará cada vez que no coincida la conciencia personal con la OC de la institución que integran. El criterio del DS N° 67, de 2018, de que la OC institucional debe implicar un deber de respeto por parte de sus



integrantes es un mandato razonable cuando existe un ideario denso, lo que configura una excepción en prácticamente todos los casos médicos chilenos.

155. La única opción de estimar que la voluntad colectiva subordina la conciencia de las personas es mediante un acto voluntario de sus integrantes de asumir las condiciones particulares de la confesión o ideario al que se integraron. La propiedad privada no es un título de subordinación de la conciencia, el libre emprendimiento no es un fundamento para coartar la libertad de expresión, el mercado de la salud no ofrece restricciones a las prestaciones autorizadas y de manifestación de la conciencia de sus empleados y la mera asociatividad carece de sustento para validar coacciones.

156. Por lo demás, esta barrera contra la subordinación individual a entes colectivos el Tribunal Constitucional la ha llevado a diversas áreas. Por una parte, ha impedido que los vecinos queden subordinados a una Junta de Vecinos (STC Rol N° 126/1991, cc) y ha permitido cuántas sean necesarias para organizarse, aunque exista una sola unidad territorial que integren. El Tribunal Constitucional tampoco ha reconocido la existencia de una titularidad sindical en un sindicato específico y ha reconocido que el derecho a negociación colectiva también puede ser ejercido por trabajadores temporalmente representados por grupos negociadores. Ha hecho prevalecer la voluntad individual del derecho de los trabajadores a negociación colectiva por sobre el ejercicio colectivo de ese derecho en el sindicato (STC 3016).

157. Y terceros pueden ser dañados porque la OC institucional no es un título para impedir todo tipo de deberes normativos en el cumplimiento de la Ley N° 21.030. Cuando se invoca la OC personal quedan subsistentes dos deberes: el de reasignación personal y el de derivación.

158. Sin embargo, cuando lo invoca la institución médica deben quedar nítidamente reflejados esos deberes. Sin embargo, la OC de este tipo es un disuasivo para impedir que se acerquen a esa clínica u hospital. Se adopta como una causal de exención de todo tipo de deberes puesto que no hay reasignación a otro médico, porque jamás en esa clínica alguien podrá abortar por alguna de las tres causales autorizadas y no hay deber de derivación porque la OCI, lo asume como un título de prohibición de acercamiento de una mujer en estas condiciones críticas de un modo estigmatizante. "Allí no atendemos estas prestaciones y no aceptamos provocaciones".



159. Sin embargo, quizás haya algún caso de laboratorio que pueda tener esas características pero la habitualidad de los casos implicarán que las mujeres asistirán de buena fe para realizar un acto que configura una grave daño para su vida, salud e integridad personal. Cuando no hay otra opción geográfica que recurrir a ese lugar, este tipo de OC puede marcar un problema de derivación que concluya en una falta de servicio público.

c.- La objeción de conciencia colectiva debe deslindarse de la desobediencia civil.

160. En otro ámbito, no puede considerarse el carácter derogatorio, ni menos estimar que el concepto constitucional de conciencia no tiene un nomen iuris de la libertad de conciencia, sino que, nuestra Carta Fundamental, alude a la libertad ideológica y religiosa. En conclusión, resulta improcedente considerar que la actuación práctica del objetor de conciencia quien actúa sólo, a diferencia de aquel que recurre a la desobediencia civil o la protesta social, quien funcionalmente actúa de manera colectiva.

161. Este funcionamiento colectivo tiene una manifestación económica muy seria en la industria privada de salud. Si bien no se ha cuestionado normativa, ni jurisprudencialmente la concentración e integración vertical de diversos segmentos de la industria de la salud, lo cierto es que la voluntad colectiva de sus dueños tiene una posibilidad de impactar a toda la Ley N° 21.030 a partir de algunas sesiones de directorios que pueden actuar sin previsibilidad ninguna y por sorpresa. Decisiones de esa naturaleza están fuera de la reivindicación de una autonomía "adecuada" de los cuerpos intermedios que reconoce la Constitución, en su artículo 1° de la Constitución. Si bien es un escenario que estimamos lejano es objetivamente representable lo que nos lleva a identificarlo como un problema y ejemplo de un actuar contrario, frontal y hostil a la ley, alejado de toda objeción a la misma.

V.- APLICACIÓN DE CRITERIOS AL CASO CONCRETO DEL REGLAMENTO.

162. El inciso segundo del artículo 13 del reglamento cuestionado impide a las instituciones prestadoras de salud acogidas al Decreto con Fuerza de Ley N° 36 invocar la objeción de conciencia. La mayoría estima su inconstitucionalidad de lo que discrepamos conforme a los siguientes argumentos. Primero, por el encuadramiento normativo de esas instituciones de salud. Segundo, por los criterios interpretativos que hemos identificado como la interpretación restrictiva de la objeción de conciencia en relación con un parámetro constitucional que exige verificar cómo extender esta facultad a personas jurídicas, acorde un ejercicio de derechos



según su naturaleza jurídica. Y, en tercer lugar, como un examen ponderado a entidades de salud que, *prima facie*, en el marco de interpretaciones jurídicas excesivamente elásticas no tienen derecho a invocar esta objeción.

a.- **Las entidades de salud realmente sujetas al DFL N° 36 de 1980.**

163. La mayoría ha vinculado el impedimento de invocación de conciencia de 6 instituciones prestadoras de salud del DFL N° 36, de 1980, sobre 80 instituciones potenciales, basadas en el hecho de una suerte de dimensión estadocéntrica de esta concepción. Por de pronto, recordar que se trata de 6 sobre 80, según acreditó mediante rectificación a la medida para mejor resolver el Ministerio de Salud al identificar las instituciones que tienen esos convenios vigentes. No sabemos cuán totalizadoras pueden ser esas seis instituciones, pero a lo menos matemáticamente huye del estalinismo estatista. Y cualitativamente también en función del modo en que está incardinada la institucionalidad de estas prestaciones médicas.

164. Quizás debamos examinar un poco el concepto de servicio público en su origen francés. Garrido Falla explica que “en el Derecho administrativo francés el concepto de servicio público se convierte en la columna vertebral del sistema. A comienzos de siglo, en sus *Transformaciones del Derecho Público*, León Duguit pretendió sustituir la (sic) bases tradicionales de esta rama del Derecho que había venido girando en torno al concepto de soberanía, para poner en su lugar el de servicio público; toda actuación administrativa deviene así actuación de servicio público. (...) En definitiva, pues, estamos aquí en presencia de un concepto amplio de servicio público; del medio para satisfacer las necesidades generales hemos pasado a la finalidad misma de toda actuación administrativa.” (Garrido Falla, Fernando (1994). El concepto de servicio público en Derecho español. *Revista de Administración Pública*, 135, pp. 7-36, p. 9).

165. Respecto a los caracteres del servicio público, Agustín Gordillo plantea que “[e]n razón de que trata de satisfacer una necesidad pública, el servicio público debe estar dotado, se afirma entonces, de “medios exorbitantes al derecho común,” es decir, de un régimen de derecho público que asegure la *generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad* del mismo”, precisando que “[l]a continuidad del servicio público reside, pues, en que se satisfaga oportunamente —sea en forma intermitente, sea en forma ininterrumpida, según el tipo de necesidad de que se trate— la necesidad pública. En los servicios públicos de defensa nacional, electricidad, gas, aguas corrientes, etc., la continuidad se traduce en la ininterrupción del servicio; en el servicio público de la enseñanza primaria, en cambio, la continuidad consiste en que la actividad se realice durante el año lectivo y se suspenda durante las vacaciones./ La *generalidad* significa



que todos los habitantes tienen derecho a gozar del servicio, y se comprende en una característica que a veces se menciona aisladamente: La *igualdad o uniformidad*, por imperio de la cual todos tienen derecho a exigir el servicio en igualdad de condiciones. *Regularidad* quiere decir conformidad a reglas y condiciones preestablecidas." (Gordillo, Agustín (2013). Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Tomo 8. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, p. 401).

166. En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 28 de la LOCBGAE dispone sobre el concepto de servicio público y sus caracteres en los siguientes términos: "Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua." A su turno, el artículo 37 del citado cuerpo legal previene que "[l]os servicios públicos podrán encomendar la ejecución de acciones y entregar la administración de establecimientos o bienes de su propiedad, a las Municipalidades o a entidades de derecho privado, previa autorización otorgada por ley y mediante la celebración de contratos, en los cuales deberá asegurarse el cumplimiento de los objetivos del servicio y el debido resguardo del patrimonio del Estado." De modo que los servicios públicos están facultados, previa autorización legal, para encomendar la ejecución de acciones propias a entidades de derecho privado, mediante la celebración de contratos, en los cuales deberá asegurarse el cumplimiento de los objetivos del servicio, esto es, satisfacer una necesidad colectiva de manera regular y continua. Estos contratos son los denominados contratos de servicios.

167. En el Derecho Administrativo, se distingue entre contratos de servicios y contratos de gestión de servicios públicos o concesión. David Blanquer señala que "[e]n relación a las recíprocas prestaciones que son objeto del negocio jurídico oneroso, hay dos rasgos fundamentales para diferenciar estos dos contratos de naturaleza administrativa, que son la concesión para gestionar un servicio público, y la prestación de un servicio a favor de la Administración: / (i) la certeza del precio de un contrato conmutativo, o la aleatoriedad de la remuneración que percibe el contratista; el «contrato de servicios» es conmutativo, mientras que la «concesión» es un negocio jurídico aleatorio; (ii) el sujeto beneficiario de la prestación del servicio: la propia Administración que adjudica el «contrato de servicio», o un tercero como es el usuario del servicio (como sucede en el caso de la «concesión»)." (Blanquer Criado, David (2012). La concesión de servicio público. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 265).

168. La Ley N° 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, regula estos contratos de servicios. En efecto, su artículo 1°, inciso primero, prescribe: "Los contratos que celebre la



Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado.”.

169. En este orden de ideas, los Servicios de Salud son servicios públicos “que coordinadamente tendrán a su cargo la articulación, gestión y desarrollo de la Red Asistencial correspondiente, para la ejecución de las acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud y rehabilitación de las personas enfermas” (art. 16 del DFL. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud). Son los continuadores legales del Servicio Nacional de Salud y del Servicio Médico Nacional de Empleadores, dentro de sus respectivos territorios (art. 16 del DFL. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud). En la misma línea, el artículo 133 del DFL. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, establece que “[l]os organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud son responsables de la ejecución de las acciones que tiendan a asegurar la salud de los habitantes de la República.”.

