

LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS

THE EMERGENCY CONTRACEPTIVE PILL COMMONLY KNOWN AS "MORNING-AFTER PILL" OR "DAY AFTER PILL"

SENTENCIA DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 11 DE ENERO DE 2007

ÁNGELA VIVANCO MARTÍNEZ¹

RESUMEN: El fallo del Tribunal Constitucional acerca de la llamada "Píldora del día después" o "Píldora del día siguiente" ha venido a zanjar una larga controversia que se inició en los tribunales ordinarios de justicia y que, más que determinar si el fármaco tiene o no un efecto antianidatorio, es decir, si impide o no que el cigoto pueda seguir su desarrollo en el útero de la madre, ha significado la decisión de brindar protección al embrión humano ante la posibilidad de daño, lo cual importa un pronunciamiento precautorio en torno al derecho a la vida y considerar necesaria la protección del ser humano desde el momento de la concepción.

Palabras clave: Derecho a la vida, embrión humano, principio precautorio, autonomía, conflicto de derechos.

ABSTRACT: The decision of the Constitutional Court about the so called "Morning-after pill" or "Day after pill" has terminated a long discussion initiated in trial courts. More than resolving the issue about the drug preventing possible post-fertilization implantation of a blastocyst (embryo) in the uterus of the mother, the decision has come to give protection to the embryo facing potential harm, which means a precautionary measure in favor of the protection of the life and the idea of necessary protection of the human being since its conception.

Key words: Right to life, human embryo, precautionary principle, private autonomy, conflict of rights.

I. QUÉ ES LA LLAMADA "PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS" O "PÍLDORA DEL DÍA SIGUIENTE"

La llamada "píldora del día después" o "píldora del día siguiente" (PDD) corresponde a la modalidad de los "contraceptivos de emergencia", los cuales consisten en fórmulas hormonales administradas después de un acto sexual realizado sin protección o con un método anticonceptivo del cual se teme una eventual ineficiencia, para evitar que se produzca el embarazo de la mujer.

¹ Licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile, Candidata a Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña (España). Profesora de Derecho Constitucional y de Bioética y Persona de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. E mail: avivancm@puc.cl

Estos métodos comúnmente utilizan un compuesto químico sintético, el levonorgestrel (LNG), el que se usa solo, en una dosis de 0,7 mg, que se repite a las doce horas, o en dosis de 0,5 mg combinadas con 0,1 mg de etinilestradiol (una hormona asimismo sintética de acción estrogénica) que se repite asimismo cada doce horas, lo cual recibe el nombre de régimen de Yuzpe (LNG-EE)².

Cabe destacar que la discusión jurisprudencial en torno a este tema se ha dado en dos planos distintos.

En primer término, en referencia a sus posibles efectos, pues si bien el énfasis que se hace en la acción de la PDD corresponde a su capacidad de impedir o retardar el tránsito de los espermios hacia la trompa de Falopio y a su efecto anovulario, se ha planteado la posibilidad que este fármaco sea capaz de evitar que el óvulo fecundado se implante en el útero, lo que podría significar ya no un efecto anticonceptivo, sino directamente lesivo del cigoto humano que se ha formado como consecuencia de la referida fecundación³.

En segundo término, y con mayor fuerza que la polémica anterior, la que solo puede ser zanjada por irrefutables estudios sobre el eventual efecto antianidatorio del levonorgestrel utilizado como un único producto o el método Yuzpe, la segunda y profunda divergencia que ha ocasionado la PDD ha sido el planteamiento de si tal eventual efecto sería admisible de acuerdo al Derecho vigente de nuestro país. Esta controversia depende en definitiva de las determinaciones que se efectúen en torno a la protección jurídica de la vida humana en sus inicios, esto es, si ella comienza en el momento de la implantación del óvulo fecundado en la capa mucosa que recubre el útero (anidación), o si ocurre con la concepción, es decir, en el instante mismo en que se produce la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide masculino. Tal determinación significa, a la postre, calificar si la mujer, su familia o el Estado pueden aceptar o tolerar, jurídica y moralmente, la muerte de un individuo de la especie humana para evitar tener el desagrado de afrontar los resultados de una relación sexual no protegida⁴.

² ORREGO (2005).

³ "En resumen, considerando la bibliografía expuesta si se administra LNG 48 h después de una relación sexual no protegida, que ocurrió 12 horas antes de la ovulación, y una segunda dosis 12 horas después, podemos esperar que: se ovulará normalmente (36 h antes de recibir LNG), los espermios capacitados alcanzarán el tercio distal de la trompa alrededor de las 6 horas de la RS, se producirá la fusión del óvulo con el espermio (concepción), originándose un cigoto. Este iniciará el viaje por la trompa hacia el endometrio e iniciarán las sucesivas divisiones celulares sucesivas, sin embargo el transporte tubario estará posiblemente disminuido (impidiendo que este llegue en etapa de blastocisto a la cavidad endometrial), el líquido endometrial será alcalino (con la posible desvitalización del embrión) y encontrará un líquido uterino desfavorable con disminución de proteínas de adherencia y disminución proteínas de protección inmunológica que requiere el embrión. Si el embrión ha logrado sobrevivir a todo lo anterior, las alteraciones del cuerpo lúteo hacen menos probable una progresión normal del embarazo": UGARTE (2008) p. 243.

⁴ De la autora, VIVANCO (2001) p. 100.

II. EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL ACERCA DE LA “PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS” EN CHILE

Si bien, en el entorno de esta materia, la situación de la PDD permitió en muchas instancias académicas, políticas y sociales discutir acerca de si había situaciones que justificaran o no el aborto, como lo puede ser la violación de la madre o la extrema juventud y vulnerabilidad física y psíquica de la mujer embarazada, la verdad es que no era esa la temática verdaderamente en tratamiento, pues de modo alguno la PDD había sido presentada como un método abortivo, el cual estaría excluido de la legalidad por el artículo 119 del Código Sanitario, sino como un método anticonceptivo. El punto estribaba, más bien, en si podía considerarse la vida del *nasciturus* como declinable frente a la autonomía de quienes lo engendraron o ante la decisión política de terceros, considerando entonces irrelevante el peligro de esta ante la necesidad de evitar cursar un embarazo no deseado⁵.

Tal discusión importa una interpretación del Artículo 1° de la Constitución Política⁶ en tres órdenes de materias:

a) En primer término, el planteamiento acerca de si la persona humana lo es desde el momento de la concepción o desde un momento o etapa posterior, a efectos de identificar tal calidad con la titularidad sobre los derechos fundamentales. Sobre este aspecto, si bien se ha dado cuenta de una vasta referencia a las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución que avalan claramente la idea que todos sus partícipes consideraban la vida humana protegible y como tal, a su titular como persona y con derecho a esa protección, desde el momento de la concepción⁷, sin perjuicio que entre ellos difieran acerca de las situaciones que –para algunos– podían justificar un aborto, lo cierto es que tales argumentaciones no son suficientes en un espacio jurídico-político en el cual la historia de la Carta Fundamental no es considerada como fuente fidedigna de interpretación constitucional por muchos autores, considerando el origen y las situacio-

⁵ VIVANCO (2001) p. 100.

⁶ El cual, conjuntamente con asegurar el derecho a la vida de todas las “personas”, expresamente se refiere a la protección que ha de otorgar la ley al que está por nacer. Tal redacción, procedente del Código Civil, puede entenderse de modo optimista como un especificación.

⁷ En efecto, una lectura rigurosa de las actas de todas las sesiones en que se trató el tema, particularmente la sesión N° 90, y varios años después también la sesión N° 407, permiten concluir muy objetivamente que: a) la CENC no adoptó acuerdos en la materia, ni siquiera por mayorías relativas, sino que dejó simples constancias de las opiniones divergentes que tuvieron sobre estos aspectos, b) Varios comisionados fueron partidarios, con ciertos matices, de no prohibir el aborto ni la eutanasia directamente en el texto constitucional, a fin de dar al legislador la posibilidad de, ante antecedentes extraordinarios, autorizar el aborto terapéutico, c) Por esa razón, no hubo mayoría para prohibir el aborto en la Constitución, no obstante dos comisionados lo solicitaron directamente (Guzmán y Silva Bascañán), d) Todos los comisionados estuvieron de acuerdo en que sería solo el legislador el encargado de apreciar estos antecedentes, mediante leyes que podrían despenalizar ciertas formas muy calificadas de aborto, como el terapéutico; e) Ningún comisionado objetó ni contradujo las varias intervenciones que pusieron en la concepción el comienzo de la vida humana. Al respecto, FERNANDOIS (2004) pp. 91 y ss., CEA (2004) pp. 94 y ss. y VIVANCO (2006) pp. 251 y ss., como asimismo el texto *Consideraciones sobre las Normas Nacionales de regulación de Fertilidad en Chile desde una perspectiva jurídica*, inédito, elaborado en 2006 por los profesores Ana María Celis, Carmen Domínguez, Arturo Fernandois y la autora.

nes que coexistieron con la gestación de nuestra Constitución, lo que permite a algunos autores cuestionar la legitimidad de estos orígenes o considerar la fuente histórica como “esterilizante” ante la evolución del Derecho⁸.

De allí que sea preferible, a nuestro juicio, tratar el tema en la perspectiva de las razones que permiten catalogar a un individuo jurídicamente de “persona” y, por defecto, aquellas que recomendarían esperar a otro momento de su desarrollo para tales efectos, y estimamos que esas han de ser las claves de la interpretación del texto constitucional, a fin de no confundir la protección de la vida humana con la visión personal de un grupo de autores, sin perjuicio que sus criterios permiten asimismo ilustrarnos y por ello ha de consignarse cuáles fueron. En esa perspectiva, destacamos los criterios de interés que pueden encontrarse en la identificación biológica del embrión humano como ser vivo, un organismo diferente a sus progenitores, único e irrepetible, desde el momento de la fecundación⁹, pues presenta incipientemente un ciclo vital que representa la expresión definida, en el espacio y en el tiempo, de la integración y coordinación de sus células aunque sea a diferentes niveles de su progresiva morfológica y funcional células, tejidos, órganos y aparatos¹⁰.

En ese entendido, el proceso de anidación constituye una etapa en el desarrollo embrionario, porque suministra los nutrientes necesarios para continuar el proceso celular y dar un ambiente protegido para que el individuo crezca, pero no aporta componentes constitutivos del nuevo organismo, ni infunde de vida al material genético presente, porque este ya estaba vivo. Por lo tanto, podría crearse un ambiente en el cual se desarrollara el embrión sin ser el útero y ello en nada inferiría en el ser humano en gestación.

Sin embargo, las evidencias de la ciencia no pueden, por sí solas y de modo alguno, atribuir al embrión humano el estatuto ontológico de “ser humano de pleno derecho”, de persona, porque el “ser” y la persona no pertenecen al campo de los conceptos biológicos y no son objetos formales de investigación empírica. La genética y la biología del desarrollo sugieren, cada vez con mayor documentación, que el embrión no es otra cosa que un individuo de la especie humana en la fase inicial de su ciclo vital, que lo lleva —a través de un proceso coordinado, continuo y gradual— a convertirse en adulto como cada uno de nosotros, porque él es ya uno de nosotros: “es ya hombre aquel que lo será”¹¹. Por esta razón, su inclusión en la categoría de persona no responde únicamente a que posea ADN humano o a que su anidación no signifique modificación de su estructura y esencia, sino más bien a un reconocimiento universal y transversal acerca de la consideración y respeto por el ser humano en la medida que la especie se vuelve hacia sí misma, dignificando y cautelando su propia realidad.

⁸ ATRIA (1997) pp. 18-19.

⁹ La fecundación, fenómeno en virtud del cual se fusionan los gametos masculino y femenino, tiene lugar en la *región de la ampolla de la trompa uterina*. Es esta la parte más ancha de la trompa y se halla localizada próxima al ovario. Los espermatozoides y el ovocito se mantienen vivos en el tracto reproductor femenino durante 24 horas aproximadamente. SADLER (1996) p. 27.

¹⁰ COLOMBO (1998) p. 100 y ss.

¹¹ COLOMBO (1998) p. 100 y ss.

Esa calidad de única de la persona humana no se adquiere con el tiempo ni puede lógicamente considerarse que el hombre parta siendo una cosa para después llegar a ser persona: “No existe un tránsito paulatino desde “algo” a “alguien”... Si el ser persona fuera un estado, podría surgir poco a poco. Pero si la persona es alguien que pasa por diferentes estados, entonces los supone todos. No es el resultado de un cambio, sino de una generación, como la sustancia, según Aristóteles... La persona no es un concepto específico, sino el modo como son los individuos de la especie “hombre”.- Son de tal manera que cada uno de ellos ocupa un lugar irrepetible en la comunidad de personas que llamamos “humanidad”, y solo como titulares de ese lugar son percibidos como personas por alguien que ocupa asimismo un lugar semejante. Si hacemos depender la concesión del lugar del previo cumplimiento de determinadas propiedades cualitativas, destruimos la incondicionalidad de la demanda. Quien ocupa ese lugar lo ocupa como miembro engendrado, no cooptado, de la humanidad”¹².

b) En un segundo orden de materias, la situación de la PDD en Chile exige, también como demanda de interpretación constitucional, aun si se afirmara que el embrión humano es una persona con derechos que han de ser constitucionalmente cautelados, determinar si tales derechos necesariamente han de considerarse preeminentes a los derechos de la persona adulta que desea usar un método de contracepción de emergencia, dado el riesgo de embarazo y su decisión autónoma de no verse expuesta a tal, en el entendido además que el aborto no es una opción legal ni constitucionalmente validada en Chile –luego, no puede postergarse la decisión ante el riesgo mencionado–. Ello nos lleva necesariamente a la perspectiva de resolver un eventual o real conflicto de derechos, pues si bien nuestra Carta Fundamental de 1980 no contempla un catálogo a los derechos sexuales y reproductivos, la interpretación en el Derecho Comparado y a la luz de numerosos tratados internacionales, es que la garantía de protección de la salud

¹² SPAEMANN (2000) pp. 227 y ss.

