

Se tenga presente en calidad de *amicus curiae* a favor de la constitucionalidad del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales el siguiente texto escrito por el doctor en derecho **BERNARD DICKENS**



AMICUS CURIAE

Objeción de conciencia: Artículo 119 del proyecto de ley 9895-11, sobre la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

Bernard M. Dickens.

Bernard M. Dickens

I. Introducción

Soy profesor Emérito de Derecho, Política y Salud en la Facultad de Derecho, la Facultad de Medicina y el Centro conjunto de Bioética en la Universidad de Toronto, Canadá. He publicado extensamente sobre la temática de objeción de conciencia en la participación de procedimientos médicos, particularmente en relación a la interrupción voluntaria del embarazo y fui miembro y posteriormente presidente del Comité de Ética (el Comité para el estudio de los aspectos éticos de la reproducción humana y los derechos de la mujer) de la FIGO, que elaboró en 2005 la Guía ética para la objeción de conciencia (Véase el Apéndice A).

Me gradué en Derecho en el Reino Unido, en la Universidad de Londres (King's College), obteniendo los títulos de LL.B, LL.M, Ph. D (derecho/criminología) y un LL.D, además tengo un LL.D honorario de la Universidad de Sherbrooke en Canadá. Estoy calificado para el ejercicio de la profesión en Inglaterra y Ontario, Canadá. Luego de enseñar derecho por 10 años en Londres, Reino Unido, me uní a la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto, Canadá en 1974, especializándome en derecho, medicina y ética. He sido profesor Emérito desde 2003

II. El Derecho a la Objeción de Conciencia.

La Declaración Universal de Derechos Humanos regula en su artículo 18 que: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (...)" Esta declaración ingresa al ordenamiento chileno desde la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 18(1) repite que "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión." El PIDCP adicionalmente señala que el derecho debe incluir la libertad de las personas "(...) en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las

prácticas y la enseñanza". Referencias separadas a "conciencia y religión" nos indican que la conciencia se distingue de la religión, pero que los individuos no están obligados a realizar esta distinción y podrán moldear sus creencias morales en concordancia con sus creencias religiosas.

En consecuencia, lo dispuesto en el artículo 119 ter del proyecto de ley, al reconocer en principio el derecho del médico cirujano a rechazar su participación en la interrupción de un embarazo por haber objetado en consciencia, es respetuoso de su derecho fundamental a la libertad de consciencia y religión. Este mismo reconocimiento es éticamente debido a los otros profesionales que participan directamente en el procedimiento, como un anestesista o una enfermera, que son requeridos para participar en el procedimiento quirúrgico.

III. Limitaciones al derecho de objeción de conciencia.

Los derechos humanos, aunque fundamentales y significativos para la dignidad de los individuos y el disfrute de sus vidas, no son absolutos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce esto en su artículo 18 (3) que señala: "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." Por consiguiente, el derecho de los pacientes a su atención de salud, dignidad y elección de tratamiento puede, legal y éticamente, limitar la objeción de conciencia de personal de la salud. Las guías éticas de la FIGO en materia de objeción de conciencia señalan la prioridad en la guía 1 que señala que "el deber primario de un ginecólogo obstetra es en todo momento tratar, proveer beneficio y prevenir el daño a los pacientes de los cuales son responsables. Cualquier objeción de conciencia para tratar a un paciente es secundaria a este deber primario".

La subordinación de la objeción de conciencia del facultativo se hace carne en la provisión del artículo 119 cuando señala que la objeción no puede ser invocada cuando una mujer requiere atención inmediata de urgencia y no hay otro facultativo

disponible que, sin objetar, pueda realizar el procedimiento. De hecho, la interrupción voluntaria inducida puede caer fuera de la prohibición religiosa del aborto cuando la continuación del embarazo arriesga la vida de la mujer o afecta gravemente su salud debido a que la enseñanza religiosa acepta la doctrina filosófica del denominado "doble efecto".

Esta doctrina distingue los efectos buscados de aquellos conocidos, pero no buscados o incidentales. Así, esta doctrina permite que se causen efectos buscados y positivos, como salvar la vida de la mujer cuando efectos inevitables o incidentales pueden ocurrir como consecuencia del mismo acto, como terminar el embarazo. Tales efectos estarían prohibidos si fueran buscados directamente. Por ejemplo, la "Nueva Enciclopedia Católica" (Connell, 1967) reconoce cuatro condiciones del "Doble Efecto" que siempre deben estar presentes: (1) que el acto mismo debe ser moralmente bueno o al menos indiferente; (2) que el facultativo no debe buscar directamente el acto negativo inevitable, pero puede permitirlo; (3) que el efecto positivo sea resultado directo del acto, no efecto incidental del efecto negativo; y (4) que el efecto positivo sea suficientemente deseable como para compensar el efecto negativo. Bajo estas condiciones, la objeción de conciencia no debería ser invocada o admitida cuando un acto destinado a salvar la vida de la mujer, o un tratamiento que protege su salud, evitando un deterioro severo y permanente, termine incidentalmente el embarazo.