170. Ahora bien, el artículo 1° del DFL. N° 36, de 1980, del entonces Ministerio de Salud Pública, señala que que sus disposiciones se aplicarán a aquellos convenios que celebren los Servicios de Salud 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 acciones de salud que les corresponde ejecutar”. A reglón seguido, el artículo 2° del citado decreto con fuerza de ley previene que los convenios regidos por él “serán aquellos en cuya virtud un organismo, entidad o persona distinta del Servicio de Salud sustituye a éste en la ejecución de una o más acciones de fomento, protección y recuperación de la salud o de rehabilitación de enfermos, sea por delegación, mandato u otra forma que les permita actuar y administrar por cuenta del Servicio para atender a cualquiera de los beneficiarios de éste, sin perjuicio de la atención que podrá prestarse a otras personas conforme al convenio y de acuerdo a las normas que rigen al Servicio.”.

171. Por consiguiente, el citado DFL. N° 36, de 1980, es la autorización legal que exige el artículo 28 de la LOCBGAE, antes referido, a los servicios públicos para encomendar la ejecución de acciones propias a terceros. Dicha delegación de funciones deberá efectuarse a través de la celebración de un convenio, en el cual, de acuerdo a lo previsto en el aludido artículo 28 de la LOCBGAE “deberá asegurarse el cumplimiento de los objetivos del servicio y



el debido resguardo del patrimonio del Estado", en consecuencia, los organismos, entidades o personas que ejecuten, por cuenta de los Servicios de Salud, las acciones de salud convenidas deben hacerlo de manera regular y continua, esto es, de acuerdo a la legislación pertinente y de manera oportuna. En este sentido, la Contraloría General ha resuelto que "el decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, autoriza a los Servicios de Salud para encomendar a terceros que tomen a su cargo, por cuenta de tales Servicios, algunas de las acciones de salud que les corresponde ejecutar, y al efecto regula un acuerdo de voluntades cuyo objeto requiere, naturalmente del establecimiento de requisitos y modalidades de desempeño adecuados a la finalidad de dar cumplimiento, por parte de los aludidos terceros, a la ejecución de las acciones que el ordenamiento jurídico ha puesto de cargo de los Servicios de Salud." (Dictamen N° 51.081, de 27.10.2006).

172. Los convenios a que se refiere el DFL. N° 36, de 1980, son contratos de servicios y, por tanto, el sujeto beneficiario, en primer lugar, es la Administración. Así lo ha estimado la Contraloría General, la cual ha dictaminado, en jurisprudencia que no ha variado, que dichos convenios están sujetos a las disposiciones de la Ley N° 19.886, considerando que "las peculiaridades antes señaladas, las cuales indudablemente encuentran sustento en la índole de los desempeños aludidos, no alteran la naturaleza jurídica propia de la figura en estudio, constituida esencialmente por la concurrencia de un acuerdo de voluntades entre partes diversas, destinado a la creación de obligaciones y derechos, esto es, por la existencia de un contrato, el cual se caracteriza por ser bilateral y oneroso, toda vez que, respectivamente, los derechos y obligaciones que genera son recíprocos o interdependientes, y su conclusión reporta utilidad o provecho para ambas partes./ A continuación, corresponde agregar que el objeto de las prestaciones a que dan lugar consiste en una obligación de hacer de carácter inmaterial, por cuanto la persona o entidad contratante se compromete, en su virtud, al cumplimiento de las labores profesionales y técnicas, pertenecientes al ámbito de la salud, cuya descripción debe constar en las cláusulas pertinentes; lo cual implica, en definitiva, la prestación de un servicio en favor de la entidad pública respectiva, a lo cual cabe agregar que, en este contexto, el término "servicio" debe ser entendido en el sentido que le otorga la acepción correspondiente del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, de conformidad con la cual "servicio" es una "prestación humana que satisface alguna necesidad del hombre que no consiste en la producción de bienes materiales".

173. En consecuencia, y atendidos los antecedentes expuestos, es necesario concluir que los convenios a que se refiere la consulta de la suma forman parte de la clase de los contratos administrativos onerosos que



tienen por objeto la prestación de un servicio en favor de la Administración del Estado, necesario para la adecuada ejecución de las tareas que competen a los organismos públicos que los concluyen, y que, por ende, se encuentran sujetos a las disposiciones de la ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, a la cual deben someterse los Servicios de Salud en relación tanto con los procedimientos preparatorios de su conclusión como en la configuración de sus cláusulas definitivas, todo ello sin perjuicio de la aplicación de los preceptos contenidos en el decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud, en cuanto no se opongan a los términos de la mencionada Ley de Bases.” (Dictamen N° 51.081, de 27.10.2006). (...) Asimismo, las entidades privadas que celebran los convenios regulados por el DFL. N° 36, de 1980, se obligan para con los Servicios de Salud a entregar a los usuarios de la red asistencial pública las prestaciones que requieran, en virtud de los referidos convenios, en condiciones que aseguran la regularidad y continuidad del servicio, de conformidad con lo establecido en el citado decreto con fuerza de ley, la Ley N° 19.886 y su reglamento, y lo estipulado en el respectivo convenio. Por consiguiente, los convenios regulados por el DFL. N° 36, de 1980, no establecen un marco de cooperación público-privada para el ejercicio de acciones de salud, sino que facultan a los Servicios de Salud para encomendar la ejecución de acciones de salud, de cuenta de ellos, a entidades privadas, en virtud de expresa autorización legal, asegurándose, en todo caso, que se dé cumplimiento a los objetivos del servicio y se resguarde debidamente el patrimonio del Fisco, de conformidad con lo dispuesto en el art. 28 de la LOCBGAE. Esos convenios permiten a los Servicios de Salud responder, de manera regular y continua, frente a los usuarios de la red asistencial pública. Los usuarios de la red asistencial pública son derivados a las entidades privadas con las cuales los Servicios de Salud han celebrado los citados convenios, es decir, ellos no eligen acudir a dichas entidades. En consecuencia, las entidades privadas deben otorgar las prestaciones requeridas por los usuarios de manera regular y continua, toda vez que, en virtud del contrato de servicio que las vinculan con los Servicios de Salud, están entregando un servicio público por cuenta de estos últimos.

b.- Constitucionalidad de esta restricción de la calidad de objeto.

- 174.** Se puede restringir la condición de objeto por la naturaleza de realizar prestaciones de salud pública y eso tiene base constitucional en el derecho de protección de la salud que se articula en nuestro país a través de acciones públicas y privadas. Se exige coordinación interinstitucional y se garantiza siempre el derecho de opción de las personas entre instituciones públicas o privadas, según mandatos ya reiterados desde la Constitución.



- 175.** En tal sentido, todo el sector salud tiene un sistema completo diseñado para la coordinación y su adecuada fiscalización. Los hospitales y clínicas que integran el sector salud, constituyen el sistema nacional de salud (artículo 2° del DFL N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud). Y el Ministerio mismo fiscaliza el debido cumplimiento de normas en materia de salud (artículo 4, numeral 3° del DFL N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud). Justamente esa tarea es del SEREMI de Salud (artículos 4° y 12 N° 1 del DFL n° 1, de 2006, del Ministerio de Salud).
- 176.** El Tribunal ha sostenido que “posible es inferir no sólo que los particulares pueden coadyuvar con el Estado en su deber de garantizar el derecho fundamental a la protección de la salud, lo que se halla en plena armonía con el principio de subsidiariedad que reconoce la Carta Fundamental, sino que, además, tales instituciones, al hacerlo en relación a sus afiliados, se sitúan en un plano análogo al de su titular originario, el Estado.” (STC Rol N° 1287, c. 52°). Las instituciones privadas que colaboran en la ejecución de acciones de salud tienen características y deberes específicos, que justifican una mayor intervención estatal. En efecto, las acciones de salud son prestaciones de promoción, protección, recuperación y rehabilitación del individuo, y el Estado tiene el deber preferente de garantizar su ejecución. Tal deber se realiza a través de instituciones públicas y privadas, “en la forma y condiciones que determine la ley”. Esta regulación incluye a la ley y a la potestad normativa de los órganos de la Administración que controlan y coordinan las acciones relacionadas con la salud (STC Rol N° 1710, c. 123°).
- 177.** En consecuencia, no se trata entonces de asociaciones que tengan plena autonomía para definir sus fines y las formas de ejecutarlos. Son instituciones que complementan un deber estatal preferente, bajo el control y coordinación del Estado, y en el que las personas tienen el derecho acceder de forma libre e igualitaria a acciones de salud, y a elegir libremente el sistema de salud al que desean acogerse. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por su parte, ha afirmado que “[d]onde los prestadores de servicios de salud pueden invocar la objeción de conciencia, los Estados deben regular adecuadamente esta práctica con el objeto de asegurar que ella no inhiba el acceso de las personas a la atención de salud sexual y reproductiva” (Observación General N° 22 (2016), sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), punto 43).
- 178.** En esta materia, hay que recordar que la objeción de conciencia tiene límites, acordes al numeral 6° del artículo 19 de la Constitución, siendo sus dos principales excepciones a todo evento. La primera es legal, cuando está



en riesgo la vida de la madre. Pero hay una segunda, que vale la pena recordar y que es aquella lógicamente resultante de una interrupción del embarazo que ya se ha producido. Por ende, no podrá ejercitarse el derecho posteriormente a la interrupción del embarazo ni tampoco en caso de que la gravidez implique un grave riesgo para la salud de la mujer, en cuyo caso se deberá tratar de salvar la vida del embrión o feto sin poner en peligro la vida o la salud de la mujer.