¹³ Ya en 1968 en la Conferencia de Teherán sobre Derechos Humanos se habló de los derechos reproductivos y se les definió como “el derecho básico de las parejas para decidir libre y responsablemente sobre el número y espaciamento de los hijos, y para tener la información, educación y medios para hacerlo”. No obstante, son la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo en 1994 y la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing en 1995 las que vuelven a tomar este concepto, desarrollándolo y consagrándolo tal y como lo conocemos hoy. Así, en ambas se afirma que: “los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamento de los nacimientos y el intervalo entre estos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En el ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familiar”.

incluye a la salud sexual y reproductiva¹³, y en dicho concepto se encuentra la decisión libre acerca del número, oportunidad y espaciamiento de los hijos¹⁴.

Si se reconoce tal realidad y, a la vez, que ella en nuestro país no puede significar el derecho a un aborto legal, cabe entonces preguntarnos si se da en el caso un conflicto aparente o real entre el derecho de unos a la salud sexual y reproductiva y el derecho de otros a la preservación y cuidado de su vida, aun en etapa inicial, frente al peligro de daño, ya que no existe tampoco medio de probar sin lugar a duda que ese daño pueda o no producirse.

La resolución de las situaciones de conflicto de derechos, a nuestro juicio, no pasa por declarar la prevalencia de ciertos derechos sobre otros, sea de modo abstracto o en concreto¹⁵, ya que tal cosa significa que cuando un derecho de segunda tiene la desdicha de cruzarse con uno de primera, queda desplazado, sacrificado, afectado en su contenido jurídico, en buena cuenta, vulnerado... Así lo ha puesto de manifiesto, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español en algunas de sus sentencias en las que ha terminado por justificar intromisiones y sacrificios de los derechos fundamentales desplazados, por ejemplo: “... tal valor preferente [de la libertad de información] no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede *legitimar las intromisiones* en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad”¹⁶. Del mismo modo, ha dicho que “*han de sacrificarse* únicamente en la medida que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática”¹⁷. En este caso, se ve claramente cómo una postura conflictivista en buena cuenta propone –y eso termina logrando– legitimar *intromisiones o sacrificios* en el contenido de los derechos fundamentales, que no es otra cosa que legitimar *afectaciones, vulneraciones, lesiones* al contenido de los derechos fundamentales¹⁸.

De ese modo, nos parece una solución más adecuada optar por una tesis no conflictivista de derechos, la que, sin embargo, demanda un esfuerzo adicional, pues se

¹⁴ Así, el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación a la Mujer, ratificada por Chile y vigente, reconoce el “derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, educación, y los medios que les permita ejercer estos derechos” y en el acápite 16.1 del mismo se prescribe que “Los Estados partes asegurarán los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que permitan ejercer esos derechos”. GYSLING (1994).

¹⁵ La *Categorization of rights* consiste en categorizar los derechos en abstracto, otorgarles un rango o jerarquía, y luego comparar los derechos en juego y hacer prevalecer el de jerarquía superior. Por ejemplo, la jurisprudencia norteamericana reconoce algunas “libertades preferidas”, como la libertad de prensa, que gozaría de un rango superior a otros derechos y dan lugar al “escrutinio estricto”. Por su parte, el *balancing test* o ponderación de derechos se traduce en determinar, en cada caso concreto, qué derecho prima sobre otro, lo que repite el resultado del primer caso, con la variabilidad del caso, que de todos modos tiende a estandarizarse ante la jurisprudencia: EKMEKDJIAN (1985) p. D-847y EKMEKDJIAN (1999) p. 9.

¹⁶ STC 104/1986, cuyo texto completo puede encontrarse en http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1986-0104

¹⁷ STC 240/1992, cuyo texto completo puede encontrarse en http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1992-0240

¹⁸ CASTILLO (2005).

trata entonces de definir la esencia de cada derecho para determinar si verdaderamente uno está invadiendo la esfera de otro o, en realidad, se trata de una desmedida extensión de una pretensión jurídica ante el real ejercicio de un derecho concreto¹⁹. Ello importa, en el caso que nos ocupa, examinar la naturaleza de cada derecho y el espacio en que pueden colisionar y desentrañar si la situación de riesgo del embrión humano puede considerarse un efecto colateral aceptable dentro de la extensión del ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas.

c) Finalmente, una tercera exigencia de interpretación constitucional en la especie tiene que ver con el rango de la protección del derecho a la vida y la aplicación del llamado *principio precautorio*, el cual se aplica cuando existe falta de certidumbre científica y amenaza de daño a bienes axiológicamente superiores tales como: la vida, la salud, la calidad del medio ambiente²⁰, el cual ha encontrado alguna aplicación en relación con el derecho a la vida, aunque su gran desarrollo ha sido en materia medioambiental²¹.

El gran desafío es, a este respecto, determinar tres cosas: Puesto que no se ha podido obtener una evidencia científica concluyente acerca del efecto antianidatorio de la PDD, pero es obvio que si existiera tal efecto, ello importaría interrumpir el ciclo de

¹⁹ Así las cosas, “los llamados conflictos entre derechos fundamentales solo pueden ser aparentes, no pueden existir realmente. Los verdaderos conflictos solo pueden verificarse en el ámbito de las pretensiones o de los intereses que en un litigio concreto presenten las partes. En este nivel, sí puede afirmarse que una pretensión ha *prevalecido* sobre la otra. Esto supone abandonar los mecanismos de interpretación constitucional que –si se concibe a los derechos como realidades contradictorias– pretenden solucionar el “conflicto” mediante métodos que terminan poniendo un derecho por encima de otro, es decir, terminan proponiendo la prevalencia de uno y el desplazamiento del otro. Al abandonar estos mecanismos de interpretación se deben acoger aquellos que, al partir de la posibilidad de una vigencia armoniosa y en conjunto de los derechos fundamentales, propongan métodos dirigidos a lograr una vigencia ajustada de los mismos. Estos métodos pasan necesariamente por considerar que todos los derechos fundamentales cuentan con un contenido jurídico que empieza a definirse desde la norma constitucional misma, apelando a la finalidad y a la naturaleza jurídica del derecho de que se trate. No es un contenido ilimitado, sino que tiene un alcance y significación limitada. Esa realidad limitada que supone el derecho fundamental es en sí misma ilimitable, de modo que la actuación del poder político –del legislador, por ejemplo– será de delimitación de ese contenido jurídico. El contenido constitucional de los derechos fundamentales, entonces, es *limitado*, *ilimitable* y *delimitable*: *Ibíd.*, las cursivas son del original.

²⁰ PARELLADA *et al.* (2007).

²¹ Algunos de los criterios desarrollados en torno a este principio son eficientes de considerar a propósito de la protección de la vida. En efecto: “Adopción de decisiones precautorias antes de contar con la certeza científica de la relación causa-efecto. La mayoría de los tratados internacionales que incorporan el principio precautorio lo adoptan como el deber general de los Estados de actuar de acuerdo a él en situaciones de incertidumbre. Este proporciona un mecanismo de aceptación de responsabilidades en la prevención de riesgos. Los deberes generales que obligan a actuar en una forma determinada, aun en ausencia de leyes específicas, no son tan raros en Estados Unidos. Por ejemplo, la Ley de Seguridad y Salud Ocupacional exige que el empleador proporcione a cada uno de sus empleados un trabajo y un lugar de trabajo que estén libres de riesgos conocidos que causen o puedan llegar a causar la muerte o daños físicos graves. Fijación de metas. El principio precautorio estimula la planificación basada en medidas bien definidas, más que en escenarios futuristas y en cálculos de riesgo que pueden estar llenos de errores y de sesgos...Traspaso del peso de la evidencia. Quienes proponen una determinada actividad *deben demostrar que ella no causará un daño indebido a la salud humana o a los ecosistemas*. Quienes tienen el poder, el control y los recursos para actuar y prevenir los daños *deben asumir esa responsabilidad*”: TICKNER, RAFFENSPERGER y MYERS (1999).

gestación de un ser humano: ¿puede tal posibilidad justificar las prohibición de comercialización o entrega del fármaco?, ¿se trata de una precaución ideológica/confesional o de una decisión tomada en el ámbito de las definiciones de protección que ha de hacer el Derecho en el ámbito del orden público?, ¿se genera de esta decisión precautoria un daño real y no virtual para los derechos de las personas, en aras de proteger otros derechos ante el peligro de vulneración?²².

Las respuestas a estas preguntas están inextricablemente relacionadas con el modo en que abordemos el punto anterior, sobre posibles conflictos de derechos, pero también con la representación que nos hagamos acerca de la función del Derecho en sociedad. De allí que hemos decidido si el Derecho se contentará con una “versión fuerte” o una “versión débil” del principio de precaución, siendo el paradigma de la versión fuerte que la cuestión crucial está en decidir si han sido satisfechas las condiciones que comportan que se manifieste una obligación de hacer (o de no hacer), mientras que, en el ámbito de la versión débil, el problema esencial consiste, en cambio, en determinar si existe un fundamento científico suficiente en la base de la pretensión de derogar los principios del libre comercio²³.

III. LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS ANTE LOS TRIBUNALES CHILENOS

1. RECURSO DE PROTECCIÓN

El Instituto de Salud Pública concedió el Registro Sanitario y autorizó la comercialización de la PDD bajo la fórmula al fármaco denominado “Postinal”, elaborado sobre la base de la droga levonorgestrel, mediante la resolución n° 2.141, del 21 de marzo de 2001, del Instituto de Salud Pública, lo cual generó la presentación de un recurso de protección, el cual fue rechazado originalmente en la Corte de Apelaciones de Santiago²⁴

²² “La decisión de invocar o no el principio de precaución es una decisión que se ejerce cuando la información científica es insuficiente, poco concluyente o incierta y cuando hay indicios de que los posibles efectos sobre el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal pueden ser potencialmente peligrosos e incompatibles con el nivel de protección elegido. El principio de precaución no puede, sin embargo, legitimar en ningún caso una decisión de naturaleza arbitraria y la elección de la respuesta que debe darse en una determinada situación es una decisión política que habrá que tomar en función del nivel de riesgo “aceptable” para la sociedad que debe soportar el riesgo”: CARRETERO (2006).

²³ GRADONI (2001/2002) pp. 8 y 12.

²⁴ Fallo de 28 de mayo de 2001 considerandos 9°, 10° y 11°: “9° Que en la especie, se ha recurrido por diferentes organizaciones en favor de personas naturales, a nombre propio, de las entidades que representan, por los individuos por nacer en Chile que se encuentran concebidos y por sus padres, sujetos todos indefinidos y *faltos de la concreción indispensable que la ley exige para ser titulares de la acción de protección de que se trata.* / 10° Que de todo lo anterior se desprende que los recursos intentados no se ajustan a las exigencias que establecen las disposiciones tanto constitucionales como las que emanan del Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema para su tramitación y fallo, por lo que deben desestimarse. / 11° Que la discusión de orden doctrinario planteada en los diferentes recursos y consiguientes informes, además de los estudios científicos y técnicos que sirvieron de fundamento a la decisión del Instituto de Salud Pública, que controvierten los recurrentes, son ajenos a esta acción de protección, *desde que requerirían una instancia de lato conocimiento además de prueba diversa y compleja, procedimiento que no se aviene con su objetivo de ser un remedio pronto y eficaz que preste inmediato amparo a un eventual afectado...*” (las cursivas son nuestras).

por “falta de legitimación activa” de los posibles afectados y luego acogido por la Excm. Corte Suprema²⁵.

Es importante destacar algunas de las razones por las cuales el recurso fue acogido, así se citan a continuación los considerandos 9° y 17° del fallo citado: “9°. La ilicitud constitucional de la autorización para la fabricación, venta y distribución de la droga levonorgestrel radica en que en uno de sus variados efectos, amenaza la vida del que está por nacer²⁶, y además, amenaza la integridad física y psíquica de las mujeres a quienes se les administraría, pues podría provocarles un aborto; 17°. El que está por nacer—cualquiera que sea la etapa de su desarrollo prenatal, pues la norma constitucional no distingue— tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación”²⁷.

Si bien algunos sostuvieron que el recurso de protección referido debería haberse rechazado porque no había pruebas definitivas que el fármaco impidiera la anidación²⁸, numerosa literatura de los países en que la “píldora del día después” se había legalizado sostenía lo contrario, en el sentido que la sustancia levonorgestrel, un prostagelino que en dosis bajas sirve de medicamento, al constituir o elaborarse un producto con él en altas dosis, tiene como uno de sus efectos posibles impedir la anidación²⁹. Al tener, entonces, el

²⁵ Sentencia de la Corte Suprema de 30 de agosto de 2001, reproducida en la Revista *Ius Publicum* N° 7, pp. 159-169. En ella, “se declara que se deja sin efecto la resolución N° 2141 del 21 de marzo del año en curso, del Instituto de Salud Pública, que concedió el registro sanitario al fármaco denominado “Postinal” y elaborado sobre la base de la droga “Levonorgestrel”.

²⁶ Puede ser de utilidad recordar al lector que la gran discusión científica acerca de los verdaderos efectos del fármaco se produjo con posterioridad a este fallo. En sede de protección las partes estuvieron contestes en que uno de los posibles efectos del fármaco era evitar la anidación, y, como consecuencia de ello, centraron su discusión en si tal efecto podía o no considerarse atentatorio contra el derecho constitucional a la vida. De hecho, las propias autoridades de salud admitieron que uno de los posibles efectos de la “píldora del día después” era impedir la implantación del embrión en el útero de su madre, como consta de los fallos respectivos.

²⁷ Sentencia de la Corte Suprema de 30 de agosto de 2001, reproducida en la Revista *Ius Publicum* N° 7, pp. 161 y 162.

²⁸ Precisamente ello corresponde al debate científico posterior.