La pionera legislación del Reino Unido, la ley de aborto de 1967, regula la objeción de conciencia en la subsección 4 (1). Sin embargo, la subsección 4 (2) señala que "Nada de la subsección 4 (1) afectará cualquier deber de participar en un tratamiento que sea necesario para salvar la vida o prevenir deterioro severo de la salud física o mental de una mujer embarazada". En consecuencia, la doctrina justifica que el artículo 119 ter excluya la objeción de conciencia en estos casos.

IV. El deber de derivación.

La limitación a la libertad de conciencia y religión, que es requerida para que los proveedores de servicios de salud protejan la salud y los derechos fundamentales de los pacientes, no puede negar innecesariamente el derecho de los facultativos a

objetar procedimientos que ofendan su conciencia. De la misma forma que los profesionales de salud no pueden legalmente abandonar a sus pacientes, los pacientes –excepto en situaciones de riesgo de vida o salud referidos en el punto 3- no pueden legalmente obligar a profesionales particulares a entregar servicios sobre los cuales éstos han manifestado objeción de conciencia. El acuerdo adoptado comúnmente aceptado para congeniar entre los derechos a la continuidad de cuidado de los pacientes y el derecho del profesional a no ser participe en tratamientos que le parezcan objetables se encuentra en el deber de derivar. Las leyes y los códigos de ética de los profesionales de salud casi invariablemente proveen a los profesionales con el deber de derivar cuando ellos no pueden o no quiere realizar los tratamientos.

La Corte Suprema del Reino Unido expresó este principio legal en su fallo de 2014 (Greater Glasgow Health Board v. Doogan [2014] UKSC 68) donde la Corte en fallo unánime señaló que “es una característica de las cláusulas de conciencia que generalmente el profesional de la salud objetante tiene la obligación de derivar el caso a un profesional que no comparta esa objeción. Este es un deber corolario del debido cuidado del paciente. Una vez que un profesional asume ese cuidado debe existir una buena razón para fallar en entregar ese cuidado. Cuando la objeción de conciencia es esa razón, otro profesional de salud debe ser encontrado que no comparta la objeción” (párr. 40). En consecuencia, la Corte Suprema aceptó la objeción de conciencia como un buen motivo para no entregar el debido cuidado a un paciente, pero sujeto a la derivación de un profesional que lo cumpla. Las guías éticas de FIGO señalan en la misma línea” Los pacientes tiene el derecho a ser derivados de buena fe en los procedimientos médicos indicados para su cuidado de un médico objetante a uno no objetante (Guía 6), asimismo señalan “ en situaciones de emergencia, para preservar la vida o la salud física o mental, los profesionales de salud deben proveer el debido cuidado de sus pacientes incluso en contra de su propia objeción de conciencia” (Guía 8).”

En su instructivo fallo de 2008 acerca de la conjugación legítima entre el derecho a la objeción de conciencia de los participantes del procedimiento de interrupción y el

derecho de los pacientes al debido cuidado de salud, la Corte Constitucional de Colombia reforzó el derecho a la objeción de conciencia, sujeta a el deber de derivación de profesional de salud (Decisión T-209 de 2008, aplicando la decisión C-355 de 2006). El deber de derivación inmediata dependiendo de la urgencia de la condición del paciente, puede personalmente obligar al objetor, a menos de que el centro de salud de objetos o la asociación a la que pertenece gestione la derivación del paciente del objetor a un colega disponible no objetor. La Corte Constitucional falló que los Centros de Salud que tengan profesionales objetores deben tener en su staff o a su disposición profesionales que no objeten a quienes los pacientes tengan acceso en tiempo y forma adecuada.

Esta decisión podría ser entendida como una condición legal para que, al momento de diseñar las políticas públicas de salud, los establecimientos puedan obtener la correspondiente acreditación. Lo anterior se encuentra debidamente incorporado en el artículo 119 ter del proyecto de ley Boletín N° 9895-11, y refleja lo que la Corte Europea de Derechos humanos ha señalado en materia de servicios y prestación de interrupción voluntaria del embarazo: “[l]os Estados están obligados a organizar los servicios de salud de tal forma que aseguren el ejercicio efectivo de la libertad de conciencia de los profesionales de salud en el contexto profesional donde se desenvuelven esto no obsta al derecho de los pacientes de obtener el acceso a los servicios que tienen asegurados según la legislación vigente.” (R.R v. Polonia, No. 27617/04, Corte Europa de Derechos Humanos (2011), párr. 206).