179. Fuentes adicionales para verificar la constitucionalidad de esa restricción se han descrito a lo largo de todo este voto disidente y que podríamos resumir en el hecho de que debe procederse a una interpretación restrictiva de la objeción de conciencia. Esa mirada restrictiva opera por variadas circunstancias. Primero, porque es necesario entender que se trata de sustraerse de una obligación legal, siendo una quiebra de un deber normativo que autoriza el propio legislador como una ponderación de intereses y bienes jurídicos confrontados. Segundo, porque la mayoría cuestiona leyes vigentes y dictámenes de la Contraloría General de la República que no son parte de este conflicto para cuestionar una norma reglamentaria. Tercero, porque se trata de personas jurídicas que deben reivindicar el derecho a ser considerado objetor en función de su naturaleza jurídica, acorde al epígrafe del artículo 19 de la Constitución, lo que no se demuestra en ningún momento. En cuarto término, porque hay deberes constitucionales en materia del derecho de protección a la salud, especialmente, el deber de proteger las acciones de salud de un modo libre e igualitario. De asumir, la coordinación de los servicios de salud, especialmente, de la novación de obligaciones y eventual falta de servicio, por los deberes de reasignación profesional o derivación institucional en casos de objeción de conciencia al aborto. Porque se trata de una objeción de conciencia que puede tener efectos perjudiciales para terceros pacientes del sistema de salud y para funcionarios integrantes de esas instituciones puesto que se trata de una norma que no fomenta la protección de la conciencia de las personas y porque no es una modalidad de garantía de la adecuada autonomía de los cuerpos intermedios puesto que se basa en la fuerza estatal para suplir su falta de persuasión en su ideario a sus integrantes. Resulta obvio que esos derechos pueden armonizarse mejor con convicciones persuasivas en la objeción de conciencia del personal médica, descritas con previsibilidad y con responsabilidad a los deberes propios de la salud pública.



c.- Una mirada a las otras instituciones que podrían tener convenios de acuerdo al DFL N° 36 de 1980.

- 180.** Finalmente, de acuerdo a los oficios N° 5398, de 28.11.2018, y N° 5401, de 29.11.18, del Ministerio de Salud, 80 establecimientos de salud, en virtud del artículo reglamentario impugnado, no podrían invocar la objeción de conciencia institucional en caso que celebraren los convenios a que se refiere el DFL. N° 36, de 1980, del entonces Ministerio de Salud Pública y 6 no pueden invocarla actualmente, por mantener convenios vigentes con los Servicios de Salud. Pues bien, este grupo de establecimientos de salud puede clasificarse, a grandes rasgos, en tres subgrupos según el tipo de organización del establecimiento: (1) establecimientos vinculados a órganos de la Administración del Estado, como por ejemplo, Clínica San Lorenzo (Codelco), Hospital Fach, Hospital Militar y Hospital Clínico Universidad de Chile, entre otros; (2) establecimientos privados que son sociedades anónimas y sociedades por acciones, las que integran mayoritariamente –en más de un 60%– la nómina entregada por el Ministerio de Salud; y (3) establecimientos privados que no son sociedades anónimas ni sociedades por acciones, como corporaciones y fundaciones (Clínica Oncológica Arturo López Pérez, Clínica Adventista y Hospital San Francisco de Pucón, entre otros).
- 181.** En cuanto a las entidades de salud asociadas a órganos de la Administración del Estado, no es admisible constitucionalmente sostener que la Administración del Estado está facultada para no cumplir la ley, por lo tanto, queda descartado que puedan invocar la objeción de conciencia institucional.
- 182.** En cuanto de los establecimientos privados de salud, resulta clave distinguir entre aquellos que son sociedades anónimas o sociedades por acciones de aquellos que no lo son, como corporaciones y fundaciones, por cuanto solo estas últimas tienen aptitud para manifestar un determinado ideario, toda vez que pueden encarnar el ideario de sus asociados.
- 183.** A modo de colofón, en efecto, en el propio proyecto sobre interrupción del embarazo por las tres causales se concibe la objeción de conciencia de carácter individual, el cual fue de manera consensuada aprobado por el Congreso Nacional; sin embargo, en nuestro criterio no resulta legítima ni jurídicamente posible la objeción de conciencia institucional, por las razones ya expuestas, con una sola excepción, la cual consiste en que, en ningún evento, se pueda impedir una objeción de conciencia colectiva, donde un grupo de médicos de una institución pública p. ej. puedan perfectamente ejercer la objeción de conciencia de manera colectiva, pero no institucional.



184. También, cabe hacer presente que el derecho a la objeción de conciencia no puede ser estimado como un derecho absoluto ni prioritario, frente a otros derechos, pues está limitado en cuanto puede vulnerar los derechos de otras personas o cuando se enfrenta a otros valores que será necesario ponderar.

185. El conflicto de valores que se produce es aquel entre el derecho del objetor en base a sus creencias y los derechos de quien solicita una prestación que considera justa y que está permitida por la ley. La solución a este dilema es buscar la manera de respetar a ambos derechos, en la medida de lo posible, en sus respectivos valores esenciales y necesidades.

186. En un sentido clásico la objeción de conciencia era una especificación de la libertad de conciencia, por la que supone un derecho a obrar de modo conforme a imperativos de conciencia, vinculando la libertad de pensamiento y la objeción de conciencia en una operación práctica, caso a caso, excepcionalísima y siempre vinculada a la exención de un deber (incumplir un deber).

De esta manera al enunciarse la objeción de conciencia institucional nos encontramos frente a un conflicto no menor, al pasar de un reconocimiento cuyo titular es el individuo a la ampliación a una objeción de conciencia institucional, lo cual deriva en reconocer dentro del marco del Estado de Derecho su existencia. ¡A lo menos dudosa!

187. El comportamiento del objetor es siempre una excepción, no parece ser susceptible su existencia a nivel institucional, dado que ello implicaría en la doctrina jurisprudencial un principio de desobediencia general de las leyes y, en particular, de los deberes. Por su lado, las falacias argumentativas son la contrapartida al conjunto de reglas claras (las de la lógica) que nos permiten saber con seguridad si el argumento es o no correcto desde el punto de vista formal. Es a partir de esto que las principales falacias argumentativas se identifican con aspectos de negación del antecedente, la afirmación del consecuente, la argumentación ad hominem, el falso dilema, etc.

188. En el caso concreto de la objeción de conciencia institucional, se produce una "falacia de falso dilema", consistente, cuando se presenta en una situación como si sólo hubiera dos alternativas posibles o cuando se presenta con el propósito de generar respaldo o aceptación a una medida o decisión alegando que la alternativa es todavía peor, sin tener en cuenta que pueden encontrarse otras vías, opciones o alternativas que resulten más adecuadas o aceptables. Debemos asumir una serie de recortes importantes



en nuestros derechos fundamentales (mediante el registro de nuestras comunicaciones telefónicas o por internet, la colocación de cámaras de vigilancia, medidas de control en los transportes públicos -sobre todo en los aeropuertos-, las detenciones prolongadas sin acusación ni asistencia letrada, etc.), porque de lo contrario sucumbiremos frente al terrorismo islamista. Se plantea así la disyuntiva entre "seguridad" o "derechos" para justificar un drástico recorte en estos últimos, sin tener en cuenta (o no querer aceptar) que estas medidas suponen un sacrificio muy grande de algo que ha costado mucho tiempo y esfuerzo obtener, y que son muy poco efectivas, entre otras cosas porque no afecta a las verdaderas causas del problema, más vinculadas a fenómenos como la pobreza, la desigualdad, la marginación social y la ignorancia.

- 189.** En conclusión, se trata de argumentos de tipo disyuntivos, donde o aceptas simplemente mi hipótesis o vendrá el caos o el mal absoluto. No es más que un tipo argumentativo que no razona sobre la validez de la argumentación jurídica ni lógica, sino que se basa sólo en presupuestos de una presión falsa e inidónea.
- 190.** En cuanto a la objeción de conciencia institucional esta no es factible tal como se ha reseñado sino que más bien las instituciones privadas pueden establecer normas que protejan su libertad ideológica o religiosa, limitando la práctica de prestaciones que de acuerdo a sus principios no serían aceptables, sin embargo, aquello no es fundamento del ejercicio de su derecho de objeción de conciencia sino el uso de criterios éticos previamente establecidos en sus estatutos y misión institucional.
- 191.** La institución pública, a diferencia de la institución privada no puede limitar la prestación a las que sus usuarios tengan legalmente derechos, porque se trata de una representación del Estado y como tal debe cumplir con la normativa pertinente. Tal limitación sería exigible a aquellas instituciones privadas que en virtud del mandato constitucional entregado al Estado en el ejercicio del derecho a la protección de la salud, han decidido celebrar, de forma libre y espontánea, convenios para actuar en representación de los servicios de salud pública en la entrega de prestaciones gineco-obstétricas.



PREVENCIONES

Los Ministros señor Domingo Hernández Emparanza y señora María Pía Silva Gallinato concurren a acoger el requerimiento de inconstitucionalidad, pero previenen que no compartan lo expresado en los considerandos 11° y 12° de la sentencia de mayoría, por las siguientes razones:

1°. Que el referido considerando 11° afirma que “la Constitución de 1980 innovó radicalmente respecto a la concepción estadocéntrica que inspiró a la Carta de 1925 e, incluso, al DL 1.552 aprobatorio del Acta Constitucional N° 3, de 1976”, fundando esa aseveración tanto en lo que disponía el N° 16 al art. 10 de la Carta de 1925, incorporado por la ley N° 17.398, de 1971, conforme la cual: “Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salud”, como en lo preceptuado en el Artículo Primero N° 19 del DL. 1552 aprobatorio del Acta Constitucional N° 3, cuyos incisos 2° y 3° establecían: “El Estado asume la responsabilidad de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá asimismo, la coordinación y control de las acciones integradas de salud” y “Es deber preferente del Estado la ejecución de acciones de salud, sin perjuicio de la libre iniciativa particular en la forma y condiciones que determine la ley”.

2°. Que el “estadocentrismo” es un concepto que proviene tanto de la sociología como de la ciencia política y dice relación con un modelo de sociedad que explica la experiencia política desde el Estado y sus instituciones, resultando opuesto al “sociocentrismo”. Según este último concepto la realidad política se explica desde el actuar de las sociedades, basándose en que la unidad política primordial son las personas actuando como individuos o en grupos; el Estado refleja la realidad social; el poder político no reside en las instituciones estatales en sí mismas, sino en las personas que operan a través de ellas; y, en fin, la soberanía se encuentra fragmentada y descentralizada por lo cual las relaciones políticas se construyen “desde abajo hacia arriba” (Eneko Sanz “*Estadocentrismo, sociocentrismo y estatismo en la construcción de paz posbélica*”, julio de 2010).

3°. Que, mientras tanto, en el modelo “estadocentrista” las decisiones públicas se imponen por el Estado en forma monopólica, con un estilo de gobierno “desde arriba hacia abajo”, que organiza un control autoritario de aparatos burocráticos y una movilización de recursos y soportes que se expresan a través de un marco y límites a las actividades de los ciudadanos, apareciendo el aparato estatal como el defensor del orden público y generador del espacio público estatal (Freddy Martínez Navarro, “*¿Estado regulador o autoregulación social? Una reflexión sobre el*



rol del Estado en las redes de política", Revista Chilena de Administración Pública N° 13, junio 2009).

