

Santiago, dieciocho de abril de dos mil ocho.

VISTOS:

Con fecha cinco de marzo de dos mil siete, treinta y seis Diputados en ejercicio, que representan más de la cuarta parte de la Honorable Cámara de Diputados, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, N° 16, de la Constitución Política de la República, formulan requerimiento ante este Tribunal Constitucional pidiendo que declare la inconstitucionalidad de "todo o parte" del Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial, en su edición del día tres de febrero del año dos mil siete, que aprueba las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad".

La nómina de los Diputados requirentes está integrada por los señores Claudio Alvarado Andrade, Gonzalo Arenas Hödar, Ramón Barros Montero, Eugenio Bauer Jouanne, Sergio Bobadilla Muñoz, Alberto Cardemil Herrera, Sergio Correa de la Cerda, señora María Angélica Cristi Marfil, señores Francisco Chahuán Chahuán, Roberto Delmastro Naso, Andrés Egaña Respaldiza, Enrique Estay Peñaloza, Marcelo Forni Lobos, Pablo Galilea Carrillo, René Manuel García García, Alejandro García-Huidobro Sanfuentes, Javier Hernández Hernández, Amelia Herrera Silva, José Antonio Kast Rist, Juan Lobos Krause, Rosauero Martínez Labbé, Juan Masferrer Pellizzari, Patricio Melero Abaroa, Cristián Monckeberg Bruner, Nicolás Monckeberg Díaz, Iván Norambuena Farías, Carlos Recondo Lavanderos, Roberto Sepúlveda Herмосilla, señora Marisol Turres Figueroa, señores Jorge Ulloa Aguillón, Gonzalo Uriarte Herrera, Ignacio Urrutia Bonilla, Alfonso Vargas Lyng, Germán Verdugo Soto, Gastón Von Mühlenbrock Zamora y Felipe Ward Edwards.

A los efectos de la tramitación del presente requerimiento y en conformidad con lo que dispone el inciso final del artículo 38 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, los Diputados requirentes han designado como su representante al Diputado señor José Antonio Kast Rist.

I. **EL TRIBUNAL NO ADMITIÓ A TRAMITACIÓN EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS UNO:**

Mediante resolución de fecha veinte de marzo de dos mil siete -fojas 60 a 65-, esta Magistratura, fundada en lo dispuesto en los artículos 48, 39 y 41, inciso primero, de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, y sin perjuicio de lo que establece el inciso segundo del último precepto legal citado, no admitió a tramitación el requerimiento deducido a fojas uno, por considerar que éste *"carece de la claridad y precisión suficientes para que el Tribunal pueda entrar a conocer del asunto"* (Considerando 12°). En este sentido, se observó que los requirentes solicitan que sean *"excluidos de la norma y por consiguiente proscritos por inconstitucionales todos los métodos descritos (...) cuyo mecanismo de acción sea, entre otros, el de la alteración endometrial, por ser abortivos y por ello contrarios a la Ley Fundamental..."*, pero omiten explicitar *"cuáles son los métodos a que se refieren y de qué forma vulnerarían la Constitución"* (Considerando 9°). Asimismo, se advirtió que en el requerimiento *"tampoco se especifican los preceptos de dicho cuerpo regulatorio (Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud) que se consideran contrarios a la Carta Fundamental y respecto de los cuales se solicita la declaración"* de inconstitucionalidad (Considerando 10°), y que *"existe una clara falta de armonía en las peticiones que hacen*

valer los requirentes, porque se solicita la inconstitucionalidad de "todo o parte" del decreto supremo que se objeta, para luego limitar la pretensión sólo" a algunos "aspectos de la normativa" (Considerando 11°).

Finalmente, en la misma resolución citada el Tribunal expresó que "para que el reclamo cumpla con los requisitos señalados en el artículo 39 inciso primero de la Ley N° 17.997 con el objeto de ser admitido a tramitación, deben subsanarse los defectos que contiene y que han sido reseñados..." (Considerando 13°).