²⁹ Efecto que se encuentra públicamente reconocido en aquellos países que han legalizado sin dificultades su comercialización o que la han prohibido, v.g. el caso de España: “El levonorgestrel puede actuar de distintas formas: inhibe la ovulación, impide que el óvulo sea fecundado y evita la implantación del mismo en el útero” (“Una nueva píldora del día después, más fácil de usar”: noticia aparecida en el diario *El Mundo* de 9 de diciembre de 2002 (<http://elmundosalud.elmundo.es/elmundosalud/2002/12/09/mujer/1039430295.html>, sitio consultado en agosto de 2003); en Estados Unidos se han publicado evidencias que apoyan la posición de que los así llamados anticonceptivos de emergencia tienen, de hecho, un efecto abortivo. Un ejemplo es un artículo del número de marzo de *The Annals of Pharmacotherapy*, titulado “Postfertilization Effect of Hormonal Emergency Contraception” y escrito por Chris Kahlenborn, MD; Joseph B. Stanford, MD, MSPH; and Walter L. Larimore, MD., el cual propone evidencias de que “tomar la píldora del día después puede causar la muerte de un embrión vivo al bloquear sus intentos de asentarse dentro del útero”. El artículo hace notar que queda suficientemente claro que los componentes de las píldoras del día después actúan sobre todo evitando la ovulación. Pero los autores describen cómo las drogas muchas veces fallan, al impedir la ovulación, y dependen entonces de un efecto postfertilización, causando el aborto de la nueva vida formada en embrión” (<http://www.geocities.com/Heartland/Flats/1526/ab170202.htm>, sitio consultado en agosto de 2003).

fármaco como mecanismo de acción propio la eliminación del embrión ya concebido mediante la obstaculización de su implantación natural en el útero materno, se transforma un medio para provocar artificialmente la muerte de la criatura humana ya concebida.

Esta elaboración jurisprudencial es compatible con la efectuada en Argentina, en el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que prohíbe la comercialización del fármaco “Imediat”, con fecha 5 de marzo de 2002, el cual señala: “9º) Que según surge del prospecto de fs. 14 y del informe de fs. 107/116 el fármaco “Imediat” tiene los siguientes modos de acción: “a) retrasando o inhibiendo la ovulación (observado en diferentes estudios con mediciones hormonales-pico de LH/RH, progesterona plasmática y urinaria); b) alterando el transporte tubal en las trompas de Falopio de la mujer del espermatozoide y/o del óvulo (estudiado específicamente en animales de experimentación –conejos– se ha observado que el tránsito tubal se modifica acelerándose o haciéndose más lento). Esto podría inhibir la fertilización; c) modificando el tejido endometrial produciéndose una asincronía en la maduración del endometrio que lleva a inhibir la implantación” (conf. fs. 112)³⁰ (mientras el Vicedecano de la Facultad de Medicina de la UBA, criticando el fallo, reconoce, sin embargo, que “La ingesta de una pastilla que estimula un rápido crecimiento de la mucosa, seguido de un descamado de esa mucosa en las 72 a 96 horas posteriores, lleva a que cuando el óvulo fecundado busca anidarse en esa “esponja” que debería encontrar en el útero, se encuentra con una superficie lisa como una pared, como una piedra. Al no poder penetrar en el endometrio, es arrastrado por el descamado sanguíneo que está sucediendo”³¹.

2. ACCIÓN DE NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO

Sin embargo, las autoridades chilenas, no conformes con el dictamen de los Tribunales de Justicia, autorizaron un segundo fármaco: “Postinor 2”, con el mismo principio activo, mediante Resolución N° 7224, de fecha 24 de agosto del año 2001 del Instituto de Salud Pública de Chile, que se materializó en el registro ISP F-8527/01, el que ha permitido la venta o comercialización del fármaco Postinor-2, elaborada en base al principio activo levonorgestrel 0,75mg. Al respecto, quienes criticaron esta situación señalaron que “en la medida en que el fármaco “Postinor 2”, o cualquier otro, tenga el mismo efecto que la Corte Suprema ha estimado contrario a la garantía constitucional de la vida, es decir, impida la anidación del embrión ya concebido, la autorización del Instituto de Salud Pública adolecerá del mismo vicio de la que ha sido objeto directo de la sentencia; es decir, se tratará de una acción ilegal y arbitraria que amenaza el ejercicio legítimo del derecho a la vida de las criaturas concebidas no implantadas”³².

Tal situación mereció cuatro acciones jurisdiccionales:

a) La primera consistió en la pretensión de hacer valer la sentencia de la Corte Suprema, ya individualizada, dictada respecto del fármaco “Postinal” respecto de esta

³⁰ El texto completo del fallo se encuentra en http://www.aica.org/aica/documentos_files/Otros_Documentos/doc_Otros_Sentencia.htm, sitio consultado en agosto de 2003.

³¹ “La prohibición de la píldora del día después: La Corte tuvo un gesto de omnipotencia”, entrevista al doctor Sergio Luis Provenzano de fecha 10 de marzo de 2002, en <http://www.healthig.com/fertilidad/fertilidad15.html>, sitio consultado en agosto de 2003.

³² CORRAL (2001), p. 167.

nueva situación, lo cual fue rechazado por la Corte, pese a sostenerse ambas por el mismo principio activo de levonorgestrel³³.

b) Presentación de una acción de nulidad de Derecho Público, la cual mereció un fallo favorable, el cual fue dictado por la señora jueza suplente del Vigésimo Juzgado Civil de Santiago³⁴ con fecha 30 de junio de 2004 en juicio ordinario de declaración de nulidad del acto administrativo.

El requirente de autos basó su pretensión en que “de ninguna forma se ajusta a derecho, que amparado bajo la excusa formal de una falta de identidad en los nombres de un determinado producto (Postinol/Postinor-2), no se hayan adoptado por el ISP las medidas para impedir comercializar todo producto que contiene el principio activo “levonogestrel” 0.75, resultando nula de derecho público la autorización concedida en tal sentido al Laboratorio Grünenthal. Atendido lo razonado precedentemente, la nulidad de derecho público parece la única solución razonable, sobre todo cuando existe un corpus normativo que no deja dudas que nuestro ordenamiento jurídico se concede a la vida, desde el instante mismo de la concepción, sin discriminar si el embrión se implantó en el útero; por lo que para no caer en un absurdo jurídico, y a fin de evitar la pérdida de la vida de tantos inocentes se hace necesaria la declaración de nulidad de derecho público”, mientras que el demandado (ISP) replicó: “en el evento que el óvulo se encuentre fertilizado, no se puede hablar de un individuo que está por nacer, ya que mientras la madre no haya establecido un vínculo orgánico y biológico, que le permitirá proporcionarle nutrientes indispensables para su evolución y desarrollo, no ha surgido, desde el punto de vista legal, un individuo que está por nacer. Señala, que en materia penal, la vida del que está por nacer se protege por la vía de establecer el tipo penal aborto, en conformidad a los artículos 343 a 345 del Código Penal; añadiendo que en su mayoría los tratadistas sostienen que se debe proteger el producto de la concepción en cualquier etapa de la vida intrauterina que recorre el período que va desde la anidación del huevo fecundado hasta el nacimiento; por lo que antes de la anidación existe un huevo cuya viabilidad depende de diversos factores que no son posibles de determinar. En este sentido, la demandada cita al profesor Juan Bustos Ramírez, en su “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, en el que señala que solo la anidación del óvulo implica una certeza en el desarrollo de la vida humana y que un medio que impida la anidación no podrá considerarse abortivo; pues todavía no se da el objeto de protección correspondiente. En cuanto a que la sola comercialización de un anticonceptivo postcoital constituiría un atentado al artículo 4.1 de la Convención Americana, que protege la vida a partir del momento de la concepción;

³³ “...el abogado que han designado como su patrocinante y apoderado en estos autos de inconstitucionalidad –señor Jorge Reyes Zapata– *“presentó un escrito a la Corte Suprema pidiendo que los efectos de la sentencia (de 30 de agosto de 2001) tuviera efectos generales”*, y a que por sentencia de 10 de octubre de 2001, dictada por mandato de la Corte Suprema, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó tal solicitud, según se indica, *“estableciendo que la medida de cancelación del registro era solo para un acto concreto; no tenía efectos generales; se refería a una píldora, no a todas ellas”*: Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 18 de abril de 2008, p. 26.

³⁴ El texto íntegro puede encontrarse en <http://www.estudiohormazabal.com/>, sitio consultado en octubre de 2004.

sostiene que no constituye un aborto y así quedó en evidencia por la propia Comisión de Derechos Humanos en la Resolución N° 23/81, en su considerando 30, caso 2141, conocido como Baby Boy, del 6 de Marzo de 1981; estableciéndose una fórmula general dejando a cada Estado en la más absoluta libertad para normar constitucional o legalmente, el momento que a su juicio se produce la concepción”.

El fallo, acogiendo la demanda presentada, resolvió sintéticamente lo siguiente: En primer término, analizada la prueba rendida por las partes, estima que los informes presentados por la parte requirente “resultan convincentes, para establecer la peligrosidad real que tiene el fármaco Postinor-2, no solo en relación a la vida del que está por nacer, sino también sobre la salud física de la mujer que ingiera dicho fármaco”; a continuación, considera que “a juicio de este sentenciador, al otorgarse el registro cuya nulidad se solicita, no solo se han infringido los artículos 5º, 6 y 7º de nuestra Carta Fundamental; además el Decreto Ley 2.763; Decreto Supremo 1.876; y artículo 94 del Código Sanitario; por cuanto ha existido una desviación de poder, al atender dicho órgano a una finalidad distinta a la querida por el legislador cual es la de proteger la vida del que está por nacer no efectuándose distinciones arbitrarias acerca de si el embrión se encuentra o no anidado; atentándose además al derecho de la igualdad; esto respecto del *nasciturus*. En cuanto a la madre cuyo fármaco puede producir un aborto, es menester señalar que no existe constancia en autos de nuevos antecedentes aportados a la Institución demandada, para desestimar las prevenciones tenidas en consideración en relación al Postinor, fármaco que cuya venta y comercialización fue prohibida mediante sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, y que según se señaló indicó en el considerando quincuagésimo, podría tener efectos “microabortivos”.

c) La sentencia antes mencionada fue apelada para ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, la cual emitió su fallo con fecha 10 de diciembre de 2004 (Novena Sala), revocando lo sentenciado sosteniendo que la aspiración de la parte demandante –la agrupación juvenil AGES– de defender la vida del que está por nacer requiere de una certeza científica previa “fundamental, cual es conocer exactamente los efectos del fármaco señalado en el complejo proceso de la concepción humana, en términos de saber cómo y en qué etapa puede interrumpir el ciclo natural del embarazo”. Al respecto, sostiene que “la discusión central sobre el tema es materia no definitivamente resuelta por la ciencia médica y es aún objeto actual de experimentación y discusiones científicas”, por lo cual “esta sola conclusión permite sostener que la jurisdicción no puede intervenir resolviendo el conflicto de intereses propuesto en autos, pues esta solo puede hacerlo sobre la base de certezas y no le es posible reconocer derechos u obligaciones derivados de hipótesis científicas en plena discusión”. Sobre el mismo tema agrega que “tanto el momento en que ocurre la concepción, así como los efectos que produce en el organismo humano una píldora con determinados componentes químicos como de la que se trata en estos antecedentes, asunto respecto del cual no hay un veredicto científico indubitado, no puede ser resuelto por una sentencia emanada del órgano jurisdiccional, pues en tal caso se estaría reemplazando o arbitrando la verdad científica o la reflexión filosófica, lo que no es de su incumbencia, sino que materia que compete a otros órganos del Estado y de la sociedad”.

En referencia a este último punto, el texto, que fue redactado por el ministro Hugo Dolmestch, sostiene que “el Instituto de Salud Pública es el órgano contemplado por la legislación nacional para asumir esa responsabilidad”, ya que la ley lo faculta para “ejercer las actividades relativas al control de calidad de medicamentos, alimentos de uso médico y demás productos sujetos a control sanitario”.

d) La decisión de la Corte de Apelaciones fue objeto de recursos de Casación en Fondo y Forma, los cuales falló la Excm. Corte Suprema con fecha 8 de Noviembre del año 2005, sosteniendo el rechazo a la Nulidad de Derecho Público de la Resolución del ISP bajo los supuestos siguientes: “la legitimación activa del actor, esto es la pretensión de obtener una decisión jurisdiccional respecto de la vulneración de los derechos atribuidos al Instituto de Salud Pública de Chile, se encuentra fundamentada en lo que dispone la Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 1, que asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, la ley a su vez, protege la vida del que está por nacer, norma que se encuentra establecida, en el grado de cautela en el artículo 75 del Código Civil. Así, el derecho para tutelar la vida de los seres que se encuentran en etapa de gestación, alcanza también en este caso al actor, puesto que, perteneciendo a un cuerpo intermedio con personalidad jurídica, que propende a la defensa, protección, cuidado, preservación y desarrollo del pleno derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción, dicha condición jurídica le permite legítimamente accionar en defensa de bienes jurídicos” (considerando 21); “en lo que resta de los capítulos de infracción de ley que se invocan, parece necesario comenzar por aquel dedicado a la infracción al artículo 1.698 del Código Civil y que titula el recurso vulneración de las “leyes reguladoras de la prueba” y que, como se señaló en el considerando 13° precedente, de manera ilegítima, la sentencia impugnada había alterado el “onus probandi”, al declarar que la ciencia está dividida respecto del efecto abortivo de la llamada “píldora del día después” y, frente a este dilema, a los tribunales no les corresponde resolver la cuestión, en circunstancias que una sola duda nunca podría afectar al sujeto de derecho, en este caso el embrión, considerando en general la salud pública como un bien esencial, según aparece de lo previsto en el artículo 1° del D.L. N° 2.763 que es Orgánica del I.S.P. y que obliga al Estado a garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud...” (considerando 25); “... Que aun cuando la cuestión controvertida no versa respecto de la existencia o cumplimiento de una obligación, como se expresa en el artículo 1.698 del Código Civil, que establece la regla del onus probandi en el título de la prueba de las obligaciones, es lo cierto que se ha impetrado una nulidad de derecho público contra un acto de un órgano del Estado, al cual se le atribuye el quebrantamiento del artículo 7° de la Constitución Política de la República, basado en que con infracción al derecho a la vida que le asiste a “un no nacido” se ha autorizado el registro de un producto farmacéutico que tiene el carácter de abortivo, lo cual atenta contra el principio constitucional que le asiste al que está por nacer, en relación al artículo 75 del Código Civil. En este contexto resulta básico entonces, demostrar por quien afirma los efectos nocivos de la droga objetada, que ese mal necesariamente se produce con la ingestión del fármaco aludido, toda vez, que