4°. Que, si bien la Constitución de 1925 no contemplaba en su texto un precepto que garantizara expresamente la autonomía de los cuerpos intermedios y reconociera el rol que cumplen de contribuir a crear las condiciones sociales para alcanzar el bien común, como se deduce de lo dispuesto en los incisos 3° y 4° del art. 1° de la Carta Fundamental actual, de su propio texto no puede afirmarse que ésta se encontraba inspirada en una concepción "estadocéntrica" y que la Constitución de 1980 innovara "radicalmente" en esta materia.

5°. Que, en efecto, la ley N° 17.398 de 1971, llamada "Estatuto de Garantías", introdujo una serie de reformas a la Constitución de 1925 con el objeto de concretar a través de su letra los progresos del constitucionalismo mediante el perfeccionamiento de la regulación de los derechos que aseguraba su texto primitivo y la consagración de algunos nuevos, entre los cuales se encuentran aquellos que buscan fortalecer el rol que cumplen los grupos intermedios en la sociedad.

6°. Que, conforme a lo anterior, la ley N° 17.398 aseguró a las personas el derecho a formar y participar en partidos políticos (art. 9), a fundar y mantener diversos medios de comunicación (art. 10 N° 3), a ejercer la libertad de enseñanza a través de instituciones privadas y a organizarlas y mantenerlas (art. 10 N° 7) y a constituir organizaciones sindicales (art. 10 N° 14). Asimismo la ley 17.398 añadió al art. 10 su N° 17, en virtud del cual, en términos genéricos, se reconoce: "El derecho a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica con el objeto de lograr el pleno desarrollo de la persona humana y su incorporación efectiva a la comunidad nacional. El Estado deberá remover los obstáculos que limiten, en el hecho, la libertad e igualdad de las personas y grupos, y garantizará y promoverá su acceso a todos los niveles de la educación y la cultura y a los servicios necesarios para conseguir esos objetivos, a través de los sistemas e instituciones que señale la ley", para luego expresar que "las Juntas de Vecinos, Centros de Madres, Sindicatos, Cooperativas y demás organizaciones sociales mediante las cuales el pueblo participa en la solución de sus problemas y colabora en la gestión de los servicios del Estado y de las Municipalidades, serán personas jurídicas dotadas de independencia y libertad para el desempeño de las funciones que por la ley les correspondan y para generar democráticamente sus organismos directivos y representantes, a través del voto libre y secreto de todos sus miembros".



7°. Que, como puede observarse, la Carta precedente contiene una serie de disposiciones que aseguran derechos a los grupos que libremente surjan en la sociedad, estimulando y garantizando su formación, organización y actividades, debiendo el Estado contribuir a crear las condiciones ambientales para incorporar a los particulares, ya sea individualmente considerados o agrupados en asociaciones, en la solución de asuntos que atañen a la satisfacción de sus necesidades propias y a las de la colectividad toda. Se reconoce entonces que, si bien el Estado es un actor relevante e insustituible en la conducción de la sociedad política hacia el bien común, no posee el monopolio de esa dirección en la medida que en ella participan las personas y las agrupaciones que éstas constituyan.

8°. Que, por lo tanto, tanto la Constitución de 1925, como también en forma similar el DL. 1552 aprobatorio del Acta Constitucional N° 3 de 1976 -que recoge parte del trabajo que estaba realizando la llamada Comisión Ortúzar y muchas de cuyas normas fueron incorporadas al texto definitivo de 1980-, se fundaron en el principio de subsidiariedad, entendido éste como un regulador armónico de las competencias entre el Estado, las sociedades intermedias y los individuos y que se pone por sobre dos concepciones estatales antagónicas: la de un Estado omnipresente que ahoga las personas y la de un Estado meramente regulador que contempla la realidad social en forma impasible sin intervenir en ella.

9°. Que, al efecto, no puede olvidarse que el principio de subsidiariedad se funda tanto en la dignidad del hombre como en el derecho de participación de todas las personas con igualdad de oportunidades en la vida nacional, derecho que, como ya se explicó, fue asegurado no sólo expresamente en la Constitución de 1925 sino también en la de 1980 (inciso final de su art. 1), por cuanto la participación es un postulado esencial en una sociedad democrática, ya que no sólo limita y focaliza al poder estatal, sino también que genera una sociedad más comprometida, más participativa y, por lo mismo, que está más capacitada para decidir sobre aquello que le atañe.

10°. Que, en este contexto, la reforma de la ley N° 17.398 contemplaba el derecho a la salud dentro del derecho a la seguridad social, el que era concebido en forma extensa por cuanto incluía no sólo las prestaciones de seguridad social, sino también otras que impulsaran el establecimiento de condiciones ambientales que garantizaran a las personas el goce de su salud.



11°. Que, tanto el constituyente de 1971 como el de 1976 que redactara el Acta Constitucional N° 3 tuvieron presente que el derecho a la salud es uno de los denominados "derechos sociales" o de segunda generación. Tales derechos se caracterizan por superar la concepción individualista del hombre y de la sociedad, fundándose en los principios de dignidad, igualdad y solidaridad. Además, siendo el titular de tales derechos la persona humana, ésta puede exigir su cumplimiento a la sociedad en su conjunto, asumiendo el Estado y la comunidad el deber de asegurarle el otorgamiento de una serie de prestaciones para su goce efectivo con el objeto de mejorar su calidad de vida, entre cuyas prestaciones se encuentran las acciones de salud.

12°. Que, para proteger el derecho social a la salud, el N° 16 del art. de la Carta de 1925 reformada en 1971 disponía, en primer lugar, que era el deber del Estado velar por la salud "pública", es decir, por la de todos, incluyendo a quienes no tienen la capacidad económica para acceder a un sistema de salud privada, para lo cual debía mantener "un servicio nacional de salud". En segundo lugar, el Estado asumía la obligación de velar por el "bienestar higiénico", valor que se inserta dentro de las acciones de promoción de la salud, ya que fuerza a crear un ambiente en que pueda desarrollarse la existencia de la vida humana en forma tal que se prevengan los riesgos a que puedan verse expuestas las personas para no perder su estado de salud. A este último valor alude la Constitución actual cuando hace mención a la "salubridad pública" (Nos. 16 inc. 4° y 24 inc. 2° del art. 19).

13°. Que, por su parte, el artículo primero N° 19 del Acta Constitucional N° 3 de 1976, después de asegurar en su inciso 1° el derecho a la salud, confiaba al Estado algunas tareas para velar por su debido ejercicio, expresando al respecto: "El Estado asume la responsabilidad de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones integradas de salud" (inciso 2°), obligaciones todas que fueron recogidas por el actual texto constitucional (incisos 2° y 3° del art. 19 N° 9). Luego, el inciso 3° de la referida norma, contemplaba la siguiente regla: "Es deber preferente del Estado la ejecución de acciones de salud, sin perjuicio de la libre iniciativa particular en la forma y condiciones que determine la ley", refiriéndose así no sólo al papel que cumple el Estado sino al que pueden desempeñar los particulares en la ejecución de las acciones de salud, lo cual por lo demás se encontraba en consonancia con la declaración que formulaba el art. 2° del Acta Constitucional N° 2, de la misma fecha, que establecía: "El Estado reconoce a los grupos intermedios de la comunidad" (art. 2° inciso 4°).



14°. Que, lo afirmado anteriormente se pone de relieve no sólo en el precepto recién mencionado del Acta Constitucional N° 3 sino asimismo en el inciso 3° del art. 10 N° 16 de la Carta de 1925, puesto que tal disposición entregaba a la determinación del legislador los sistemas, instituciones, medios y formas por los que se llegarían a cubrir las prestaciones de la salud, al expresar que la ley debía regular el "derecho a la atención médica, preventiva, curativa y de rehabilitación en caso de accidente, enfermedad o maternidad", sin que esas acciones quedaran reservadas exclusivamente al Estado, lo cual puede constatarse en el contenido de diversas leyes que regulaban la actividad de los particulares en el área de la salud, como el Código Sanitario y otras reglas especiales.

15°. Que, de acuerdo a las argumentaciones vertidas en las consideraciones anteriores, los ministros que suscriben esta prevención concluyen que no cabe afirmar que, en relación al derecho a la salud, la Ley Fundamental de 1925 y el Acta Constitucional N° 3 se inspiraran en una "concepción estadocéntrica", ni tampoco puede sostenerse que la Constitución de 1980 haya innovado "radicalmente" en esta materia. En efecto, ambos textos se insertan dentro de un marco constitucional que se funda reconoce, promueve y respeta a los grupos intermedios y valora su aporte para la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas, sin que impida la actividad de los particulares ni monopolice en el Estado la ejecución de las acciones de salud. Las reglas a que aluden ambos textos simplemente llaman al Estado a asumir directamente algunas tareas que son de ineludible ejecución por él mismo debido a las características del derecho social de que se trata, como lo propio efectúa el art. 19 N° 9 de la Constitución de 1980, cuando le confía con exclusividad tanto el deber de "proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo" (inciso 2°), como "la coordinación y control único de las acciones relacionadas con la salud" (inciso 3°), siendo deber preferente suyo "garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley" (inciso 4°).

16°. Que, mientras tanto, como el considerando 12° de la sentencia expresa en su primer párrafo: "Que es de interés tener en cuenta que, bajo el imperio de esta AC N° 3, de 1976, se dictó el DFL N° 36, de 1980, en que se viene basando la autoridad para dictar el ahora cuestionado DS N° 67, de 2018" y en el segundo: "Vale decir, este reglamento dice sustentarse en una ley que obedece a una concepción distinta a la que inspira la Carta Fundamental actualmente vigente, que no le asigna al Estado un rol "preferente" en la ejecución de las acciones de salud, sino que entrega esta gestión a "instituciones públicas o privadas", estos ministros tampoco comparten su contenido, por cuanto lo expresado en él es simple



consecuencia de las afirmaciones contempladas en el ya objetado considerando 11°.