II. RECTIFICACIÓN DEL REQUERIMIENTO:

En cumplimiento de la resolución del Tribunal referida precedentemente y ejerciendo el derecho reconocido en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, mediante presentación de fecha veinticuatro de marzo del año dos mil siete -fojas 68 a 72-, los Diputados requirentes, con el objeto de subsanar los defectos observados, manifiestan, en síntesis, que renuncian a la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de la totalidad del acto administrativo reglamentario invocado. Luego, rectificando y aclarando su pretensión, señalan que la acción de inconstitucionalidad se dirige en contra de las siguientes disposiciones contenidas en las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad", que son aprobadas y que forman parte del Decreto Supremo N° 48, de veintiséis de enero del año dos mil siete, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial en su edición del día tres de febrero del mismo año:

1. **"SECCIÓN C: TECNOLOGÍA ANTICONCEPTIVA":**

1. **PUNTO 3.3. "ANTICONCEPCIÓN HORMONAL DE EMERGENCIA", y b) PÁRRAFO 4 "ANTICONCEPCIÓN NO HORMONAL", PUNTO 4.1.1. "DISPOSITIVOS INTRAUTERINOS".**

Dichas normas se impugnan, conforme señalan los peticionarios, sólo en cuanto autorizan la distribución y el uso de la denominada *"Píldora del Día Después, ya sea a través de la entrega de una sola pastilla de progestina pura, generalmente levonorgestrel al 0,75 mg., o a través de la combinación de píldoras, método denominado "Yuzpe", y "la utilización del dispositivo intrauterino (DIU)".* "Éste corresponde a uno (sic) de las posibilidades de la llamada anticoncepción con progestágeno solo".

Afirman los requirentes que el mecanismo de acción de los métodos individualizados sería idéntico, en cuanto a que producen una alteración endometrial que actúa impidiendo la anidación del individuo ya concebido y, desde tal perspectiva, indican, serían contrarios a lo preceptuado en los artículos 5°, inciso segundo, 6°, 7° y 19, N°s. 1 y 26, de la Carta Fundamental.

2. **"SECCIÓN D: ANTICONCEPCIÓN EN POBLACIÓN ESPECÍFICA".**

La declaración de inconstitucionalidad de estas normas se pide en cuanto regulan *"la consejería a adolescentes que se da en el marco de la confidencialidad, esto es, sin el consentimiento ni conocimiento de los padres"*, lo cual, a juicio de los peticionarios, sería contrario a lo dispuesto en el inciso tercero del N° 10 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

3. **Se pide entender también impugnado el PUNTO 1. "ANTICONCEPCIÓN PARA ADOLESCENTES", de la referida SECCIÓN D.**

La acción de inconstitucionalidad se dirige en este punto a dos aspectos, según se indica por los requirentes:

a) en cuanto admite la administración de la anticoncepción de emergencia bajo la modalidad de la "*Píldora del Día Después como pastilla única y combinada*", lo cual resultaría contrario a los preceptos constitucionales invocados al referirse a las primeras disposiciones reglamentarias impugnadas en la especie, y

b) por cuanto, la consejería confidencial que se otorga a los adolescentes vulnera el derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos, reconocido en la norma constitucional citada en el numeral 2 precedente.

III. CAPÍTULOS DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTENIDOS EN EL REQUERIMIENTO:

1. LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL DECRETO SUPREMO N° 48, DEL AÑO 2007, DEL MINISTERIO DE SALUD, SERÍA MATERIA DE LEY:

Los actores exponen que "*la aprobación de métodos y mecanismos que afectan la vida del que está por nacer importa en los hechos una restricción a un derecho fundamental garantizado en la Constitución de un modo no autorizado por la misma*". En el caso *sub lite*, afirman, se está frente a una norma de rango reglamentario que se ha emitido por la autoridad pública sin contar con norma legal habilitante para ello, y que, además, restringe sustantivamente el derecho a la vida garantizado a todas las personas en el artículo 19, N° 1, de la Constitución Política, dentro de las cuales deben entenderse incluidas aquellas que están por nacer, mismas a quienes el constituyente, además, quiso amparar de un modo particular.

Agregan los Diputados que requieren que si bien, atendida la naturaleza esencial del derecho involucrado, resulta ilegítima la

medida restrictiva del mismo al estar contenida en un acto administrativo, de conformidad con lo que establece el numeral 26 del precepto constitucional citado -según el cual el único llamado a limitar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Carta Fundamental es el legislador-, en este caso, inclusive, mediante la dictación del decreto supremo cuestionado la Administración ha hecho lo que ni siquiera por ley se podría hacer: ha vaciado de contenido al más fundamental de los derechos humanos -el derecho a la vida-.

Hacen notar, a mayor abundamiento, que existen otras normas dentro de nuestro ordenamiento jurídico que servirían para ratificar la pertinencia de los argumentos expuestos. A esos efectos, se citan los artículos 39 a 45 -referidos a los estados de excepción constitucional- y 61, inciso segundo, (actual artículo 64) de la Carta Fundamental, y la Ley N° 18.826 que derogó la norma del Código Sanitario que autorizaba el llamado "aborto terapéutico", estableciendo que "no podrá ejecutarse ninguna acción cuya finalidad sea provocar el aborto".