constituye un principio general probatorio, que le incumbe al actor la prueba de los hechos en que se funda su demanda. En el recurso, se sostiene que la sentencia, frente a la cuestión de hecho determinante para decidir la cuestión controvertida, no sobrepasó el estado de la duda, lo que es sostener que no se alcanzó la convicción a través de la prueba rendida, del carácter abortivo de la sustancia Postinor-2 y, como en el presente caso no se ha alegado en estricto rigor procesal que a la demandante, sobre este crucial elemento de hecho, le asistiera algún beneficio de presunción, resulta de manera irredargüible que, en la especie de que se trata, no se ha podido producir ningún quebrantamiento al artículo 1.698 del Código Civil que el recurso denuncia como infringido, por lo que este capítulo deberá ser desestimado” (considerando 28); “...no es cuestión demostrada en este juicio la cualidad abortiva del fármaco aludido ni tampoco que su utilización pudiera provocar, *en grado de certeza*, un peligro de la vida del que está por nacer, de tal manera, que el organismo público encargado por la ley, para autorizar el registro de un producto para su venta, dentro de su competencia estaba habilitado, precisamente por las funciones que la ley encomienda para efectuar dicho acto administrativo, según aparece de lo previsto en el artículo 1° del D.L. N°2.763, en cuanto encarga al Ministerio de Salud y a los demás organismos competentes ejercer la tarea que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación de la persona enferma. Lo mismo cabe expresar con respecto a las actividades que la misma ley encarga al ISP, tanto en el artículo 35 inciso final, cuanto a la competencia que le asiste en los numerandos que refiere el artículo 37, específicamente en la letra a) N°2, que lo faculta para autorizar y registrar medicamentos y demás productos sujetos a la modalidad de control de la calidad de aquellos, con lo cual la sentencia no ha podido contravenir las normas que el recurso aduce como quebrantadas en el tercer capítulo de nulidad en el libelo en estudio” (considerando 34)³⁵.

3. RECURSO DE PROTECCIÓN: NORMAS FERTILIDAD

En el marco referido en el punto anterior, el Estado, a través de una norma administrativa de bajo rango (Resolución Exenta N° 584, de 1° de Septiembre de 2006) dispuso la distribución obligatoria en el sistema público de salud y a menores de edad, del medicamento levonogestrel en la concentración que importa un mecanismo de anti-concepción de emergencia también llamado “la píldora del día después” o “píldora del día siguiente”. Dichas Normas Nacionales de Regulación de Fertilidad en Chile³⁶ se plantearon desde una concepción jurídica que fuerza a dos ámbitos de consideraciones: desde las políticas públicas que atañen a la persona y también a la familia; y desde las bases constitucionales y legales en que, en lo específico, resultan vulneradas por la entrega libre de la llamada “píldora del día después” o “anticoncepción de emergencia”, como se le conoce, a menores de edad no solo sin autorización sino, además, sin conoci-

³⁵ Las cursivas son nuestras.

³⁶ En adelante nos referiremos a ellas como “Normas de Fertilidad”.

miento de sus padres, lo cual constituye la gran innovación que las Normas de Fertilidad contienen respecto de las políticas ya desarrolladas en la materia³⁷.

Frente a esa realidad, se dedujo un recurso de protección por parte de don Pablo Zalaquett Said, Presidente de la Corporación Municipal de Educación y Salud de La Florida, y los señores Cristián Andrés Lagos Fernández y Jorge Eduardo Catalán Riffo en contra de la Ministra de Salud doña María Soledad Barría Iroume. Estos recursos fueron fallados por la Corte de Apelaciones de Santiago el 17 de Noviembre de 2006³⁸, bajo los siguientes fundamentos: “Atendido lo que se viene razonando, pretensiones tales como las basadas exclusivamente en intereses morales, religiosos, sociales, las encaminadas a sustituir decisiones de la administración que no importan afectación de los derechos de las personas, no constituyen pretensiones procesables o pertinentes a esta acción cautelar de carácter constitucional puesto que su naturaleza es de otra índole” (considerando 4º), por lo cual “desde esta perspectiva, las pretensiones de que esta Corte deje sin efecto el instructivo sobre la materia o que se obligue a la autoridad a entregar el anticonceptivo con autorización de los padres sostenidas a fs. 49 y 72 habrán de ser rechazadas porque no guardan relación con un acto arbitrario y o ilegal y, además, con alguna afectación a los derechos constitucionales invocados u otros de esta clase” (considerando 5º). En esa perspectiva, “Los padres, no obstante el acto cuestionado, siempre podrán educar a sus hijos en las cuestiones de la sexualidad y la regulación de la fertilidad de la manera que en su concepto les parezca adecuada, incluso expresamente podrán formarlos para que no recurran en circunstancia alguna a la ingesta del anticonceptivo de emergencia, sin que su afán de contrariar la política gubernamental pueda acarrearles consecuencia negativa alguna, porque importa el ejercicio del derecho constitucional de educar a los hijos. Esto es así porque esta libertad fundamental, precisamente su garantía, está pensada respecto del Estado; para oponerla a todo empeño dirigido a imponer orientaciones excluyentes en la educación”³⁹.

4. PRIMERA ACCIÓN FRENTE AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El 30 de septiembre de 2006, treinta y un diputados, ejerciendo la facultad prevista en el artículo 93 inciso primero N° 16 de la Constitución, requirieron al Excmo. Tribunal Constitucional para que declarara la inconstitucionalidad de la Resolución Exenta N° 584 (Ministerio de Salud), fechada el 1 de septiembre de 2006, la cual

³⁷ Dice el documento: “En definitiva, el propósito de estas normas es contribuir a que cada embarazo sea deseado y fruto de la decisión libre, informada y responsable de ambos progenitores, que la reproducción no interfiera con su desarrollo como individuos y como pareja...” (p. 8). Estas normas autorizan la amplia prestación a adolescentes del “servicio de regulación de fertilidad” bajo la premisa de que “no existe norma legal que diga que los hijos o hijas deben solicitar autorización de los padres para iniciar relaciones sexuales, o que la patria potestad incluye el control de la sexualidad de hijas e hijos” (p.130), lo cual incluye entre otros métodos, la entrega de la PDD sin necesidad de conocimiento o autorización de los padres.

³⁸ Este fallo y el de la Corte Suprema en la materia, se encuentran transcritos y comentados en BARCIA (2007) pp. 409 y ss.

³⁹ La apelación de este fallo se cruzó con la acción constitucional que se revisa en el punto siguiente, por lo cual trataremos esta y luego lo resuelto por la Corte Suprema en la materia.

aprobaba Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad. Los fundamentos de esa acción fueron los siguientes:

a) Plantean, como asunto de previo y especial pronunciamiento, que “el instrumento impugnado, desde un punto de vista formal, ha sido calificado por el Ministerio de Salud como una Resolución Exenta, es decir, con el carácter de instrumento normativo de índole administrativa, el cual posee la más baja calificación jerárquica en el sistema jurídico y que elude, para su aplicación inmediata, el mecanismo de control previo que incumbe ejercer a la Contraloría General de la República través del trámite constitucional de Toma de Razón... al proceder en esta forma, se agota toda posibilidad de que el asunto pueda llegar al conocimiento de este Tribunal, ya que el artículo 99 de la Carta Fundamental, en relación con el artículo 93 inciso primero número 9 de ella, opera sobre la base de que el decreto o resolución haya sido representado por inconstitucionalidad en el trámite nombrado. Así, puntualizan, al no practicarse la Toma de Razón, tampoco puede dicho órgano de control representar la Resolución por la razón señalada”.

b) En lo sustantivo, solicitan, en definitiva, que la Magistratura pronuncie la inconstitucionalidad de la Resolución Exenta (Ministerio de Salud) N° 584, de 1 de septiembre de 2006, y que, además, declare como un ilícito constitucional que el Estado, a través de cualquiera de sus organismos, autorice el uso, la distribución, la comercialización o la entrega de la llamada Píldora del Día Después, elaborada sobre la base del fármaco Levonorgestrel en la dosis de 0,75 mg, cualquiera sea su denominación de fantasía”.

El Tribunal resolvió esta petición con fecha 11 de Enero de 2007⁴⁰, planteándose, en primer término que “dentro del marco normativo constitucional y la doctrina recopilada debe decidirse si está dentro de la competencia del Tribunal Constitucional el recalificar los actos administrativos como una forma de atraerlos a la esfera de su competencia, o si, por el contrario, el sistema contempla otras vías constitucionales que logren dicho propósito. Entre estas podría citarse el artículo 52 de la Carta Fundamental, y además el artículo 20, que establece el amparo de garantías constitucionales” (considerando 10°), a lo cual responde: “una resolución que contiene materias propias de un reglamento, *cualquiera que sea el nombre que se le coloque*, es de competencia privativa del Presidente de la República, y así deberá declararlo esta Magistratura” (considerando 13°)⁴¹, razón por la cual considera a la Resolución impugnada “desde un punto de vista material, esto en cuanto a su contenido, como señala la doctrina italiana, una *falsa resolución*” o más propiamente una “*resolución de carácter reglamentaria*”, por lo cual la declara inconstitucional, y habida consideración de ello, “habiéndose declarado que la resolución exenta N° 584 adolece de un vicio de forma que acarrea como consecuencia su inconstitucionalidad formal, este Tribunal no emite pronunciamiento sobre otras eventuales inconstitucionalidades planteadas en el requerimiento”⁴².

⁴⁰ El texto completo del fallo puede encontrarse en <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/108>

⁴¹ Las cursivas son nuestras.

⁴² Si bien lo resuelto no incide directamente en la constitucionalidad de la PDD como método de contracepción de emergencia, sin duda reviste una enorme importancia, a que el Tribunal reconoce como facultad suya la recalificación de normas administrativas que aluden controles de legalidad y de constitucionalidad al adoptar la forma de resoluciones exentas.

5. APELACIÓN DEL RECURSO DE PROTECCIÓN SOBRE NORMAS DE FERTILIDAD

Apelado el fallo ya consignado en el punto N° 3 de este epígrafe, para ante la Excma. Corte Suprema, esta lo resolvió con fecha de Enero de 2007. Sin embargo, al haberse producido con anterioridad la declaración de inconstitucionalidad formal del Tribunal Constitucional sobre la Resolución impugnada, el Tribunal así lo condigna y considera “Que, sin embargo, del mérito de la fotocopia autorizada de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional de Chile, que se lee a fojas 486, se puede constatar que con fecha 11 de enero de 2007 se acogió el requerimiento formulado por 31 señores diputados y, en consecuencia, se declaró que la Resolución Exenta N° 584 del Ministerio de Salud, de 1 de septiembre de 2006, es inconstitucional” (considerando 7°), razón por la cual la sentenciadora estima que “Que lo anterior necesariamente significa que la Resolución Exenta N° 584 del Ministerio de Salud, que se reprocha de ilegal y arbitraria en las dos acciones constitucionales ejercidas por la presente vía, no existe como acto impugnado; y en consecuencia esta Corte Suprema omitirá pronunciarse sobre aquel” (considerando 11).

6. SEGUNDA ACCIÓN FRENTE AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A. Situación en que se presenta el requerimiento

Forzado el Ejecutivo a dar forma de decreto supremo a las Normas de Fertilidad, en virtud de lo antes expresado, se procedió a dictar el Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de fecha 3 de febrero del año dos mil siete, que aprobaba las “*Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad*”. Al dictarse esta norma, se decidió por un importante grupo de parlamentarios requerir respecto de dicho Decreto Supremo al Excmo. Tribunal Constitucional con fecha 5 de marzo de 2007 para que hubiera de pronunciarse sobre el fondo de la materia, reconociendo la situación paradójica que vivía el país tras la interposición y fallo de las acciones jurisdiccionales descritas y que podemos describir sintéticamente del modo que sigue:

a) En el país se comercializaba, bajo receta médicas, la PDD⁴³ cuyo registro y autorización de venta no había podido ser impugnada exitosamente, a pesar de estar elaborada con exactamente el mismo compuesto y concentración que el fármaco Postinal, cuya comercialización se había prohibido en sede de protección.

b) Por otra parte, si bien los tribunales superiores habían considerado, en su oportunidad, que el eventual efecto antianidatorio de la PDD representaba un riesgo que no era aceptable constitucionalmente respecto de la vida del embrión humano, todo

⁴³ Debe tenerse presente que, a la fecha del requerimiento, se entregaba en los consultorios públicos “POSTINOR-2” (Registro Sanitario del mes de agosto del año 2001, N° F-8527/01, del Instituto de Salud Pública, que fue cancelado por petición del titular –Laboratorio Grünenthal– a principios del año 2007), y b) “TACE”, con Registro Sanitario vigente del mismo Instituto, a favor del Laboratorio Recalcine.

ello en virtud del artículo 19 N° 1 de la Constitución, luego esa postura había mutado, considerando que para prohibir un fármaco había de tenerse certeza de lo dañoso que resultara ser y el peso de la prueba, en tal sentido, recaía sobre quien pretendía retirarlo del comercio y no sobre quien quisiera comercializarlo.

c) Sin perjuicio de la comercialización del fármaco, el Ejecutivo había considerado de tal importancia su uso a nivel de la red pública de salud, que lo había incluido dentro de las prestaciones de salud sexual y reproductiva que se habían considerado dentro de las Normas de Fertilidad y que estaban destinadas no solo a las mujeres adultas, sino también a las adolescentes de 14 años o más, respecto de las cuales se podía entregar la PDD sin autorización ni conocimiento de sus padres.

d) Si bien se había podido impugnar formalmente la modalidad de resolución exenta de dichas normas, se había adoptado respecto de ellas la dictación de un decreto reglamentario que se encontraba vigente y, por consiguiente, en plena aplicación.

e) Hasta la fecha, no se había obtenido un pronunciamiento de los tribunales ni de entidades administrativas⁴⁴ en torno al fondo de dichas normas y no existía conciencia clara acerca de si podía llegarse a tratar nuevamente lo relativo a la comercialización, ya zanjado en sede de protección a propósito del Postinor-2.