El Ministro señor Juan José Romero Guzmán concurre a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo impugnado, advirtiendo, además, que existe un equivocado entendimiento respecto del alcance de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales y que está en la base de la controversia, tal como se explicará a continuación:

1°.- La solución de la controversia referida al alcance de la objeción de conciencia está intrínsecamente ligada a la STC 3729/2017 en virtud de la cual esta Magistratura resolvió el conflicto sobre la constitucionalidad del proyecto de ley de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (boletín N° 9895-11). No debe olvidarse que en dicha oportunidad se consideró la objeción de conciencia como un aspecto indivisible de lo decidido respecto de la no penalización de prácticas abortivas en ciertas circunstancias. En otras palabras, la regla sobre objeción de conciencia definida en la Ley N° 20.030 luego del control de constitucionalidad que tuvo lugar en esta sede constituye un elemento sin el cual la constitucionalidad de la interrupción abortiva del embarazo no puede subsistir.

2°.- En ocasiones, los términos jurídicos que se utilizan pueden dar lugar a equívocos. Bien podría ser éste el caso, en especial si la perspectiva con que se aborda omite la "historia completa" a la que se ha aludido precedentemente. Desde un punto de vista abstracto (no contextualizado), una regla de objeción de conciencia es una de carácter excepcional. Es decir, comúnmente se alude a la objeción de conciencia como un derecho, inspirado en una convicción religiosa o ética, a que se reconozca excepcionalmente respecto del objetor, la posibilidad de no cumplir con una obligación legal o de realizar una acción prohibida por el derecho.

Ahora, si se incorpora el contexto al cual nos hemos referido en el considerando anterior para identificar los contornos de lo que se identifica como objeción de conciencia en la presente situación, nos daremos cuenta que la conducta "objetora" es coincidente con aquel comportamiento que constituye la regla general, esto es, respetar "*la vida del que está por nacer*" (artículo 19, N° 1°, inciso segundo, de la Constitución). Si se tiene presente lo recién señalado, se estará utilizando la perspectiva adecuada (y posiblemente más clara) para abordar esta causa.



3º.- Parece existir en una parte de la opinión pública y de ciertas autoridades la errónea percepción de que una madre embarazada tiene hoy un derecho a exigir del Estado (quien tendría un deber prioritario en su satisfacción) la ejecución de una práctica abortiva bajo ciertas causales. Y, por lo mismo, existe también la equivocada idea de entender de forma restringida la posibilidad de exención por parte de las instituciones y personal de salud ante una solicitud como la anterior.

4º.- Sin desconocer que la STC 3729/2017 no es de fácil comprensión, dada la dispersión de votos y argumentos, la mayoría de este Tribunal consideró, al final, que abortar seguía siendo un delito, pero que en tres tipos de casos no cabía sancionar penalmente la interrupción abortiva del embarazo. Es decir, se estimó que estas últimas constituyen conductas permitidas. En definitiva, se concluyó que el único equilibrio constitucionalmente tolerable es uno en que la autorización de prácticas abortivas tiene un alcance restringido y el ejercicio de la objeción de conciencia tiene un alcance amplio.

5º.- En consecuencia, la forma correcta de entender la objeción de conciencia frente a la ejecución de prestaciones abortivas es considerándola como una garantía de no ser alcanzado por los efectos de la conducta excepcional a abortar en tres causales, en consideración a la regla general (deber de protección de la vida del que está por nacer). Vale decir, la garantía aludida beneficia a los individuos actuando por sí o a través de formas asociativas.

Entendida la objeción de conciencia de esta manera puede resultar más fácil comprender por qué la disposición reglamentaria impugnada en esta causa constituye una condición inconstitucional.

6º.- Como bien señala el fallo, no existe obligación legal ni constitucional de ofrecer las prestaciones médicas de aborto por parte de los centros de salud privados. Cada prestador puede definir qué áreas y qué prestaciones entrega a sus pacientes, sin que exista en la actualidad una normativa constitucional o legal que obligue a la oferta de algún procedimiento a la generalidad de los centros de salud del país. Este Tribunal, en su sentencia rol N° 3729, consideró conforme a la Constitución la despenalización del aborto en tres causales, pero no declaró, como ya se ha explicado, la existencia de un deber constitucional o legal que obligue a los centros de salud a realizar prestaciones abortivas, ni tampoco un derecho constitucional al aborto.



Lo recién afirmado no obsta a que centros de salud privados, o aquellos privados que tengan convenios con el Estado puedan obligarse de forma expresa y específica a realizar aquellas prestaciones médicas abortivas autorizadas por la Ley N° 20.030, pero hay que tener claro que no es ésta la postura defendida por la Contraloría General de la República y que este Tribunal considera errada.

En opinión del Contralor General, si un centro de salud privado se ha obligado con el Estado en virtud de un convenio regulado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 36, de 1980, a realizar prestaciones médicas de cualquier índole, debe necesariamente entonces estar obligado a realizar prestaciones médicas abortivas, aun cuando hayan sido distintas a las convenidas originalmente (ver Dictamen N° 11.781, de 2018, complementado por el Dictamen N° 24.216, del mismo año).

7°.- En suma, estimamos importante recordar que el asunto sometido a nuestro conocimiento exige, para su debida comprensión, tener presente la función que la institución de la objeción de conciencia ha cumplido en el debate sobre la constitucionalidad de la ley de aborto en tres causales y que sirve de contexto ineludible para evaluar el presente conflicto.

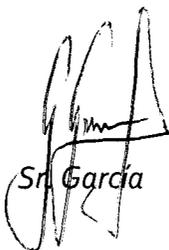
Redactó la sentencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado (Presidente); la disidencia, los Ministros señores Gonzalo García Pino y Nelson Pozo Silva, y las prevenciones, la Ministra señora María Pía Silva Gallinato y el Ministro señor Juan José Romero Guzmán, respectivamente.



Publíquese en el Diario Oficial.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

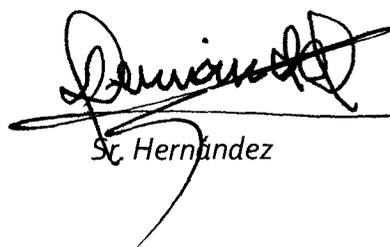
Rol N° 5572-18-CDS / 5650-18-CDS (acumuladas).



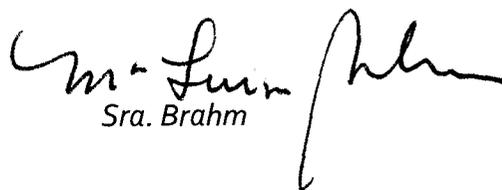
Sr. García



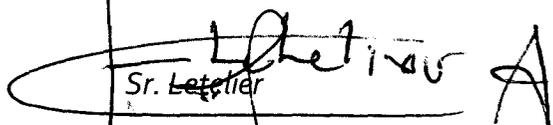
Sr. Romero



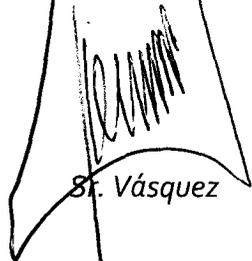
Sr. Hernández



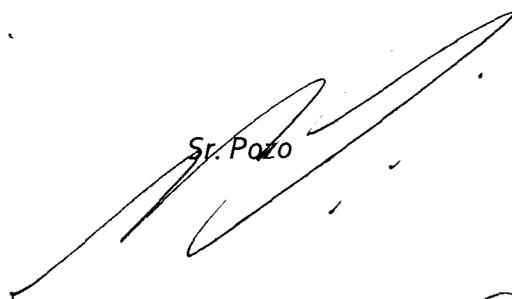
Sra. Brahm



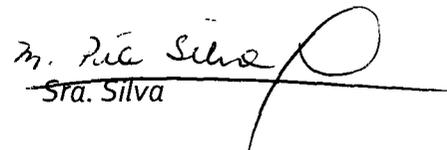
Sr. Letelier



Sr. Vásquez



Sr. Pozo



Sra. Silva

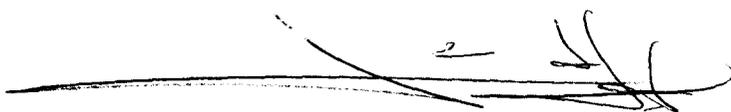


Sr. Fernández

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril, señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva, José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, y señor Miguel Ángel Fernández González.

Se certifica que el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado (Presidente) concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por encontrarse con feriado legal.

Autoriza la Secretaria suplente del Tribunal Constitucional, señora Mónica Sánchez Abarca.





Base de Dictámenes

Salud, aborto en tres causales, objeción de conciencia, protocolo

NÚMERO DICTAMEN

011781N18

RECONSIDERADO:

NO

ACLARADO:

NO

CONFIRMADO:

NO

CARÁCTER:

NNN

FECHA DOCUMENTO

09-05-2018

RECONSIDERADO

PARCIAL:

NO

APLICADO:

SI

COMPLEMENTADO:

SI

DICTAMENES RELACIONADOS

Aplica dictámenes 97773/2014, 44822/2011

Acción	Dictamen	Año
Aplica	097773	2014
Aplica	044822	2011

FUENTES LEGALES

Ley 21030 CSA art/119 ter DFL 1/2005 salud art/4 num/14 POL art/32 num/6 POL art/35 DFL 36/80 salud art/1 POL art/19 num/9 inc/2 POL art/19 num/9 inc/4 DFL 1/2005 salud art/1 DFL 36/80 salud art/2 DFL 36/80 salud art/13 CSA art/119 num/1

MATERIA

No se ajusta a derecho el protocolo aprobado por la resolución exenta N° 432, de 2018, del Ministerio de Salud, por las razones que se indican.

DOCUMENTO COMPLETO

N° 11.781 Fecha: 09-V-2018

Se han dirigido a esta Contraloría General, a través de diversas presentaciones, los senadores señoras Isabel Allende Bussi, Adriana Muñoz D'Albora y Ximena Órdenes Neira, y los señores Álvaro Elizalde Soto, Alfonso De Urresti Longton, Juan Pablo Letelier Morel, Carlos Montes Cisternas, Rabindranath Quinteros Lara, José Miguel Insulza Salinas, Pedro Araya Guerrero, Felipe Harboe Bascuñán, Jaime Quintana Leal, Guido Girardi Lavín, Ricardo Lagos Weber, los diputados señoras Karol Cariola Oliva -conjuntamente con otros diputados y personas que suscriben-, Marisela Santibáñez Novoa, Cristina Girardi Lavín y Carolina Marzán Pinto, y los señores Ricardo Celis Araya y Rodrigo González Torres; don Eduardo Álvarez Reyes; doña Claudia Dides Castillo, a nombre de la Corporación Miles; doña María Carolina Carrera Ferrer, a nombre del Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, Corporación Humanas; y doña Magaly Paredes Cárdenas, a nombre de la Federación Nacional de Profesionales Universitarios de los Servicios de Salud, solicitando un pronunciamiento acerca de la legalidad de la resolución exenta N° 432, de 2018, del Ministerio de Salud, que Aprueba Protocolo para la Manifestación de Objeción de Conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario y deja sin efecto la resolución exenta N° 61, del mismo año y origen, que contenía el anterior protocolo sobre la materia.