La guía 6 de los lineamientos éticos de la FIGO en materia de Objeción de Conciencia, refleja la ley general al señalar que: “La derivación no constituye participación en ningún procedimiento acordado entre los pacientes y el médico al cual han sido derivados”. La no participación del profesional que deriva es confirmada toda vez que la derivación es para consulta sobre las opciones legales del cuidado de un paciente, la que puede – o no- resultar en un procedimiento de interrupción, la costumbre de que no puede haber división en las utilidades entre un profesional que deriva y a quien se le es derivado, además de la regla general de

que quien deriva no es responsable por ninguna negligencia, ofensa o mal diagnóstico realizado por el médico al que se le ha derivado confirman esta regla.

V. Religión y complicidad.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 18 (1) protege el "derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión" pero su artículo 18 (3) limita el ejercicio al derecho de "manifestar la religión o creencias". La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 12 (1), de manera similar, protege "la libertad de conciencia y religión", pero el artículo 12 (3) limita esta libertad. El hecho de que el ejercicio de la objeción de conciencia sea una manifestación de una creencia religiosa fundamenta la decisión que en 2008 dictó la Corte Constitucional de Colombia, en la cual indica que la objeción de conciencia no puede ser arbitraria o caprichosa, sino que debe ser revisada por un profesional médico o por un funcionario o comité gubernamental, con el fin de asegurar que aquélla se encuentra legítimamente fundada en convicciones profundas, como la enseñanza de una religión reconocida. Las disposiciones del artículo 119 ter que señalan que la objeción de conciencia debe ser comunicada al director del establecimiento por escrito es consistente con el escrutinio acerca de la consistencia e integridad que la permisión de la objeción de conciencia exige.

Hay base religiosa tras el reclamo que algunos objetores de conciencia realizan, en cuanto a que sus creencias serían violados no solo por tener que participar en la terminación de un embarazo, sino también por tener que derivar a los pacientes que requieren el procedimiento a otros profesionales no objetores. Algunos van más allá y rechazan incluso revelar a sus pacientes que el procedimiento [de interrupción del embarazo] es una opción que ellos podrían considerar. El rechazo de un profesional a informar, o el no hacerlo, a la o el paciente acerca de una prestación legal, viola el derecho de éste a elegir de forma informada el tratamiento indicado. Tal rechazo u omisión constituye una negligencia legal del profesional, y probablemente deniega el consentimiento del paciente a un tratamiento alternativo, justamente porque dicho consenso no fue informado apropiadamente. Sin el consentimiento efectivo que legalmente corresponde, un activo tratamiento sobre el paciente constituye una

agresión. Adicionalmente, el rechazo u omisión de información podría también constituir una violación a la ética profesional. Por ejemplo, las Guías Éticas de FIGO exigen que los profesionales den a sus pacientes "acceso oportuno a los servicios médicos, lo cual incluye la entrega de información acerca de las opciones médicas indicadas y acerca de los procedimientos que sean necesarios para su cuidado y en que los profesionales hayan rechazado participar por objetar en conciencia".

VI. Renuncia voluntaria al derecho a objetar en conciencia.

El artículo 119 del Proyecto de ley está en concordancia con la legislación dictada en otros numerosos Estados, configurando la objeción de conciencia de tal manera que sea consistente con el acceso de la mujer a los servicios legales. Algunos connotados autores en el ámbito del derecho a la salud han argüido, desde principios filosóficos y éticos, que ni los médicos ni los otros profesionales de la salud deberían tener derecho a objetar en conciencia. De forma excepcional, algunos ordenamientos jurídicos, como el de Suecia, parecieran favorecer esta opinión. Desde una perspectiva de derechos humanos, este enfoque es innecesariamente estricto y desproporcionado, dado que es posible encontrar un balance plausible entre el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales de la salud y el derecho que tienen las y los pacientes a acceder a los cuidados de salud, regulando de forma adecuada el deber de los profesionales de la salud de derivar a la mujer de forma oportuna y efectiva. Este compromiso supone una carga para los Estados, que deben asegurar la adecuada disponibilidad de profesionales no objetantes, dado que un excesivo recurso a la objeción, como sucede en el sur de Italia, puede violar los derechos humano de las mujeres a la salud y al control sobre su composición familiar.

En consecuencia, el artículo 119 exige al Ministerio de la Salud que dicte protocolos para una apropiada regulación tanto del derecho a objetar en conciencia como del derecho de las mujeres al tratamiento médico.