B. Los fundamentos del requerimiento

Los requirentes fundan su requerimiento en el hecho que, a su juicio, la repartición libre y masiva de estas pastillas de levonorgestrel concentrado, también conocidas como píldoras de “Emergencia” o “del día después”, contemplada como parte del plan de salud sexual y reproductiva contenida en las Normas de Fertilidad, resultaría inconstitucional dada la existencia de evidencia científica que permitiría pensar que, en ciertos casos, la ingesta de este fármaco puede tener el efecto de interrumpir el desarrollo intrauterino de un ovulo ya fecundado (p.e. alterando las propiedades del endometrio de manera de impedir o dificultar la implantación). En la medida en que los peticionarios afirman que, desde el momento mismo de la concepción, todos los embriones humanos son personas, titulares, por tanto, del derecho fundamental a la vida y a la integridad física que garantiza el artículo 19 número 1 de la Constitución Política, les parece incontestable que el Tribunal no puede sino invalidar una política pública que de tal modo vulnera la Carta Fundamental⁴⁵.

C. Contextualización del requerimiento

Es importante tener presente que el requerimiento deducido, si bien hubiera pretendido extenderse a la posibilidad de obtener del Tribunal una decisión única y omnicompreensiva, que abarcara todas las situaciones asociadas con la PDD, no podía jurídicamente obtener tal resultado, no solo porque ya se habían deducido numerosas

⁴⁴ El Dictamen N° 1.352 de la Contraloría General de la República sobre Legalidad de la PDD de fecha 10 de Enero de 2008 daba cuenta que la Contraloría se abstuvo de pronunciarse sobre la legalidad de la importación del fármaco denominado *Post day*, también PDD.

⁴⁵ Zapata (2008)

acciones jurisdiccionales asociadas con el registro y comercialización de la PDD, sino particularmente porque la materia en la cual se solicitaba su intervención era específicamente el Decreto continente actual de las Normas de Fertilidad, lo cual demandaba entonces pronunciarse específicamente sobre la constitucionalidad de la referida norma y, a la vez, impedía tomar conocimiento o pronunciarse respecto de otras situaciones preexistentes o de otras situaciones de mérito⁴⁶, sin perjuicio de reconocer que las interpretaciones de fondo efectuadas en dicha sede de control normativo podían luego ser invocadas frente al modo de abordar esas mismas normas en otras instancias relacionadas con la PDD. Sin embargo, tal precisión, que no fue adecuadamente comprendida por todos los sectores, en algunos casos motivó que el público estimara el fallo como parcial y elitista, al limitar la entrega gratuita del fármaco en consultorios públicos pero no su comercialización en farmacias.

Por otra parte, era menester tener claro que las evidencias científicas que apoyaban la posición de los requirentes o que permitían controvertirlas, necesariamente debían estimarse como visiones sobre una materia que no quedaba terminantemente probada en ninguno de los dos sentidos, pues si bien había numerosas de ellas y el reconocimiento de algunos laboratorios sobre el efecto antianidatorio del fármaco, otros tantos estudios se habían presentado favoreciendo la tesis contraria⁴⁷. Como, desgraciadamente, la verificación de todas estas hipótesis importaba instancias de experimentación con embriones humanos, muchos de los interesados en develar la realidad de la PDD estaban a la vez éticamente impedidos de abordar la materia en una perspectiva propiamente empírica.

Esa misma contextualización del fallo contribuyó a asociarlo a una decisión tomada en una esfera valórica/ideológica determinada y no correspondiente a una interpretación objetiva de la Constitución, particularmente enfrentado el órgano jurisdiccional a la dicotomía que ya se había planteado ante los tribunales ordinarios: Considerar una decisión asociada con el principio precautorio, que demanda actuar ante un riesgo, o exigir certeza para impedir una determinada actividad o interrumpir el proceso prestacional en la esfera de la salud pública. Tal cosa, para algunos, representó, eventualmente, privilegiar un derecho sin dar cuenta de los criterios que se habían tenido a la vista para resolver sus eventuales conflictos con otros derechos igualmente invocados⁴⁸.

⁴⁶ “En el considerando décimo, el Tribunal determina que lo que ha de resolverse, es la constitucionalidad de las normas contenidas en un acto administrativo que obliga a los organismos, instituciones y funcionarios que integran la Red asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, tal como lo indica el N° 4 del Decreto Supremo N° 48 de 2007, del Ministerio de Salud, conforme al alcance con que la Contraloría General de la República tomó razón de dicho decreto, tratándose de normas infraconstitucionales dirigidas a aconsejar, prescribir y distribuir gratuitamente, por parte de órganos del Estado, un fármaco, para cuya decisión, el Tribunal no puede dejar de considerar los eventuales efectos nocivos que en el derecho a la vida de las personas, desde su concepción, pueda producir su ingesta”: NOGUEIRA (2008) p. 365.

⁴⁷ “Esta magistratura solo puede constatar que la evidencia científica allegada al presente proceso no permite excluir, en términos categóricos y concluyentes, la posibilidad de que la ingesta de la denominada “píldora del día después”, ya sea en su versión de progestina pura o en la del método combinado o de Yuzpe, no sea capaz de afectar la implantación de un óvulo fecundado o en de un embrión o, en definitiva, de un ser humano, en los términos en que se han definido por la propia ciencia médica” (Considerando 39).

⁴⁸ Así, “... La sentencia del Tribunal Constitucional fuera de los aspectos antes citados, presenta aristas de su análisis que quedan brumosas, no queda claramente precisado si el tribunal delimita el derecho a la vida señalando el carácter de central de este dentro del sistema constitucional, lo que pareciera no discutible, o

IV. MATERIAS DE DEFINICIÓN QUE APORTA EL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE FECHA 18 DE ABRIL DE 2008

La sentencia del Tribunal Constitucional, pronunciándose acerca de la constitucionalidad de fondo del Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial, en su edición del día 3 de febrero del año 2007, que aprueba las “*Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad*” constituye una extensa interpretación constitucional que tuvo la capacidad de zanjar algunas de las controversias que se habían suscitado en el entorno de los tribunales ordinarios de justicia respecto de la PDD. Sin embargo, dada la naturaleza de la acción impetrada, el fallo no pudo solucionar la paradójica situación de comercialización de un fármaco y prohibición de otro y algunos de sus argumentos fueron fuertemente resistidos, según lo explicaremos, por lo cual si bien significó un avance sustantivo en la definición de la materia, no se constituyó en una solución de consenso y tampoco abarcó todas las aristas que genera el tema de la PDD.

Cabe señalar, en primer término, que el requerimiento debió ser subsanado por sus autores con fecha 24 de marzo del año 2007, ya que inicialmente se había solicitado la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad del acto administrativo reglamentario invocado, lo cual el Tribunal había considerado improcedente. Luego, rectificando y aclarando su pretensión, señalaron que la acción de inconstitucionalidad se dirigía en contra de las siguientes disposiciones contenidas en las “*Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad*”: Sección C: tecnología anticonceptiva”: a) Punto 3.3. “anticoncepción hormonal de emergencia”, y b) párrafo 4 “anticoncepción no hormonal”, punto 4.1.1. “dispositivos intrauterinos”; Sección D: “anticoncepción en población específica” y punto 1. “anticoncepción para adolescentes”, de la referida sección D, por lo cual el Tribunal no se ha debido pronunciar acerca de la totalidad del plan de salud reproductiva del Ejecutivo sino solo respecto de la normativa referida.

La primera parte de la sentencia, además de dar cuenta de las aseveraciones de los requirentes y de las argumentaciones contenidas en el oficio de respuesta al traslado efectuado a la señora Presidenta de la República sobre la materia, enumera los informes tenidos a la vista sobre la eventual inconstitucionalidad de la norma impugnada como asimismo los posibles efectos de la ingesta de la PDD, pudiendo destacarse en este último aspecto las profundas diferencias entre los informes de don Fernando Orrego Vicuña, del Dr. Patricio Mena González⁴⁹ y de los doctores José Antonio Arraztoa

si este implícitamente busca establecer una jerarquización de derechos estableciendo una escala de derechos más o menos importantes en virtud de lo cual los más importantes podrían dejar sin efecto a los menos importantes, lo que es altamente discutible desde el enfoque de los derechos humanos, donde todos ellos son derivaciones de la dignidad humana y donde ellos deben ser optimizados y no unos dejar sin efecto otros, lo que afecta el principio de unidad de la Constitución y de integridad del ser humano. El Tribunal Constitucional debió ser más claro en este ámbito del análisis donde quedan dudas acerca de su enfoque”: NOGUEIRA (2008) p. 371.

⁴⁹ Quien señala, citado en la p. 48 del fallo: “*Los contraceptivos hormonales tienen un poderoso efecto atrofiante del endometrio uterino lo que produce un ambiente inadecuado para la sobrevivencia del blastocisto (huevo en fase de pre-implantación)*”, las cursivas son del original.

Valdivieso y Maritza Busquets Calvanese⁵⁰ con la del doctor Horacio Croxatto⁵¹, doctor Ramiro Molina Cartes y el informe de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile⁵², lo cual configuró para el Tribunal la necesidad de pronunciarse sobre una materia objeto de controversia científica⁵³ y que este no estaba en condiciones de dirimir, considerando que “esta Magistratura solo puede constatar que la evidencia científica allegada al presente proceso no permite excluir, en términos categóricos y concluyentes, la posibilidad de que la ingesta de la denominada “píldora del día después”, ya sea en su versión de progestina pura o en la del método combinado o de Yuzpe, no sea capaz de afectar la implantación de un óvulo fecundado o de un embrión o, en definitiva, de un ser humano, en los términos que se han definido por la propia ciencia médica” (considerando trigésimo noveno), por lo cual se le llamaba a optar –como lo hicieron los tribunales ordinarios– por tomar medidas sobre la base del riesgo que representaba la PDD o actuar exigiendo certeza de daño respecto del referido fármaco.

1. PROTECCIÓN DE LA PERSONA HUMANA DESDE LA CONCEPCIÓN

El Tribunal, conjuntamente con reconocer que las personas son titulares de los derechos que la Constitución asegura y que forman parte de su naturaleza, da cuenta que “la doctrina constitucional chilena se ha inclinado mayoritariamente por sostener, a diferencia de lo sustentado por profesores de otras disciplinas del derecho, que la protección constitucional de la persona se inicia desde el momento mismo de la concepción”

⁵⁰ Avalados por evidencias citadas en el fallo en relación con Declaración pública firmada por el Directorio de Salcobrand S.A., Diario El Mercurio, Cuerpo D, p. 15, de fecha 28.10.07 –fojas 828 vuelta y 829-, del cual se destaca su punto 2: “*Más aún si se trata de un producto que, como lo señalan sus indicaciones contenidas en el envase del mismo, puede inhibir la implantación del embrión en el útero, lo que impediría (sic) interrumpir la vida de este embrión humano...*”; traducción oficial del rotulado del fármaco Postinor-2, a partir de la versión húngara original, que señala: “*El levonorgestrel es un progestágeno, que inhibe la implantación del óvulo en el endometrio, activa la movilidad de las trompas uterinas y aumenta la viscosidad de la mucosa del cuello uterino. Administrarlo a mediados del ciclo puede inhibir la ovulación*” y la fotocopia de la indicación del fabricante del químico de fantasía Post Day (Levonorgestrel 0,75 mg.), sin registro sanitario –fojas 827-: bajo el título “*Farmacología Clínica*”, en el documento se lee: “*Además, puede inhibir la implantación (alterando el endometrio)*”. Tanto las negritas como cursivas son del original.

⁵¹ “*el mecanismo de acción de la anticoncepción de emergencia y el de los DIU difiere significativamente... Sin embargo, en ambos casos no hay fecundación ni embriones viables*” (p. 59 del fallo, las cursivas son del original) “y, en seguida se refiere a la declaración de la Organización Mundial de la Salud, de marzo del año 2005, sobre la anticoncepción de emergencia, que señala: “*Se ha demostrado que las píldoras anticonceptivas de emergencia (PAE) que contienen levonorgestrel previenen la ovulación y que no tienen un efecto detectable sobre el endometrio (revestimiento interno del útero) o en los niveles de progesterona cuando son administradas después de la ovulación. Las PAE no son eficaces una vez que el proceso de implantación se ha iniciado y no provocarán un aborto*” (ídem, pp. 59-60 del fallo).

⁵² “*no hay afectación por el uso de los citados métodos anticonceptivos al “supuestamente” concebido y no nacido, toda vez que su uso solo impide la concepción y, por ende, no existe el denominado “nasciturus” y por cierto y en consecuencia no existe afectación a los artículos 5 inciso 2º, 6, 7, 19 número 1 y 19 N° 26 de la Constitución Política como señala el requirente*”: pp. 68-69 del fallo.

⁵³ “la diferencia de posiciones entre los especialistas, que se ha hecho evidente a través de los antecedentes allegados a este proceso constitucional, ha sido asimismo constatada por otros tribunales que han debido resolver, en el ejercicio de sus propias competencias, acerca de los regímenes de anticoncepción de emergencia”: Considerando trigésimo sexto.

(considerando 49), lo cual se fundamenta en el hecho que “... 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 en cuanto 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 podría simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado, sin afectar la dignidad sustancial de la que ya goza en cuanto persona*”⁵⁴, postura compatible con lo expresado en las actas del proceso de reforma constitucional contenido en la Ley N° 19.611, publicada en el Diario Oficial de 16 de junio de 1999.