Ello, toda vez que estiman que la autoridad administrativa incurrió en una serie de irregularidades en su dictación, que se detallan en sus correspondientes presentaciones.

Requerida la Subsecretaría de Salud Pública, ésta emitió el correspondiente informe sobre la materia -con fecha 30 de abril del año en curso-, indicando, en lo sustancial, que la existencia de convenios suscritos en el marco del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud, no puede constituir un impedimento para que las instituciones de salud privadas manifiesten su objeción de conciencia a la luz de lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario. Añade que la dictación del protocolo en cuestión obedece a un mandato expreso del legislador.

Como cuestión previa, cabe indicar que con fecha 23 de septiembre de 2017 se publicó la ley N° 21.030, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

El artículo 1 de dicha ley modificó el Código Sanitario, incorporando el artículo 119 ter, cuyo tenor señala "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".

Agrega el mismo precepto que "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".

En cumplimiento de lo dispuesto en dicha norma, el Ministerio de Salud dictó, con fecha 22 de enero del presente año, la resolución exenta N° 61, que aprobó 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".

Luego, mediante la resolución exenta N° 432, de fecha 22 de marzo de 2018, esa secretaría de Estado dejó sin efecto su homónima N° 61, del mismo año, y aprobó un nuevo protocolo sobre el particular, alterando algunos de los aspectos regulados por su antecesor.

I.- Naturaleza jurídica del protocolo de objeción de conciencia.

En primer lugar, cabe recordar que el mencionado artículo 119 ter del Código Sanitario ha encargado al Ministerio de Salud la elaboración de los “protocolos” necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia, los que deberán asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción de su embarazo, de acuerdo a la ley.

Se debe tener presente que según lo dispuesto en el artículo 4°, N° 14, del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, se comprende entre las funciones de esta secretaría de Estado, establecer, mediante resolución, protocolos de atención en salud, entendiéndose por tales las “instrucciones sobre manejo operativo de problemas de salud determinados. Estos serán de carácter referencial, y sólo serán obligatorios, para el sector público y privado, en caso de que exista una causa sanitaria que lo amerite, lo que deberá constar en una resolución del Ministerio de Salud”.

En conformidad con lo anterior, cabe afirmar que lo que ordenó el legislador a la autoridad administrativa en el referido artículo 119 ter, fue establecer instrucciones operativas para hacer efectiva la objeción de conciencia.

Sin embargo, como se puede advertir del protocolo aprobado por la resolución exenta N° 432, de 2018, este instrumento, además de contemplar instrucciones para operativizar la objeción de conciencia -entre ellos los documentos y medios a través de los cuales se deberá manifestar-, regula ciertos aspectos no desarrollados por la ley. Lo mismo se observa respecto del protocolo anterior.

En efecto, en el protocolo impugnado -del mismo modo que en su antecesor- se establecen normas sobre obligaciones de los establecimientos de salud y requisitos que se deben cumplir para adquirir la calidad de objetor de conciencia y para efectuar la correspondiente manifestación, tanto aquella personal como institucional, además se regulan sus efectos, su eventual revocación, los derechos de las pacientes, y se establecen prohibiciones, entre otros aspectos que exceden las instrucciones sobre manejo operativo, a que se refiere el citado artículo 4°, N° 14.

A este respecto, cabe precisar que en conformidad con lo dispuesto en el artículo 32, N° 6, de la Constitución Política, las normas de carácter general y abstracto que tienen por objeto complementar y desarrollar la regulación legal, han de ser dictadas por el Presidente de la República, en ejercicio de su potestad reglamentaria de ejecución (aplica dictamen N° 97.773, de 2014).

Teniendo presente las anteriores consideraciones, es posible colegir que la anotada resolución exenta N° 432, de 2018 -así como aconteció también con la citada resolución exenta N° 61, de ese año-, no se ajusta a derecho, pues además de aprobar meras instrucciones operativas, aprueba un instrumento que reviste las características propias de un reglamento, sin cumplir con las formalidades del artículo 35 de la Constitución Política y sin haber sido remitido a esta Contraloría General para su control preventivo de legalidad.

II.- Objeción de conciencia de las instituciones que cuenten con convenios celebrados al amparo del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud.

Sobre este punto cabe precisar, como primera cuestión, que el derecho a la protección de la salud se encuentra garantizado por la Constitución Política en su artículo 19, N° 9.

El inciso segundo de dicha norma indica que “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud”. En la misma línea, su inciso cuarto prevé, en lo pertinente, que “Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley”.

Luego, el artículo 1° del citado decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, dispone que compete al Ministerio de Salud 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; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones.

En conformidad con lo anterior, los establecimientos públicos de salud no pueden invocar la objeción de conciencia, pues se encuentran en el imperativo de cumplir la obligación del Estado de otorgar las acciones de salud definidas por el legislador. En consecuencia, sólo las entidades privadas pueden invocar la objeción de conciencia institucional, como por lo demás lo reconoce el protocolo cuya legalidad se examina.

A su vez, es necesario tener presente que el citado decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, según su artículo 1°, regula los convenios que celebren los Servicios de Salud creados por el capítulo II del decreto ley N° 2.763, 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 acciones de salud que les corresponde ejecutar.

El artículo 2° de ese decreto con fuerza de ley dispone que “Los convenios regidos por este decreto serán aquellos en cuya virtud un organismo, entidad o persona distinta del Servicio de Salud sustituye a éste en la ejecución de una o más acciones de fomento, protección y recuperación de la salud o de rehabilitación de enfermos, sea por delegación, mandato u otra forma que les permita actuar y administrar por cuenta del Servicio para atender a cualquiera de los beneficiarios de éste”.

Como se puede advertir, cuando una entidad suscribe un convenio al amparo del citado decreto con fuerza de ley con los mencionados Servicios de Salud, aquélla toma el lugar del respectivo servicio para los efectos de otorgar las prestaciones de salud convenidas, es decir, al ejecutar la acción de salud de que se trate, la entidad contratante se encontrará desarrollando una función pública.

Reafirma lo expresado el artículo 13 del mismo texto legal, al señalar que los “organismos, entidades o personas que celebren los convenios regidos por las disposiciones del presente decreto, 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”.

En este sentido, la jurisprudencia administrativa de este Organismo de Control ha sostenido a través del dictamen N° 44.822 de 2011, que las redes asistenciales están

sostenido a través del dictamen N° 44.022, de 2011, que las redes asistenciales están constituidas, entre otros, por aquellos establecimientos públicos o privados que celebren convenios con el Servicio de Salud respectivo, y que el decreto con fuerza de ley en comento autoriza y regula precisamente el traspaso de funciones públicas propias de los Servicios de Salud a otras entidades públicas o privadas.

Pues bien, considerando, por una parte, que las entidades que celebran convenios en el marco del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, sustituyen a los Servicios de Salud en la ejecución de las respectivas acciones de salud, cumpliendo una función pública con recursos del mismo carácter y, por otra, que el Estado se encuentra en el deber de garantizar la ejecución de las acciones de salud, sólo cabe concluir que las mencionadas entidades contratantes, en el cumplimiento del respectivo convenio, no pueden adoptar una posición que les impida realizar las prestaciones de salud a que se encuentra obligado el Estado.

De esta forma, al haber suscrito una institución privada un convenio regido por el citado decreto con fuerza de ley, para la ejecución de acciones de salud que eventualmente la sitúen en el deber de interrumpir un embarazo por alguna de las causales del artículo 119 del Código Sanitario, aquella no puede acogerse a la objeción de conciencia institucional en tanto se encuentre vigente la respectiva convención, pues si bien se trata de una entidad de carácter privado, tiene el deber de dar cumplimiento a una función pública -a la que voluntariamente se ha comprometido- y para cuyos efectos le han sido entregados recursos públicos.

Una conclusión contraria implicaría que el Estado dejaría de garantizar el otorgamiento de las prestaciones de salud -incidiendo ello en el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud- y, en definitiva, se configuraría una infracción al artículo 19, N° 9, de la Constitución Política.

Finalmente, en cuanto a lo señalado por el Ministerio de Salud en su informe, en orden a que las instituciones de salud privadas que han suscrito los convenios de que se trata sólo tienen una sujeción técnica respecto de esa secretaría del Estado, aplicándoseles una normativa distinta de aquella que rige a los organismos de la Administración del Estado, citando al efecto el dictamen N° 71.906, de 2012, de este origen, cumple precisar que ese pronunciamiento se refiere a una situación distinta.

En efecto, dicho dictamen se limita a establecer que las trabajadoras de una institución privada que mantiene un convenio regido por el referido decreto con fuerza de ley no tienen la calidad de funcionarias públicas que les permita acceder al beneficio estatutario que indica en las condiciones que señala. Sin perjuicio de ello, reafirma que tales entidades privadas sustituyen a los Servicios de Salud en la ejecución de una o más acciones de fomento, recuperación o protección de la salud, conforme al tenor del artículo 2° de ese texto legal.

En mérito de lo expuesto, y atendido que por aplicación del aludido decreto con fuerza de ley las instituciones privadas se encuentran impedidas de acogerse a la objeción de conciencia institucional, no puede una regulación de rango inferior contrariar dicho cuerpo normativo.

III.- Excepcionalidad de la objeción de conciencia.

La objeción de conciencia constituye una figura jurídica de carácter excepcional, tanto a

La objeción de conciencia constituye una figura jurídica de carácter excepcional, tanto a nivel nacional como en el derecho comparado, puesto que se trata de un mecanismo establecido para justificar que determinadas personas puedan dejar de cumplir una obligación legal.

Siendo así, la regulación de la objeción de conciencia debe respetar, en todo caso, dicha excepcionalidad, de manera que -salvo que el legislador disponga expresamente lo contrario- la autoridad administrativa no puede dispensar del cumplimiento de requisitos, condiciones, o establecer presunciones o cualquier elemento que signifique alterar ese carácter de excepción.

Tal carácter se confirma del tenor del inciso tercero del citado artículo 119 ter, el cual contempla una contraexcepción a la objeción de conciencia, señalando que quien la haya manifestado no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la intervención, en el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la causal del N° 1 del inciso primero del artículo 119 del Código Sanitario.