2. **EVENTUAL VULNERACIÓN AL DERECHO A LA VIDA:**

En este capítulo, los requirentes manifiestan, en primer término, que por efecto del decreto reglamentario de que se trata, en los consultorios de salud municipalizados se entregará libre y gratuitamente, como contraceptivo de emergencia, la llamada "píldora del día después", bajo los nombres de: a) "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.

Señalan que las mencionadas píldoras contienen la hormona de síntesis denominada Levonorgestrel 0,75 mg., misma que la Corte Suprema, en sentencia de fecha 30 de agosto del año 2001, dictada en recurso de protección caratulado "Philippi Izquierdo con Laboratorio Chile S.A.", Rol 2186-01, calificó como una amenaza al derecho a la vida del concebido y no nacido, en los siguientes términos: "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".

Reconocen, en este mismo aspecto, que si bien existe un fallo del mismo Tribunal Superior del año 2005, que contradice al recién mencionado pronunciamiento, aquél sólo tendría efectos relativos, atendido que fue emitido bajo la jurisdicción contenciosa ordinaria (acción de nulidad de derecho público) y se refirió concretamente al fármaco denominado "POSTINOR-2" que, como se ha explicado, hoy no puede circular por carecer de registro sanitario.

Hacen hincapié los requirentes en el hecho de que la única diferencia que existiría entre la píldora prohibida por la Corte Suprema en su primer fallo del año 2001 y las que se encuentran autorizadas en la actualidad por la autoridad administrativa, es su nombre de fantasía.

Atendido lo expresado, critican que aún exista un instrumento normativo, como el impugnado, que "lejos de ordenar el retiro del mercado de un producto abortivo lo ponga a través de sus Políticas Pública (sic) a disposición de la población en forma gratuita".

Más adelante, los Diputados peticionarios se refieren al estatuto jurídico aplicable al embrión en nuestro país, destacando, en síntesis, los siguientes aspectos:

Indican que, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros países, en el nuestro la protección del "nasciturus" o "concebido y no nacido", se otorga desde el comienzo de la República y que ella se habría visto reforzada en el último tiempo por el pronunciamiento de la Corte Suprema del año 2001 recién mencionado.

En seguida, los actores aducen que en el ámbito del Derecho Constitucional, el artículo 19, N° 1, inciso primero, de la Carta Fundamental de 1980 consagra el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas y que el inciso segundo del mismo precepto se encargó de reconocer expresamente que "la ley protege la vida del que está por nacer", esto es, la vida del embrión, nasciturus o concebido y no nacido, confiriéndole a éste, por tanto, la calidad de sujeto de derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

Indican los requirentes también que un complemento de la regulación constitucional referida precedentemente, por la aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la misma Ley Fundamental, sería la suscripción por parte del Estado de Chile de pactos internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, la que en su artículo 4°, N° 1, señala: "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". Igualmente, la Convención de los Derechos del Niño, que se refiere a estas materias en sus artículos 1°, 3.2. y 6°.

Luego, hacen presente que, en el ámbito del Derecho Civil, el artículo 75 del Código del ramo dispone la obligación que pesa sobre los tribunales de dar protección jurídica al concebido y no nacido, en los siguientes términos: "la ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición

de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que de algún modo peligre". Esta regla jurídica, a entender de los requirentes, sería la mejor demostración de que el concebido adquiere derechos aunque todavía no se produzca su existencia civil. De esta forma, aducen, al reconocerse a aquél como un sujeto digno de protección jurídica, resulta evidente que ello apunta al derecho a la vida, ya que éste es el único "patrimonio" que a esa altura tiene el embrión humano.

A mayor abundamiento, y en directa relación con las normas del Derecho Romano que tendían a proteger al "nonato" como realidad digna y a castigar las prácticas abortivas, los peticionarios citan el artículo 85 del Código Penal, que por la reciente derogación de la pena de muerte ha perdido eficacia jurídica, pero, a su juicio, "no el valor de persuasión moral" y que dispone: "no se ejecutará la pena de muerte en la mujer que se halle encinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento".

Dedican también los requirentes algunos párrafos de su presentación a efectuar referencias a dictámenes emitidos por la Contraloría General de la República, en los que se ha reconocido titularidad jurídica del concebido y no nacido, a la luz del ordenamiento jurídico nacional (dictámenes N°s. 25.403, de 21 de agosto de 1995, y 14.525, de 15 de junio de 1992).