Debe tenerse presente, como ya se ha explicado, que hay sectores de nuestra doctrina que consideran una errada técnica de interpretación constitucional aquella que se basa en la pura referencia a las actas de gestación de la Carta de 1980 o a las que dan cuenta de sus reformas. No consideramos que, en la especie, el Tribunal se pronunciara a favor de dar protección al embrión preimplantacional en calidad de persona por referencias históricas, sino por el peso que, a su juicio –y también al nuestro– tenían los antecedentes biológicos y embrionarios aportados, como asimismo los análisis de gran cantidad de autores que suscribían esta tesis y que se citan expresamente. Lo que sí hubiera sido deseable y que notamos a faltar es que se hubieran analizado del mismo modo las posturas que difieren de la tomada, generadas por autores del medio nacional asimismo dignos de citarse⁵⁵, lo cual, desgraciadamente, imprimió al fallo un cierto sesgo que hubiera sido bueno evitar, más aún frente a la convicción que nos asiste respecto a que la protección desde la concepción se ajusta a un criterio de respeto y dignidad que universalmente ha de reconocerse a toda vida humana⁵⁶.

Sobre la base de ese principio pro vida de todo individuo perteneciente a la especie, sin importar su grado de desarrollo, el Tribunal razona considerando que:

“Por el contrario, si se sigue la tesis de quienes sostienen –como además lo entendió nuestro propio Constituyente– que la vida comienza con la concepción, esto por la unión del óvulo y del espermatozoide, un eventual efecto de las píldoras del día después

⁵⁴ Considerando 50, las cursivas son nuestras.

⁵⁵ Vg. pueden consultarse BASCUÑÁN (2001), FIGUEROA (2007) y GÓMEZ (2005).

⁵⁶ Como se evidencia, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos –tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente– la cual señala, en su artículo 4.1, 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*”, texto que se cita en el fallo. La asociación de “persona” y “vida” se vuelve, así, fundamental: “La práctica prueba que la desvinculación entre las nociones de persona y vida humana son funcionales a una desprotección jurídica de la vida de ciertos seres humanos, la que es dejada en manos de la decisión de otros para el logro de sus propios intereses: de autonomía, libertad, realización personal, etc. No es baladí que las principales sentencias de los tribunales que han debido juzgar el problema de si es constitucional la privación de la vida de niños concebidos pero aún no nacidos, lo hayan hecho previa descalificación de que el feto, incluso en los grados más avanzados de su desarrollo, tenga el *status* de persona constitucionalmente protegida y reconociendo todos que la vida humana es protegida en sus textos constitucionales como un valor o bien jurídico mas no como un derecho fundamental”: CORRAL (2005) pp. 37-53.

que impidiese la implantación de un ser vivo – o de una persona– *se transformaría en un aborto del todo contrario a la protección constitucional de la vida del que está por nacer que ha impuesto la Constitución al legislador* y que, como todo derecho fundamental, impone a todos los órganos del Estado la obligación de respetar y promover. De esta forma, la equivalencia que pudiera existir, en un primer análisis, entre las posiciones de los especialistas que han aportado elementos de convicción a este proceso, se rompe, pues una de ellas produce un resultado inconstitucional mientras que la otra no” (considerando sexagésimo cuarto)⁵⁷.

2. PRINCIPIO PRECAUTORIO APLICADO A LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA (LA “DUDA RAZONABLE”)

Señala el informe de CEDAP UC citado en el fallo: “Frente a un riesgo directo, esto es, aquel efecto necesario e inmediato que se sigue de la actividad realizada, no cabe alegar ignorancia: son siempre previsibles. Así, mientras subsisten peligros que pueden ser eliminados, no es razonable ni justo exponer la vida o la salud a ellos, menos la de un tercero inocente e indefenso que el ordenamiento jurídico a (sic) querido proteger de modo especialísimo. El deber jurídico que se impone, sobre todo al juez, y máxime tratándose de la vida del que está por nacer, es quitar la causa, eliminar la actividad. La decisión justa y razonable es una: prohibir el Levonorgestrel 0,75 mg. por ser contrario al ordenamiento constitucional vigente en nuestro país”⁵⁸.

La propuesta del principio precautorio aplicado a la vida humana –reconociendo la protección debida a la vida embrionaria– es abordada por el Tribunal, que discurre del siguiente modo: “a pesar del valor que se asigna a las certezas en el mundo contemporáneo y, en particular, en el ámbito de las normas jurídicas, existen situaciones en que, inevitablemente, se configura una duda razonable. Así, pese a todo el esfuerzo jurisdiccional, se dan casos, como el de la especie, en que el juez no puede formarse convicción, puesto que las alegaciones y probanzas efectuadas durante el proceso se muestran equivalentes en los hechos, aunque diferentes en cuanto a su impacto constitucional” (considerando 65). En tal sentido, “parece indeludible tener presente el principio “pro homine” o “favor libertatis” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (Opinión Consultiva 5, 1985)”⁵⁹.

Lo anterior lleva a la sentenciadora, por voto de mayoría, a resolver que “Que de todo lo expuesto solo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer y que la Constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de

⁵⁷ Lo cual orilla al Tribunal, como se ha explicado, a optar por aplicar o no el principio precautorio no habiendo certeza del daño pero sí evidencia de riesgo.

⁵⁸ Informe de CEDAP UC acompañado al proceso y citado textualmente en la p. 53 del fallo.

⁵⁹ Considerando 67, la negrita es del original.

los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del *nasciturus*, *obliga al juez constitucional a aplicar el principio “favor persona” o “pro homine” en forma consecuyente con el deber impuesto al Estado por la Carta Fundamental de estar al “servicio de la persona humana”* y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el *nasciturus* participa en plenitud. / En consecuencia, este Tribunal solo puede concluir que el imperativo de proteger y promover el derecho a la vida, que se desprende del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, en relación con el artículo 19 N° 1 de la misma, conduce a declarar inconstitucionales las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del D.S. N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, en la parte contenida en el acápite 3.3 de la Sección C, “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”. Asimismo, debe estimarse inconstitucional, por derivación, la sección D de las mismas Normas Nacionales, referida a la “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, acápite 1, en la parte que se refiere a la “anticoncepción de emergencia”. Ello, porque siguiendo la jurisprudencia reiterada de este Tribunal, *“determinado que un determinado artículo es inconstitucional, igualmente lo son aquellas normas del mismo que se encuentran tan ligadas a aquel, que por sí solas carezcan de sentido, se tornen inoperantes o, dada la íntima conexión entre sí, se pueda presumir razonablemente que los órganos colegisladores no las hubieren aprobado”* (sentencia de 28 de julio de 1998, Rol N° 276)⁶⁰.

En consecuencia, a diferencia de los últimos fallos de los tribunales ordinarios, que se inclinan por exigir certeza de daño para prohibir la distribución de un fármaco como la PDD, la Corte Constitucional chilena en su fallo resuelve que la tríada derecho a la vida embrión humano y “duda razonable” sobre riesgo para esa vida ha de resolverse aplicando el principio precautorio, esto es, impidiendo que se siga entregando un fármaco que presenta esos posibles efectos para la vida protegida⁶¹.

⁶⁰ Considerando 69. Las primeras cursivas son nuestras, las restantes del Tribunal.

⁶¹ En la sentencia italiana del año 2001 sobre el fármaco “Norlevo” (PDD) se sostuvo: “in via generale sul contenuto dei messaggi di informazione sulle qualità e caratteristiche dei prodotti e in particolare dei medicinali - il carattere ingannevole e non veritiero delle avvertenze riprodotte nel foglio illustrativo del farmaco “NORLEVO”, con riferimento sia alla non veridicità della qualificazione del prodotto come “contraccettivo di emergenza”, sia all’omissione di ogni adeguata informazione della donna sull’idoneità del farmaco ad impedire l’impianto dell’ovulo fecondato, meccanismo d’azione che va considerato abortivo per chi ritiene che la gravidanza abbia inizio a partire dalla fecondazione. / Quanto al primo profilo di doglianza nel foglio illustrativo è diffusamente precisata la nozione di contraccezione di emergenza, nel cui ambito si colloca il “NORLEVO”, in contrapposizione ai metodi ordinari di prevenzione della gravidanza; sono inoltre elencate tutte le ipotesi in cui il prodotto va assunto con identificazione delle tipologie dei rapporti sessuali non protetti. Il consumatore è quindi esaustivamente edotto circa i presupposti e le condizioni caratterizzate dalla straordinarietà in presenza delle quali può essere assunto il farmaco, ed ipotizzati usi non conformi alle indicazioni non si traducono in vizio del contenuto dell’atto oggetto di sindacato. / Quanto all’incidenza del farmaco sui processi fisiologici della donna nel foglio illustrativo è indicato che il sistema di contraccezione opera “bloccando l’ovulazione o impedendo l’impianto”. Se per il primo dei su riferiti effetti terapeutici (blocco dell’ovulazione) la descrizione dello stesso si configura conforme a criteri di corretta e completa informazione del consumatore, la successiva proposizione “impedendo l’impianto” risulta priva di oggetto, non precisando che l’effetto terapeutico si riflette sull’ovulo fecondato. Come ampiamente illustrato dalle associazioni ricorrenti una completa e dettagliata informazione per ciò che

3. OTROS DERECHOS EN CONFLICTO

Señala la sentenciadora: “... Que la referida declaración, pronunciada en sede abstracta de constitucionalidad, tiene un efecto *erga omnes* que se desprende del inciso tercero del artículo 94 de la Constitución: “*En el caso del N° 16°, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo*”. No escapa a la consideración de esta Magistratura el impacto evidente que tal declaración de inconstitucionalidad con efectos generales está llamada a producir en una materia que, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas contenidas en esta sentencia, tiene también connotaciones afectivas muy importantes para las personas, las que son, sin duda, plenamente respetables. No obstante, en la misma línea estrictamente jurídica que caracteriza a toda sentencia, es preciso recordar que “*los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo*” (artículo 6°, inciso segundo, de la Constitución). Fluye de lo expuesto que tanto los órganos del Estado, como toda persona, institución o grupo se encuentran en el imperativo de acatar la decisión del Tribunal Constitucional, porque ha ejercido la tarea que el propio Constituyente le ha confiado de velar por la supremacía, sustantiva y formal, de la Carta Fundamental” (considerando 70).

A nuestro juicio, esta declaración del Tribunal pudo ser la adecuada referencia a un ejercicio que no se dio en el fallo y que correspondía a examinar, dado lo resuelto, si la opción por la protección precautoria de la vida humana importaba el desmedro o la ignorancia acerca de otros derechos comprometidos, tales como aquellos propios de la salud sexual y reproductiva, la libertad de conciencia o la autonomía de las personas que querían o requerían contar con acceso en los consultorios públicos a este fármaco⁶².

attiene il secondo dei delineati effetti terapeutici si rende necessaria proprio in presenza di differenziati orientamenti etici e religiosi circa il momento iniziale della vita umana, così da rendere edotto in maniera chiara e non equivoca che il farmaco agisce sull'ovulo già fecondato impedendo le successive fasi del processo biologico di procreazione. In tali limiti va quindi dichiarata l'illegittimità del provvedimento impugnato tenuto altresì conto che l'art. 9, comma quarto, del d.lgs. 29.5.1991, n. 178, individua quale contenuto necessario del decreto che autorizza la vendita del medicinale l'approvazione del foglio illustrativo, che deve recare una completa indicazione delle caratteristiche del prodotto, negli elementi elencati al precedente art. 8, comma terzo, comprensivi delle indicazioni terapeutiche, che nella specie, per quanto sopra esposto, si configura carente” por lo cual el sentenciador “anula il d.m. AIC/UAC n. 510/2000 del 26.9.2000 nei limiti di cui al punto 6) della motivazione”.

⁶² Lo cual exige en su voto de minoría el Ministro señor Vodanovic: “Resulta manifiesto que la exigibilidad de los derechos de la mujer es inmediata, concreta y definida, no ocurriendo lo mismo en el caso del nasciturus, por la indeterminación de su estatuto, por no ser reconocido ni reconocible como persona y, por ende, no ser identificable persona alguna como titular de dicha protección, en términos que goce de legitimidad activa para reclamarla. Sostener, en consecuencia, que la mujer está obligada a sacrificar el ejercicio de los derechos derivados de su dignidad como persona, por razón de la protección de la vida por nacer, es una carga argumentativa de la cual deberán responder quienes estén por acoger el requerimiento y que implica justificar la poco sustentable consecuencia de que el derecho a la vida de la mujer puede llegar a ceder frente a una protección de la vida por nacer, que para ello ha de transformarse en una absoluta y supuesta obligación irrestricta de nacer” (p. 197). Nos parece que el salto lógico que da el autor entre la contracepción de emergencia y el peligro de la vida de la mujer es evidente, como asimismo lo es la idea que el principio precautorio importe la obligación irrestricta de nacer, pero sí compartimos la idea de que el fallo de mayoría debió hacerse cargo del eventual conflicto de derechos que la situación sugiere.

En dicho ejercicio, para sostener la posición del voto de mayoría, la interpretación acerca de la existencia de estos otros derechos o colisión con el derecho protegido podía presentarse del siguiente modo:

a) Considerar que el usuario de los servicios de salud no tiene un derecho a las prestaciones propias de la salud sexual y reproductiva, por no referirse expresamente a ellas la Carta Fundamental, lo cual resulta bastante discutible a la luz de los compromisos internacionales adquiridos por Chile y no admite ignorar la autonomía de la persona ni su libertad de conciencia asociadas con sus decisiones procreativas.

b) Si se reconoce la existencia de estos derechos o, al menos, la aplicación de derechos fundamentales generales a las materias procreativas, el Tribunal tendría que haberse planteado expresamente si tal cosa representaba un conflicto con lo resuelto, no solo desde el punto de vista afectivo sino jurídico. Al llegar a este tema, podía suscribir dos tipos de tesis: conflictivistas o no conflictivistas.

c) Si se aborda el problema en la teoría conflictivista, debía entonces el Tribunal explicar si había decidido proteger la vida del embrión humano ante el riesgo por considerar tal derecho como preeminente a priori, jerarquizando entonces los derechos de la Carta Fundamental y demás fuentes de Constitución material⁶³, o por considerarlo preeminente en el caso, efectuada una ponderación de las garantías en juicio, lo que llevaba necesariamente a preguntarse si se podían contemplar excepciones en que las ponderación fuera otra, como la violación de una niña que resulta embarazada o el embarazo de alto riesgo para la mujer que se ha tratado de evitar pero el método convencional ha fallado⁶⁴.

d) La problemática que, a nuestro juicio, representan las dos posibles soluciones conflictivistas es que, dado que los binomios vida-libertad de conciencia, vida-derechos sexuales y reproductivos o vida-autonomía se suelen encontrar en muchos casos y no solo respecto de la PDD⁶⁵, las extrapolación de esta decisión a otras situaciones puede dar resultados repugnantes al Derecho, como estimar que no se puede interrumpir un embarazo de alto riesgo aun sabiendo que tanto la madre como el niño morirán, o

⁶³ “La primacía de algún derecho no puede ser absoluta, porque en materia de derechos humanos cobra real importancia el principio de la indivisibilidad e interdependencia, según el cual todos los derechos son importantes porque forman un sistema axiológico completo e indivisible, existiendo dependencia entre cada uno de los derechos, lo cual significa, que al vulnerarse uno, se lesiona la dignidad de la persona humana”: FAÚNDEZ (2000) pp. 163-202.