En este orden de ideas, y no obstante que el protocolo contenido en la aludida resolución exenta N° 432, de 2018, no se ajusta a derecho por las razones antes anotadas, es pertinente señalar que, además, éste contiene algunos elementos que desatienden la condición de excepcionalidad de la objeción de conciencia, como es el caso del establecimiento de presunciones ante la falta de manifestación de voluntad expresa por parte del objetor o ante la ausencia de una formalidad en el procedimiento correspondiente, que no tienen fundamento legal, lo que tampoco resulta procedente.

En consecuencia, atendido lo expuesto, la autoridad administrativa deberá adoptar las medidas necesarias a fin de dejar sin efecto la citada resolución exenta N° 432, de 2018, por ser contraria a derecho.

Saluda atentamente a Ud.,

Jorge Bermúdez Soto

Contralor General de la República

**POR EL CUIDADO Y BUEN USO
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS**



Gobierno de Chile

MINISTERIO DE SALUD
GABINETE DE MINISTRO
DIVISION JURIDICA

**APRUEBA REGLAMENTO PARA EJERCER
OBJECIÓN DE CONCIENCIA SEGÚN LO
DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 119 TER DEL
CÓDIGO SANITARIO.**

Nº 67 /

SANTIAGO, 29 JUN. 2018

**MINISTERIO DE HACIENDA
OFICINA DE PARTES
RECIBIDO**

**CONTRALORIA GENERAL
TOMA DE RAZON
RECEPCION**

Depart. Jurídico		
Dep. T.R. y Regist.		
Depart. Contabil.		
Sub.Dep. C. Central		
Sub.Dep. E. Cuentas		
Sub.Dep. C.P. y B.N.		
Depart. Auditoría		
Depart. VOPU y T		
Sub. Dep. Munip.		

REFRENDACION

Ref. por \$.....
Imputación.....
Anot. por.....
Imputación.....
.....
Deduc.Dcto.....

--	--

VISTO: lo dispuesto en el artículo 19 N° 6 y 9, inciso primero, 32 N° 6 y 35 de la Constitución Política de la República; en los artículos 1 y 2 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2763, de 1979, y de las leyes N° 18.933 y 18.469; en el artículo 119 ter del Código Sanitario; en la ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud; en la ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada; en el decreto supremo N° 136, de 2004, del Ministerio de Salud, Reglamento Orgánico de dicha Secretaría de Estado; en la sentencia Rol 3729-2017 del Tribunal Constitucional; en el Dictamen N° 11.781 de 2018 y en Resolución N° 1.600, de 2008, ambos de la Contraloría General de la República; y

CONSIDERANDO,

1. Que, al Ministerio de Salud le compete 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 del paciente; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones;

2. Que, la ley N° 21.030, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, modificó, entre otros, el Código Sanitario, sustituyendo su artículo 119 e incorporando los artículos 119 bis, 119 ter y 119 quáter;

3. Que, en primer término, el inciso primero del artículo 119 ter del Código Sanitario dispone, en lo que interesa, que el médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso primero del artículo 119 del mismo cuerpo legal, podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiere manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa;
4. Que, en segundo lugar, el mismo precepto garantiza el derecho recién descrito al resto del personal de salud al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención;
5. Que, en tercer y último lugar, esta norma legal señala que la objeción de conciencia podrá ser invocada por una institución;
6. Que, sin perjuicio de lo anterior, a través de su dictamen N° 11.781, de 2018, la Contraloría General de la República señaló que ciertas instituciones de salud no pueden ser objetores de conciencia;
7. Que, en atención a lo anterior, el presente reglamento es dictado como complemento directo y esencial del inciso primero del artículo 119 ter del Código Sanitario, y tiene por finalidad ejecutar y regular, en el marco de la Constitución Política de la República y el Código Sanitario, el ejercicio de la objeción de conciencia, y
8. Que, por lo anteriormente señalado y en uso de las facultades que me confiere la Constitución Política de la República, dicto el siguiente:

DECRETO,

Apruébase el siguiente reglamento para ejercer la objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario:

TÍTULO I. INTRODUCCIÓN

ARTÍCULO 1.- El presente Reglamento tiene por objetivo regular el ejercicio de la objeción de conciencia, para asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción voluntaria de su embarazo, de conformidad el artículo 119 ter del Código Sanitario, en relación con sus artículos 119 y 119 bis.

La objeción de conciencia es personal y podrá ser invocada por una institución.

TÍTULO II. OBJECIÓN DE CONCIENCIA INVOCADA POR PERSONAS NATURALES

ARTÍCULO 2.- De conformidad al artículo 119 ter del Código Sanitario, pueden ser objetores de conciencia:

- i. El médico cirujano requerido para interrumpir el embarazo por alguna de las causales descritas en el inciso primero del artículo 119 del Código Sanitario.
- ii. El resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención.

Si la mujer requiere atención inmediata e impostergable, y se encontrare en la causal del N° 1 del inciso primero del artículo 119 del Código Sanitario, quien haya manifestado la objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo, cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la misma intervención.

ARTÍCULO 3.- Las personas señaladas en el inciso primero del artículo anterior deben manifestar su objeción de conciencia personal en conformidad a lo establecido en el artículo 119 ter del Código Sanitario y este Reglamento.

Para poder hacer efectiva la objeción de conciencia personal, ésta debe manifestarse al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa a la recepción de una solicitud de interrupción voluntaria del embarazo.

La manifestación de conciencia deberá realizarse a través de un formulario tipo aprobado por resolución del Ministro de Salud y que será único para todos los establecimientos de salud, los que estarán obligados a ponerlo a disposición de quienes deseen manifestar su objeción de conciencia. El Ministerio de Salud deberá publicar este formulario en su sitio web.

El formulario deberá contener la siguiente información:

- a. Identificación de la persona que manifiesta la objeción de conciencia: nombre completo, nacionalidad y número de cédula de identidad o pasaporte, según corresponda;
- b. Indicación del título profesional o técnico, según corresponda;
- c. Cargo o función que desempeña la persona que manifiesta la objeción de conciencia en el respectivo establecimiento de salud;
- d. Identificación del establecimiento de salud;
- e. Fecha y hora de la manifestación de objeción de conciencia;
- f. Indicación de la o las causales de interrupción del embarazo respecto de las cuales se manifiesta la objeción de conciencia;
- g. Firmas de la persona que manifiesta la objeción de conciencia y del director del establecimiento de salud.

La manifestación de objeción de conciencia deberá otorgarse en dos formularios originales, uno de los cuales quedará en poder del declarante, y uno en poder del establecimiento de salud.

Sin perjuicio de lo anterior, en el evento de que el establecimiento no ponga a disposición del personal el mencionado formulario, valdrá como objeción de conciencia la manifestación escrita del objetor que contenga los elementos descritos precedentemente, en cuyo caso el director del establecimiento de salud deberá siempre recibirla y firmarla. La objeción de conciencia así manifestada deberá

entregarse en dos documentos originales, quedando una copia en poder del objetor y otra en poder del establecimiento de salud.

Los documentos en los que conste la manifestación de objeción de conciencia deberán ser conservados por la dirección del establecimiento de salud, de manera tal que se asegure su archivo, confidencialidad y reserva.

ARTÍCULO 4.- Cumplidas las formalidades y el procedimiento señalado precedentemente, el director del establecimiento no podrá rechazar, denegar o desconocer la objeción de conciencia invocada.

ARTÍCULO 5.- La objeción de conciencia sólo procederá respecto de las causales de interrupción del embarazo que expresamente señalen los interesados en el formulario o documento en que conste la manifestación de objeción de conciencia.

ARTÍCULO 6.- Quien haya manifestado objeción de conciencia y quiera extenderla a causales no previstas en su declaración, deberá manifestarlo por escrito al director del establecimiento de salud en los mismos términos señalados en el artículo 3 del presente Reglamento.

ARTÍCULO 7.- La persona que esté facultada para manifestar objeción de conciencia y exprese su intención de hacerlo, podrá solicitar una entrevista con un abogado del establecimiento de salud o del Servicio de Salud, en el caso del sector público, a fin de aclarar dudas, particularmente sobre el contenido y alcances efectivos de la ley N° 21.030 y del presente Reglamento.

ARTÍCULO 8.- El establecimiento de salud no podrá difundir la manifestación de objeción ni la condición de objetor o de no objetor de una persona, por tratarse de un dato sensible, conforme a lo dispuesto en la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada.

Sin perjuicio de lo anterior, los funcionarios encargados de la administración y gestión adecuada del personal en el respectivo establecimiento de salud, tendrán conocimiento de la condición de objetor de la persona que se trate, con el objeto de adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las prestaciones establecidas en el artículo 119 del Código Sanitario. Asimismo, lo dispuesto en el inciso anterior no afectará el derecho a información que tienen las pacientes en virtud del presente Reglamento y de la ley N° 20.584.

ARTÍCULO 9.- Quien haya manifestado su objeción de conciencia, de conformidad a la ley N°21.030 y al presente Reglamento, podrá retractarse y dejarla sin efecto, respecto de todas o alguna de las causales de interrupción del embarazo señaladas en el artículo 119 del Código Sanitario.

Para estos efectos, la persona deberá manifestar su retractación por escrito al director del establecimiento de salud respectivo, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 3 de este Reglamento.

En todo caso, quien siendo objetor de conciencia decidiere retractarse de alguna causal o de todas ellas, podrá intervenir en un procedimiento de interrupción

del embarazo, sin perjuicio de formalizar con posterioridad su retractación por escrito al director del establecimiento de salud.

ARTÍCULO 10.- La objeción de conciencia no procede respecto de actos de información, diagnóstico, toma e informe de exámenes, reasignación, derivación, así como tampoco respecto de los demás actos de preparación o cuidados posteriores al procedimiento de interrupción del embarazo, sea que estos últimos se requieran regularmente en el procedimiento, o bien, su necesidad de entregarlos surja de complicaciones en la condición de salud de la mujer.

ARTÍCULO 11.- No podrá discriminarse arbitrariamente a ninguna persona que, conforme a la ley N° 21.030 y a este Reglamento, haya manifestado su condición de objetor de conciencia o se haya abstenido de hacerlo. No se podrán imponer exigencias o consecuencias, ni generar ninguna clase de incentivos que busquen alterar la condición de objetor o no objetor de conciencia.