VII. Derechos Humanos de las personas, no de las instituciones.

Los Derechos Humanos, como la libertad de conciencia y religión, son atribuidos a las personas naturales, no a las personas jurídicas, instituciones o corporaciones. Con el objeto de diseñar una regulación conveniente, se suele conceder a aquéllas una personalidad legal limitada, por ejemplo, para ser dueñas de un terreno o para celebrar contratos, pero esto no significa que puedan ser tratadas como seres humanos. En consonancia con la anterior, como han reconocido la Corte Constitucional colombiana y la Corte suprema del Reino Unido, los establecimientos de salud como los hospitales no pueden reclamar la titularidad de un derecho institucional a la libertad de conciencia o religión, ni pueden desarrollar servicios particulares basados en tal conciencia o religión. Las instituciones no pueden unirse a una comunidad religiosa -no, pueden, por ejemplo, recibir el sacramento del bautismo, ni pueden tampoco calificar para sostener una licencia que los autorice a practicar la medicina. Las agencias corporativas tal vez tengan deberes legales de cuidar a sus pacientes, pero éstos, pero tales deberes son cumplidos a través de los médicos autorizados, de las enfermeras y del resto del personal de salud. Bajo el principio de no discriminación propio de los derechos humanos, ningún miembro del personal puede ser seleccionado o excluido con base en sus convicciones religiosas individuales.

En los casos en que el deber de proveer los servicios de salud generales a una comunidad dependiente es impuesto a un establecimiento público o semi público, el Estado no puede admitir que el establecimiento objete el desarrollo un servicio que se encuentra dentro de una especialidad requerida, como obstetricia y ginecología, basado en su conciencia. La Corte Europea de Derechos Humanos ha notado la obligación que tiene el Estado de "organizar el sistema de salud... con el fin de asegurar que... la libertad de conciencia de los profesionales de la salud... no impida a los pacientes obtener el acceso de los servicios a que tienen derecho" (R.R. v. Polonia, véase 4). Esta obligación también implica negar el derecho de los establecimientos de salud autorizados por el Estado de impedir el acceso de los pacientes a sus servicios alegando un derecho institucional a objetar en conciencia.

VIII. Conclusión.

El artículo 119 del Proyecto de ley está en concordancia con las leyes dictadas en casi todos los países, así como con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos legalmente ejecutables, en cuanto aborda la protección legal de la objeción de conciencia de los médicos que tienen participación directa en la terminación de un embarazo. Tal protección se encuentra sujeta al deber que tienen los profesionales objetantes de derivar a los pacientes aptos a un proveedor no objetante. Existen numerosas leyes que priorizan el deber de los cirujanos de derivar por sobre el derecho de objetar en conciencia, pero el artículo 119 releva a los objetores de esta responsabilidad primaria, obligando a las instituciones de salud a reasignar otro cirujano que no haya manifestado su objeción a la realización de la interrupción. Si no hay ningún cirujano disponible, ni en el establecimiento ni que permita realizar una adecuada derivación a otro establecimiento, el deber de derivar recae en el profesional objetante. Si este profesional no puede realizar una derivación adecuada, el derecho de la paciente a recibir la atención de salud debe priorizarse por sobre la objeción de conciencia, y el profesional que fue requerido en primer lugar se encuentra obligado a llevar a cabo la terminación del embarazo. Además, en el caso que el tratamiento sea inmediatamente necesario para preservar la vida o la salud frente a serios riesgos, el médico que en otros casos objetaría, será necesario para atender las necesidades urgentes del paciente, tal vez encontrando consuelo en la doctrina absolutoria del Doble Efecto.

La objeción de conciencia a participar directamente en la terminación de un embarazo es adecuadamente regulada en el artículo 119. Asimismo, se encuentra debidamente prohibida cuando se trata de derivar pacientes a profesionales no objetores, de divulgar las opciones legales al tratamiento en que el objetor se niega a participar o para quienes ejercen funciones administrativas o de supervisión sobre la labor médica. Del mismo modo, en tanto se trata de un derecho humano, la objeción de conciencia es una posibilidad solo para las personas naturales, no para las instituciones. La Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, rechazó el

argumento según el cual un hospital podría reclamar para sí un derecho a objetar en conciencia; el artículo 119, adecuadamente, no permite un reclamo como éste.

El artículo 119 debe ser interpretado en el contexto del Proyecto como un todo, así como dentro de la estructura de las otras leyes vigentes. Estas leyes generalmente establecen que la prestación de atención post-aborto, incluida la realización de un aborto amenazado o incompleto, ya sea espontáneo o intentado, legal o ilegalmente, no se rige por las restricciones de la ley que regula el aborto y no suscita el derecho de objeción de conciencia. Mas aun, el deber de derivación que es parte del deber legal de proporcionar el cuidado que deben los profesionales a sus pacientes, no es aplicable entre los profesionales y las personas que no son sus pacientes, como podrían ser aquellas que buscan ser sus pacientes. Esto es, el deber de derivar que tienen los profesionales que se niegan a practicar la intervención por haber objetado en conciencia, solo es aplicable cuando existe una relación médico-paciente. En este marco, el artículo 119 se conforma a las leyes dictadas en numerosas partes, que proveen una interrupción legal del embarazo.

Bernard M. Dickens.