⁶⁴ “[e]l planteamiento jerárquico de las relaciones entre los derechos fundamentales proviene de la aplicación imponderada de principios jurídicos iusfundamentales. Los principios exigen valoración, contrapeso. Esto, por su peculiar índole estructural. Si no se respeta esta exigencia, y son tratados como reglas, devienen en jerarquías abstractas que conducen fácilmente a soluciones disvaliosas”... “[t]ampoco la ponderación propuesta por un sector del conflictivismo alcanza a resolver el problema de la fundamentación adecuada de las soluciones iusfundamentales. La razón de esta insuficiencia radica en la falta de un criterio ontológico que permita distinguir materialmente a un derecho de otro”... “tanto la jerarquización como la ponderación conducen a una relativización de las vertientes negativa y positiva de los derechos fundamentales. En efecto, al asumirse la necesidad de postergar uno de los derechos en juego, de un lado, se eclipsa su rol de límites del poder, y, de otro, el Estado se desliga de su obligación de promover su vigencia efectiva”: CIANCIARDO (2000) p. 120.

⁶⁵ Casos de aborto, eutanasia, interrupción de tratamientos médicos, embarazo de alto riesgo, etc.

considerar que el Derecho impone soportar el encarnizamiento terapéutico, adicionalmente a lo cual se podría aplicar en materia de ejercicio de los derechos fundamentales un concepto precautorio de tal índole que significara limitar toda libertad o impedir a los sujetos actuar porque podrían llegar a poner en riesgo su salud o su vida, lo que tampoco ha pretendido el Constituyente.

e) Por tal razón, consideramos que el Tribunal debió examinar el problema en la óptica de las tesis no conflictivistas, despejando la esencia de cada uno de los derechos eventualmente involucrados y concluyendo, a la luz de su propia consideración sobre la protección preventiva de la vida del embrión, que no se ha optado por un derecho en desmedro de otros, sino que, como creemos, se ha estimado que la esencia de los derechos sexuales y reproductivos, del ejercicio de la autonomía y de la libertad de conciencia no alcanzan, en su magnitud y cabida al posible daño a la vida de un tercero, en su calidad de persona y titular de derechos, ya que el ordenamiento jurídico admite las conductas de autorriesgo, pero no acepta la puesta en peligro de otros para ejercer un derecho propio. Por tal razón, no se ha producido en la especie un conflicto de derechos, sino un conflicto entre un derecho y ciertas pretensiones asociadas a otros⁶⁶.

4. PDD Y ABORTO

Es innegable que la discusión acerca de la PDD en el Tribunal Constitucional permitió hacer referencia al aborto como un tema que debía tratarse constitucionalmente y sobre el cual obviamente hay pretensiones incluso legislativas hoy en día. Sin embargo, parece importante clarificar que el fallo que nos ocupa no modificó la situación de inconstitucionalidad e ilegalidad en que ya se encontraba el Aborto en Chile⁶⁷, teniendo lógicos lazos respecto de las razones de prohibición del primero y de los motivos que llevaban a prohibir la entrega de un fármaco en el segundo: “Si la Constitución impone al legislador altas exigencias para que una ley pueda autorizar casos muy calificados y justificados de aborto, no encuentro en la Constitución nada que permita a la Administración autorizarlos autónomamente para ser practicados por el simple deseo de la madre. La tesis médico-obstétrica abrazada por el Poder Ejecutivo, que postula que la vida del que está por nacer adquiere relevancia jurídica y puede ser víctima de aborto solo una vez que se ha implantado en el útero materno, puede ser muy respetable y hasta llegar a imponerse en el futuro, pero no tiene

⁶⁶ “...en rigor el extendido mito del conflicto se da solo aparentemente entre los *derechos* –en abstracto y en concreto– y realmente entre las *pretensiones* –tanto en general, como en sentido procesal– y entre los *intereses* individuales de cada una de las partes”: Serna y Toller (2000), p. 37. A la luz de ese criterio, no compartimos la posición del ministro concurrente al voto de mayoría don Mario Fernández quien asevera, refiriéndose al artículo 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 (“*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona*”) que “aunque consagrados conjuntamente, la vida *tiene preeminencia* sobre la libertad y la seguridad en la redacción del precepto indicado, no solo por la ubicación en la enumeración descrita, sino porque la doctrina establece dependencias entre tales derechos” (las cursivas son nuestras).

⁶⁷ El artículo 119 del Código Sanitario prohíbe todo tipo de aborto.

hoy la capacidad de interpretar la Constitución de forma obligatoria ni, menos, de modificarla”⁶⁸.

5. MATERIAS ABORDADAS EN LOS VOTOS DE MINORÍA

A. Competencia del Tribunal

El Ministro señor Colombo consideró que “los hechos demuestran que no estamos en presencia de un conflicto de intereses de relevancia jurídica constitucional de aquellos que deban dar origen al ejercicio de la función jurisdiccional, y la consecuente dictación de una sentencia que lo resuelva, por parte de este Tribunal” (considerando 15), puesto que “no se vislumbra cómo el decreto impugnado puede afectar intereses de titularidad de los requirentes, pues si bajo sus convicciones morales y religiosas la píldora del día después pudiere ser objetable, nadie los obliga a verse sometidos al uso de la misma, a lo que se suma que en ejercicio de la misma libertad de creencias en este tema, otros grupos o personas pueden encontrarse en la legítima situación de no tener objeciones de conciencia al respecto, sin que los requirentes puedan desconocer tal libertad e imponer a toda la comunidad los efectos de sus convicciones íntimas” (considerando 27).

Si bien no lo dice expresamente, sin duda la opinión vertida nos remite a un eventual conflicto de derechos, en el cual este ministro privilegia la libertad de conciencia y la opinión individual por sobre las prevenciones a favor de la vida humana, situándolas en el ámbito de lo privado. Sin embargo, es importante anotar que destacada jurisprudencia comparada ha explicado cómo se resuelve la eventual colisión entre el ámbito de la privacidad y la protección de la vida⁶⁹, considerando que existe un interés estatal (orden público) en la preservación de la vida humana.

⁶⁸ Voto concurrente al fallo de mayoría del ministro señor Marcelo Venegas, p. 167. Es importante tener claro, pese a las interpretaciones surgidas en esta materia, que el aborto propiamente tal no es el único modo de vulnerar los derechos del que está por nacer, vg. el artículo 1° de la Ley N° 20.120 dispone que “Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas”, como resultado de lo cual el artículo 3° de la misma Prohíbe “toda práctica eugenésica, salvo la consejería genética” y el segundo párrafo del artículo 6° preceptúa: En ningún caso podrán destruirse embriones humanos para obtener las células troncales que den origen a dichos tejidos y órganos”.

⁶⁹ En *Washington vs. Glucksberg* (1997) la Suprema Corte de los Estados Unidos distingue la autonomía individual –que permite a un sujeto suicidarse o rechazar medidas de soporte vital– de un derecho a morir que pudiera importar la asistencia de un tercero, reconociendo un interés federal (de orden público) en la vida humana: “The constitutional requirement that Washington’s assisted suicide ban be rationally related to legitimate government interests, see *e.g.*, *Heller v. Doe*, 509 U.S. 312, 319-320, is unquestionably met here. These interests include prohibiting intentional killing and preserving human life; preventing the serious public health problem of suicide, especially among the young, the elderly, and those suffering from untreated pain or from depression or other mental disorders; protecting the medical profession’s integrity and ethics and maintaining physicians’ role as their patients’ healers; protecting the poor, the elderly, disabled persons, the terminally ill, and persons in other vulnerable groups from indifference, prejudice, and psychological and financial pressure to end their lives; and avoiding a possible slide towards voluntary and perhaps even involuntary euthanasia. The relative strengths of these various interests need not be weighed exactly, since they are unquestionably important and legitimate, and the law at issue is at least reasonably related to their promotion and protection”.

En ese tenor, la conciencia que cada uno invoca en la ingesta de anticonceptivos o el uso de otros métodos de regulación de la fertilidad no significaría en esencia la posibilidad de afectación del embrión humano, definida su protección desde que es concebido.

B. Derecho a la vida

El Ministro señor Vodanovic afirma en su voto de minoría que “Más allá de lo que cada ser humano pueda creer y de la protección de la existencia natural en el Código Civil, resulta razonable concluir que el argumento de que la vida parte con la concepción no es susceptible de ser recogido en esta sentencia, *por ser un fundamento de orden moral sin consenso científico* y, por otro lado, porque no es parte del parámetro de control de constitucionalidad del Decreto impugnado, pues el solo hecho de la concepción no da certeza alguna de que exista “vida por nacer”. La distinción constitucional entre el derecho a la vida –propio de las personas– y el mandato al legislador para proteger la vida por nacer, sugiere la conclusión de que el *nasciturus* –que no es persona– *no es titular de aquel derecho, sino que constituye en sí mismo un interés constitucionalmente relevante para el ordenamiento jurídico*. Por cierto, el mandato de protección revela un valor constitucional (interés en la protección de la vida del que está por nacer), pero no le confiere derechos subjetivos al interés protegido”⁷⁰.

Nos llama, sin embargo, la atención, al igual que no ocurre respecto de las decisiones jurisprudenciales en las que esta postura se inspira, que si bien describen adecuadamente los eventuales efectos que tiene considerar al ser humano en estado embrionario solo protegido por constituir su vida un interés relevante para la Constitución, no

⁷⁰ Punto B de su voto de minoría. En esta parte, el ministro Vodanovic sigue al Tribunal Constitucional español, el cual ha considerado En efecto, en la sentencia 53/1985 el TC no llegó a reconocer que el *nasciturus* fuera titular del derecho fundamental a la vida proclamado en el art. 15 CE10, sino que lo calificó como un bien jurídico constitucionalmente protegido a través del art. 15 CE, razonamiento que habría de tener como presupuesto que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida, pues de lo contrario sería a través de la titularidad de dicho derecho de donde se obtendría la protección constitucional de la vida de aquel y no por medio de la configuración de un bien jurídico. Esta calificación se ha visto confirmada posteriormente por las sentencias 212/1996 y 116/1999 del mismo órgano. En estas dos últimas sentencias el TC añade con mayor claridad: «cumple recordar que ni los *preembriones no implantados* ni, con mayor razón, los simples gametos son, a estos efectos, «persona humana», por lo que del hecho de quedar a disposición de los Bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida (art. 15 C.E.) o a la dignidad humana (art. 10.1 C.E.)»¹². Si en 1985 el TC solo aventuró la negación al *nasciturus* de la titularidad del derecho fundamental a la vida, en 1996 y 1999 niega incluso la condición de persona –en sentido jurídico– al embrión *in vitro*. La falta de personalidad en el concebido y del embrión *in vitro* no significa, sin embargo, que puedan ser entendidos como meros objetos de derechos, y por ello susceptibles de apropiación, pues ha de gozar de otros privilegios diferentes a los otorgados a otras partes del cuerpo humano separadas de este (en cualquier caso, semejante a ellas debería ser el tratamiento jurídico del embrión y de los fetos muertos, así como del embrión no viable). El TC llega a este respecto a una importante conclusión, que supone reconocer una dimensión objetiva a los preceptos constitucionales que acogen los derechos fundamentales y las libertades públicas (es decir, una dimensión institucional o normativa, como conjunto de valores objetivos positivizados de la comunidad), reconduciendo la protección de la vida de los *nascituri* a la que se confiere a los bienes jurídicos (bien jurídico protegido constitucionalmente): ROMEO (2006).

consiguen construir una razón de peso para hacer el distingo entre el embrión y otra fórmula posterior, que consiga transformar a una no persona en persona, salvo que derechamente consintamos en que las categorías jurídicas sean puramente aleatorias⁷¹.

En lo que respecta al aborto, el mismo ministro cuestiona las referencias a las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y señala: “Desde un punto de vista sustancial, la protección de la vida del que está por nacer es, como se ha dicho, una orientación al legislador, que este puede materializar de variadas formas, en los diversos ámbitos del derecho. La ley puede optar por darle contenido exclusivamente en el orden civil, como también puede extender sus alcances a la esfera penal u otras. La ley puede prohibir el aborto sancionándolo civil y/o criminalmente; pero el legislador no está obligado a penalizar el aborto. Así como existen normas que criminalizan el aborto, estas pueden ser modificadas o derogadas, incluso despenalizando⁷²”.