ARTÍCULO 12.- Quien haya manifestado su objeción de conciencia, mantendrá dicha calidad en todos los centros asistenciales donde cumpla funciones, sin distinguir si son públicos o privados. En todo caso, deberá cumplir con el procedimiento y formalidades señaladas en el artículo 3 del presente Reglamento en cada uno de los establecimientos de salud donde cumpla dichas funciones.

Del mismo modo, en caso que se retracte de una o más de las causales en un establecimiento de salud, deberá hacerlo saber a los otros establecimientos en que preste servicios.

TÍTULO III. OBJECIÓN DE CONCIENCIA INVOCADA POR INSTITUCIONES

ARTÍCULO 13.- De conformidad al artículo 119 ter del Código Sanitario, la objeción de conciencia puede ser invocada por una institución.

ARTÍCULO 14.- Los establecimientos públicos de salud no pueden invocar objeción de conciencia.

Los establecimientos privados de salud, que hayan suscrito convenios regidos por las disposiciones del Decreto con Fuerza de Ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud, podrán ser objetoras de conciencia siempre y cuando los referidos convenios no contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología.

ARTÍCULO 15.- Con todo, si la mujer requiere atención inmediata e impostergable, invocando la causal del N° 1 del inciso primero del artículo 119 del Código Sanitario, el establecimiento que haya manifestado la objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo.

ARTÍCULO 16.- Para invocar la objeción de conciencia, las instituciones de salud deberán manifestarlo en conformidad a lo establecido en el artículo 119 ter del Código Sanitario y este Reglamento.

Para poder hacer efectiva la objeción de conciencia institucional, el establecimiento de salud deberá manifestarlo por escrito al secretario regional

ministerial de Salud correspondiente, de conformidad a este Reglamento. La manifestación deberá presentarse en todas las secretarías regionales ministeriales de Salud donde la persona jurídica tenga establecimientos o sedes comprendidos en la objeción de conciencia.

La objeción de conciencia deberá realizarse en un formulario tipo aprobado por resolución del Ministro de Salud y que será único para todos los establecimientos. El Ministerio de Salud deberá publicar este formulario en su sitio web.

El formulario deberá contener la siguiente información:

- a. Nombre de la persona jurídica;
- b. Rol único tributario de la persona jurídica;
- c. Identificación de el o los representantes legales de la persona jurídica;
- d. Identificación de los establecimientos o sedes comprendidos en la objeción de conciencia, con indicación de sus domicilios;
- e. Indicación de la o las causales de interrupción del embarazo respecto de las cuales se manifiesta la objeción de conciencia.
- f. Indicación, con nombre completo y correo electrónico, de una persona de contacto, para el caso señalado en el artículo 18 del presente Reglamento

Conjuntamente con el formulario del que trata el inciso anterior, el solicitante deberá acompañar los siguientes documentos:

- a. Copia de los estatutos sociales;
- b. Copia legalizada del acuerdo adoptado por los órganos competentes, de conformidad a los estatutos sociales de la persona jurídica, donde se acuerda ser objetor de conciencia;
- c. Certificado de vigencia de la persona jurídica;
- d. Documento que acredite la personería para representar a la persona jurídica de la o las personas que suscriben la manifestación de objeción de conciencia.

La manifestación de objeción de conciencia institucional deberá constar en dos formularios originales, con la firma del representante legal de la persona jurídica que manifiesta la objeción de conciencia, uno de los cuales quedará en poder del declarante, y uno en poder de la secretaría regional ministerial de Salud.

ARTÍCULO 17.- La manifestación de objeción de conciencia se entenderá practicada desde el momento de la presentación del formulario y antecedentes a que se refiere el artículo anterior.

En todo caso, dentro del plazo de treinta días, la secretaría regional ministerial de Salud correspondiente podrá solicitar que se complementen o aclaren alguno de los antecedentes señalados en el artículo 16, para lo cual el establecimiento de salud tendrá el plazo de diez días para responder.

ARTÍCULO 18.- Cumplidos las formalidades y procedimientos señalados en este Reglamento, la secretaría regional ministerial de Salud correspondiente dictará la

resolución que reconoce la objeción de conciencia institucional, la que se comunicará al Ministerio de Salud y la Superintendencia de Salud en el más breve plazo. No se podrá rechazar, denegar o desconocer la objeción de conciencia invocada por el establecimiento de salud.

ARTÍCULO 19.- El Ministerio de Salud publicará en su sitio web un listado actualizado de los establecimientos de salud objetores de conciencia. Estos establecimientos deberán declarar su condición de objetor en su sitio web institucional e informarla al público mediante avisos visibles instalados, al menos, en sus servicios clínicos de obstetricia, ginecología y de urgencia.

ARTÍCULO 20.- La manifestación de objeción de conciencia personal y la objeción de conciencia invocada por una institución son independientes entre sí.

En ningún caso la institución de salud objetora o sus directivos podrán exigir, presionar o establecer cualquier tipo de consecuencias o incentivos a su personal de salud para que manifieste objeción de conciencia. Asimismo, se deberá respetar la decisión de quien no manifieste objeción, especialmente cuando en dicha calidad, concurra a procedimientos de interrupción del embarazo en otros establecimientos de salud.

Sin perjuicio de lo anterior, habiéndose realizado la manifestación de objeción de conciencia por parte de una institución de salud, se deberá respetar la decisión institucional de no ofrecer prestaciones de interrupción voluntaria del embarazo dentro de sus instalaciones, no pudiendo imponerse exigencias o consecuencias, ni generar ninguna clase de incentivos que busquen alterar la condición de objetor o no objetor de conciencia.

Si todos los médicos cirujanos y personal de un establecimiento de salud autorizado para objetar de conciencia lo hicieran, no se entenderá que la institución invoca o debe invocar objeción de conciencia.

ARTÍCULO 21.- El establecimiento de salud que haya manifestado objeción de conciencia y decidiera extenderla a causales no previstas en su declaración, deberá manifestarlo por escrito a la secretaría regional ministerial de Salud correspondiente, en los mismos términos del artículo 16 de este Reglamento.

ARTÍCULO 22.- El establecimiento de salud que haya manifestado su objeción de conciencia, de conformidad a este Reglamento, podrá retractarse y dejarla sin efecto, respecto de todas o alguna de las causales de interrupción señaladas en el artículo 119 del Código Sanitario.

Para estos efectos, deberá manifestarlo por escrito a la secretaría regional ministerial de Salud correspondiente, en los términos establecidos en el artículo 16 precedente. La secretaría regional ministerial de Salud deberá informar en el más breve plazo al Ministerio de Salud, el que deberá eliminar al establecimiento del listado de objetores institucionales señalado en el artículo 19 de este Reglamento.

En todo caso, el establecimiento de salud podrá autorizar el procedimiento de interrupción del embarazo, sin perjuicio de manifestar con posterioridad su retractación por escrito a la secretaría regional ministerial de Salud correspondiente.

ARTÍCULO 23.- En todo caso, los establecimientos de salud deberán entregar a la mujer que se encuentre en alguna de las tres causales descritas en el artículo 119 del Código Sanitario, el diagnóstico y la información de su situación de salud, particularmente la dispuesta en el inciso décimo del artículo 119 mencionado y aquella referida al proceso de reasignación o derivación que se regula en el Título IV de este Reglamento.

TÍTULO IV. PROCESO DE REASIGNACIÓN O DERIVACIÓN

ARTÍCULO 24.- Si el establecimiento de salud que no ha manifestado objeción de conciencia institucional no cuenta con personal disponible para realizar la interrupción voluntaria del embarazo, dicha circunstancia no lo libera de su obligación de asegurar a la mujer la prestación de interrupción voluntaria del embarazo, en cualquiera de las tres causales señaladas en el artículo 119 del Código Sanitario.

ARTÍCULO 25.- En caso que un médico cirujano o un integrante del equipo de salud sea requerido para realizar o intervenir en una interrupción voluntaria del embarazo, y sea objetor, deberá dar aviso de inmediato de la situación, tanto a la paciente como al director del establecimiento, el que tendrá la obligación de reasignar de inmediato a la paciente a otro médico cirujano o integrante del equipo de salud, con las calificaciones necesarias para otorgar la prestación.

ARTÍCULO 26.- Si el establecimiento de salud no cuenta con personal que otorgue la prestación de interrupción del embarazo solicitada, deberá derivar a la paciente a otro establecimiento de salud que esté en condiciones de otorgar dicha prestación.

Del mismo modo, los establecimientos de salud que hayan manifestado objeción de conciencia tendrán la obligación de realizar la derivación señalada anteriormente.

ARTÍCULO 27.- El establecimiento de salud deberá establecer un procedimiento específico para la oportuna y expedita derivación de las mujeres que solicitan interrupción voluntaria del embarazo, para el caso que no cuente con facultativos que puedan entregar la prestación o en el caso que haya manifestado su objeción de conciencia institucional.

En cumplimiento de lo anterior, el establecimiento adoptará todas las medidas necesarias para que el ejercicio de la objeción de conciencia no afecte de modo alguno el acceso, la calidad y la oportunidad de la prestación médica de interrupción del embarazo.

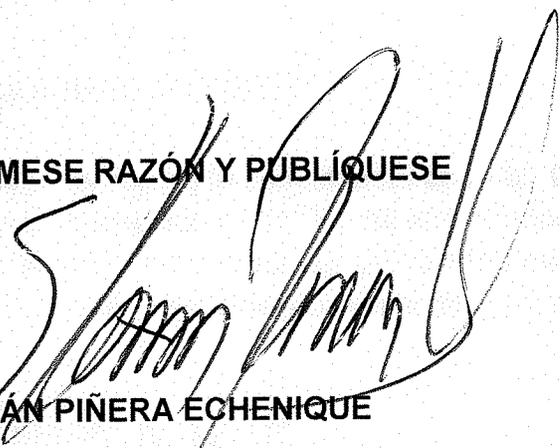
TÍTULO V. SANCIONES

ARTÍCULO 28.- Las infracciones al presente reglamento serán sancionadas por la autoridad competente en la forma y con arreglo a los procedimientos previstos en el Libro Décimo del Código Sanitario y en la ley N° 20.584, según corresponda, sin perjuicio de las demás responsabilidades que pudieren proceder.

TÍTULO VI. VIGENCIA

ARTÍCULO 29.- El presente reglamento comenzará a regir quince días después de su publicación en el Diario Oficial.

ANÓTESE, TÓMESE RAZÓN Y PUBLÍQUESE



SEBASTIÁN PIÑERA ECHENIQUE
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA



EMILIO SANTELICES-CUEVAS
MINISTRO DE SALUD