C. Pruebas controvertidas.

1.— El voto de minoría de los ministros señores Correa y Fernández Fredes analiza detalladamente cada uno de los informes y declaraciones acopiados por el Tribunal y estima que: “...la evidencia científica disponible que se puso en conocimiento de este Tribunal indica que los fármacos empleados en la anticoncepción de emergencia a que alude el Decreto Supremo no producen efectos sobre el endometrio que disminuyan su capacidad de anidar al embrión. Los cuestionamientos de esta evidencia, tanto en su vertiente relativa a las condiciones in vitro como al tamaño de la muestra, parecen suficientes para no estimarla definitiva, ni le corresponde a este Tribunal hacerlo. Sin embargo, y lo que es decisivo para la presente causa, la evidencia científica presentada no permite dar sustento a la duda contraria; esto es, a que efectivamente el levonorgestrel tenga capacidad de impedir la anidación del embrión. No existe evidencia alguna invocada ante el Tribunal que así lo sustente para el levonorgestrel puro (píldora del día

⁷¹ De hecho, el fallo de la Corte Constitucional del Ecuador, que prohibió la PDD en 2005, se hace cargo del debate sobre el estatuto del embrión humano preimplantacional y lo resuelve a favor de considerarlo persona ante la duda que ese debate genera: “De todas formas, esta Sala consciente de todo el debate científico y social, no puede aseverar que la concepción se produce desde la fecundación del óvulo, pero tampoco puede estar seguro de lo contrario. Es decir, en el análisis de la presente materia se ha generado una duda razonable que nos obliga, en nuestra calidad de jueces constitucionales, a realizar la interpretación de la norma contenida en el Art. 49 de la Constitución, con un alcance a favor de la persona y del derecho a la vida, por disposición del Art. 18 segundo inciso de la citada Constitución que dice: “En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos”. Se trata pues de aplicar el universal principio del *in dubio pro homine*, esto es que en caso de duda, se debe estar a favor de la persona” (las primeras cursivas son nuestras, las demás del original). El texto íntegro de este fallo puede encontrarse en Gaceta Constitucional, MARZO-JUNIO 2006 N° 19, Quito, Ecuador.

⁷² Este argumento ha sido uno de los argumentos más clásicos utilizados por quienes sostienen una postura distinta de los sentenciadores de mayoría, de la que hubiera sido importante hacer referencia y discutir, en particular, a nuestro juicio, sobre la lógica que tendría la introducción en la Constitución de un principio esencialmente variable y que no estaría destinado en realidad a la protección del que está por nacer sino a autorizar al legislador a que decida a su arbitrio si esa protección debe o no darse.

después) y la única que le da sustento en el caso del Yuzpe o combinación de levonorgestrel con etinil estradiol, es con dosis muy superiores a aquella que el Decreto impugnado ordena aconsejar" (considerando 76). Además, respecto de las leyendas incluidas por los propios laboratorios en tal sentido, estiman: "Que las leyendas o advertencias referidas en los considerandos anteriores no pueden ser consideradas como evidencia para convencer de que la píldora sea capaz de producir los efectos sobre los que advierten como posibles. Como ya se ha reiterado, para generar una duda razonable sobre un hecho empírico sobre el que existe prueba científica, es necesario invocar tales pruebas científicas y no meras opiniones. Las opiniones que se citan dan cuenta de no poder descartarse un efecto posible. No poder descartar un efecto, **señalar que "se ha sugerido"**, o que "podrían" impedir la implantación no es lo mismo que afirmar que ello ocurra o sustentar una duda razonable a su respecto, ni menos constituye evidencia de ello. Aun cuando sea la autoridad la que obligue a circular tales leyendas junto con el fármaco, ellas siguen diciendo lo que dicen: que se ha sugerido o que es posible o que se ha sugerido que el fármaco tiene efectos contrarios a la vida del embrión, lo que no es evidencia de que ello sea efectivamente así, ni que sobre ello exista una duda razonable. En la medida que tales leyendas no son obligadas por la autoridad, probablemente están movidas por el afán de evitar responsabilidad por un riesgo posible acerca del cual el usuario queda advertido; efecto que no se afirma, ni menos se sustenta como probable mientras que afirmarlo no acarrea riesgo alguno sobre quienes lo formulan, al considerar ellos que el efecto posible que advierten no está prohibido a nivel internacional"⁷³.

A nuestro juicio, el ejercicio realizado no tiene un sentido práctico. En efecto, si bien es dable a los sentenciadores de constitucionalidad dar cuenta de las evidencias que les han sido entregadas, no están en condiciones de ponderar el peso de cada prueba ni tampoco de zanjar controversia alguna⁷⁴, no siendo sin duda lo determinante la cantidad de estudios presentados sino su sustentabilidad científica, lo cual no es competencia del Tribunal Constitucional determinar. Por esta razón, frente a los diversos criterios expuestos y a la constatación de la falta de acuerdo en la materia, la solución del caso no radica de cuál tiene más peso de las versiones o interpretaciones entregadas, sino en la naturaleza del derecho que se pretende cautelar ante esa duda.

V. CONCLUSIONES

El fallo del Tribunal Constitucional materia de este estudio ha significado una definición del Derecho chileno en tres materias: El inicio de la protección del ser humano como persona desde el momento de la concepción, la calificación del derecho a la vida como fundamento de la aplicación del principio precautorio y la estimación que

⁷³ Considerando 79, las negritas son del original.

⁷⁴ "no corresponde a la jurisdicción del Tribunal Constitucional atender la pretensión de nueva valoración de la prueba, ni revisar o sustituir a los órganos jurisdiccionales penales en la valoración del significado y trascendencia de los distintos elementos probatorios sobre los que se ha fundamentado la condena (entre otras muchas, SSTC 57/2002, de 11 de marzo, FJ 2; 155/2002, de 22 de junio, FJ 7)": STC de 12 de Marzo de 2007 en causa de amparo.

la PDD es un fármaco cuyo eventual efecto antianidatorio hace que su entrega resulte una acción contraria a la Constitución.

Sin embargo, el conflicto mismo asociado a la PDD se mantiene en la práctica en virtud de su comercialización en las farmacias, figura sobre la cual el fallo del Tribunal no se ha podido extender, como asimismo, respecto de la doctrina, por no haber zanjado de modo suficiente la controversia entre las distintas tesis existentes sobre el estatuto del embrión humano ni aquellas que consideran que el conflicto de derechos que la PDD puede generar o aparenta generar debió resolverse en una clave favorable a la autonomía y no al cuidado de la vida humana. Ello nos permite augurar que, probablemente, tengamos otras instancias en que la materia nuevamente se aborde, pero sin duda este antecedente resultará crucial en su visualización posterior.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ATRIA, Fernando (1997): “Los peligros de la Constitución”, *Cuaderno de Análisis Jurídico* N° 36: pp.18-19.
- BADILLO, Robert y RODRÍGUEZ, Eduardo (2002): “El cigoto, inicio de la vida humana desde una perspectiva biológica y metafísica” *Ars Medica* Volumen 4, N° 6: pp. 31 y ss.
- BARCIA, Rodrigo (2007): “Fallos y comentario a los fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago y Corte Suprema sobre recurso de protección, interpuesto por la distribución de laboratorios de la denominada píldora del día después a adolescentes (menores mayores de catorce años)”, *Ius et Praxis* Año 13 - N° 2: pp. 409 y ss.
- BASCUÑÁN RODRIGUEZ, Antonio (2001): “Límites a la prohibición y a la autorización legal del aborto consentido en el derecho constitucional comparado”, *Revista de Derecho Público* 63, t. I: pp. 209 y ss.
- CARRETERO, Ana (2006): “Algunas consideraciones sobre el principio de precaución como instrumento de protección de la salud de los consumidores en el ámbito alimentario”, Disponible en: <<http://www.uclm.es/cesco/investigacion/2006/5.pdf>> [fecha de consulta: 2 de abril de 2006].
- CASTILLO, Luis Fernando (2005): “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional N° 12 Enero-Junio.
- CEA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y garantías* (Santiago, Ediciones Universidad Católica) 733 pp.
- CIANCIARDO, Juan (2000): *El conflictivismo en los derechos fundamentales* (Pamplona, EUNSA) 456 pp.
- COLOMBO, Roberto (1996): “La naturaleza y el estatuto del embrión humano”, *Revista Humanitas* N° 16: pp. 100 y ss.
- CORRAL, Hernán (2005): “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida”, *Revista Ius et Praxis*, 11 N° 1: pp. 37-53.
- CORRAL, Hernán (2001): “La eliminación deliberada de embriones es inconstitucional”, *Ius Publicum*, N° 7: pp. 167 y ss.

- EKMEKDJIAN, Miguel Á. (1985): “Jerarquía constitucional de los derechos civiles”, *La Ley*: p. D-847.
- EKMEKDJIAN, Miguel Á. (1999): “El valor dignidad y la teoría del orden jerárquico de los derechos individuales”, en AA. VV., *Los valores de la Constitución argentina* (Ediar, Buenos Aires): p. 9.
- FAÚNDEZ, Héctor (2000): “La justiciabilidad de los Derechos Sociales en el Derecho Internacional Contemporáneo”, *Gaceta Laboral*, CIELDA-LUZ. Vol. 6 N° 2, pp. 163-202.
- FERMANDOIS, Arturo (2004): “La píldora del día después: aspectos normativos”, *Estudios Públicos*, 95: pp. 91 y 118.
- FIGUEROA, Rodolfo (2007): “Concepto de Persona, titularidad del derecho a la vida y aborto”, *Revista de Derecho*, vol. XX N° 2: pp. 95-130.
- GÓMEZ, Gastón (2005): *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*, (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) 665 pp.
- GRADONI, Lorenzo (2001/2002): “Il principio di precauzione nella disciplina del commercio internazionale. Comunità Europea e Organizzazione Mondiale del Commercio”, Dottorato di ricerca in Diritto delle Comunità europee, Facoltà di Giurisprudenza: pp. 8 y 12.
- GYSLING, Jacqueline (1994): “Salud y derechos reproductivos: conceptos en construcción” en VALDÉS y BUSTO, eds. *Sexualidad y Reproducción, hacia la construcción de derechos* (CORSAPS/FLACSO, Santiago).
- NOGUEIRA, Humberto (2008): “Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional chileno sobre el Decreto Supremo que regula la distribución de la píldora del día después (levonorgestrel 0.75 mg)”, *Estudios Constitucionales*, año 6, N° 1: pp. 361-372.
- ORREGO, Fernando (2005): La píldora del día después, aspectos médicos y biológicos, Facultades de Medicina de la Universidad de los Andes y Chile, Disponible en: <<http://etica.duoc.cl/Seminario-pildora/libro.pdf>> [fecha de consulta: 2 de abril de 2006]
- PAPELLADA, Carlos y otros (2007): “Daños al medio ambiente y acciones colectivas derivadas de daños tecnológicos”, Disponible en: <<http://www.aaba.org.ar/bi24n015.htm>> [fecha de consulta: 2 de abril de 2006].
- ROMEO CASABONA, Carlos María (2006): “El estatuto jurídico del embrión humano” Disponible en: <<http://www.fundacionmhm.org/pdf/mono4/Articulos/articulo8.pdf>> [fecha de consulta: 2 de abril de 2006]
- SADLER, T. W (1996): *Langman, Embriología médica* (Buenos Aires, Ed. Panamericana) 566 pp.
- SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando (2000): *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derecho* (Buenos Aires, La Ley) 170 pp.
- SPAEMANN, Robert (2000): *Personas. Acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”* (Pamplona, Eunsa) 244 pp.

- TICKNER, Joel, RAFFENSPERGER Carolyn y MYERS, Nancy (1999): “Principio precautorio en acción” *Science and Environmental Health Network*, SEHN, 35 pp.
- UGARTE, Francisca (2008): “La Píldora del día después y el Fallo del Tribunal Constitucional”, *Revista Chilena de Pediatría.*, vol. 79, N° 3: pp. 243-248.
- VIVANCO, Ángela (2001): “La Constitución y la píldora”, *Ius Publicum* N° 7: pp. 100 y ss.
- VIVANCO, Ángela (2006): *Curso de Derecho Constitucional, Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980* (Santiago, Ediciones Universidad Católica) Tomo II, 572 pp.
- ZAPATA, Patricio (2008): “El Fallo “Píldora Del Día Después”, *Revista de Derecho Público* de la Universidad de Chile, en impresión.

JURISPRUDENCIA CITADA

I. TRIBUNALES DE LA INSTANCIA CHILENOS

Centro Juvenil SGES con Instituto de Salud Pública (2004), Nulidad de Derecho Público, 20° Juzgado Civil de Santiago, 30 de Junio de 3004.

II. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, CHILE

- Philippi Izquierdo con Laboratorio Chile S.A. y otros (2001), Recurso de protección, 28 de Mayo de 2001.
- Centro Juvenil SGES con Instituto de Salud Pública (2004), Apelación nulidad de Derecho Público, 10 de Diciembre de 2004.
- Pablo Zalaquett Said y otros con Ministra de Salud doña María Soledad Barría Iroume (2006), Recurso de Protección, 17 de Noviembre de 2006.

III. CORTE SUPREMA CHILE

- Philippi Izquierdo con Laboratorio Chile S.A. y otros (2001), Apelación Recurso de protección, 30 de Agosto de 2001.
- Centro Juvenil SGES con Instituto de Salud Pública (2005), Casación en Fondo y Forma sobre juicio ordinario de declaración de nulidad de derecho público, 28 de Noviembre de 2005.
- Pablo Zalaquett Said y otros con Ministra de Salud doña María Soledad Barría Iroume (2006), Apelación de Recurso de Protección, 30 de Enero de 2007.

IV. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

- Requerimiento de inconstitucionalidad de la Resolución Exenta N° 584 (Ministerio de Salud), fechada el 1 de septiembre de 2006, la cual aprueba Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad (2007), 11 de Enero de 2007.
- Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud (2008), 18 de Abril de 2008.

V. TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO, ITALIA

Movimento per la Vita Italiano e Forum delle Associazioni Familiari contro il Ministero della Sanità, recurso per l'annullamento del d.m. AIC/UAC n. 510/2000 del 26.9.200 (2001), 2 de julio de 2001

VI. CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA

Portal de Belén con Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación (2002), Acción de amparo, 5 de marzo de 2002.

VI. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Recurso de Amparo, 104/1986, 17 de Julio de 1996.

Recurso de Amparo, 240/1992, 21 de Diciembre de 2002.

Recurso de Amparo 180/2007, 12 de Marzo de 2007.

VII. SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Washington *et al.* V. Glucksberg *et al.* (1997), 26 de Junio de 1997.

VIII. CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

José Fernando Rosero Rhode con Director del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical "Leopoldo Izquieta Pérez" y del señor Ministro de Salud Pública, Amparo Constitucional (2005), Resolución 0014/2005.