Hacen presente, además, que existen antecedentes que dan cuenta de la manera contradictoria en que la autoridad del sector ha actuado al momento de analizar los efectos que puede producir la "píldora del día después" en el embrión, con lo cual, advierten, se produciría una vulneración de la doctrina de los actos propios de la Administración, que se vincula con la buena fe que debe orientar la actuación de sus órganos, entre otros

propósitos, para evitar repercusiones nocivas en relación con los derechos adquiridos por terceros o que se cause algún daño a las personas.

Sobre este aspecto en particular, los actores mencionan que en la década de los años 90 el Ministerio de Salud prohibió la venta del mismo producto farmacéutico que hoy ha decidido distribuir a la población, agregando que tal prohibición se fundó en hechos que no se han modificado hasta ahora. A saber: al impedir la anidación del embrión, el método generaba un efecto abortivo contrario a la juridicidad vigente.

Acuden posteriormente los señores Diputados peticionarios al denominado "principio pro vida", a los efectos de argumentar, en síntesis, que en todo Estado de Derecho existe un principio de ética pública que debe ser aplicado, principalmente cuando es la autoridad pública la que actúa, en el sentido siguiente: ante la posible duda sobre la amenaza de muerte por utilización de una droga, el Estado debe actuar a favor de la vida.

Hacen notar también que, conforme a dicho principio, no son los titulares del derecho a la vida ni sus defensores los llamados a probar que un determinado producto no genera un ilícito constitucional, sino que, conforme a la Constitución Política, es el órgano administrativo encargado de aprobar un determinado producto farmacéutico o procedimiento anticonceptivo dentro de una política pública, el que frente a la más mínima duda en cuanto a si aquéllos pueden afectar la vida humana, debe abstenerse de actuar. Ahondando en este asunto, observan que no resultaría admisible que la autoridad permitiera condiciones inseguras para el derecho a la vida de los embriones, bajo el pretexto de que algunos científicos han manifestado dudas acerca de las consecuencias abortivas de la mencionada píldora. A juicio de los peticionarios y a la luz del mencionado principio, cualquier cuestionamiento de índole científica debe ser

interpretado con un criterio que favorezca los derechos humanos y, en este caso particular, sería el Ministerio de Salud el que habría faltado a su deber constitucional y legal de proteger la vida del que está por nacer, al no exigir a los laboratorios que tratan de comercializar la píldora en nuestro país, que comprueben técnicamente que ella no afecta al embrión en su derecho más esencial -el derecho a la vida-.

Criticando los peticionarios, a continuación, el hecho de que la autoridad sanitaria no afirme "el efecto abortivo que tienen estos métodos" y que al mismo tiempo no lo descarte, ya que tal actitud, a su entender, sería inconstitucional en sí misma. Insisten en señalar, en este punto, que "... el onus probandi pesará siempre en quien ejerce la autoridad sanitaria la que deberá acreditar que tales o cuales procedimientos no atentan contra la vida del concebido y no nacido, dado el sello distintivo que posee nuestro ordenamiento jurídico en orden a defender la vida del que está por nacer, mandato constitucional dado al legislador que se cumple entre otras muchas disposiciones (sic) de nuestro ordenamiento jurídico con la siguiente (sic): "No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar el aborto" (Ley 18.826 Modificatoria del Código Sanitario)".

En el mismo orden de consideraciones, los requirentes plantean que no debe olvidarse que en materia de Derechos Humanos rige el denominado "principio pro-homine", el cual ha sido destacado de manera reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vg., en la Opinión Consultiva 5/1985, y del cual se derivan dos parámetros fundamentales en materia de hermenéutica constitucional, a saber: i) Que debe estarse siempre a la interpretación más favorable al derecho o libertad del afectado y ii) Que debe estarse siempre a la interpretación más favorable para el más débil.

Por otra parte, haciendo referencia a "algunos datos científicos básicos" relacionados con el derecho a la vida del que está por nacer, los requirentes manifiestan que cuando un espermatozoide fecunda un óvulo se forma un nuevo ser -un embrión-. Al comienzo, acotan, este nuevo ser tiene carácter unicelular, pero esa primera célula ya contendría toda la información constitutiva de aquél. En éste se hallaría el denominado "código de la vida" que la humanidad ha podido descifrar hace no mucho tiempo y que se encuentra tanto en ese ser unicelular como en cualquier ser humano nacido, sea éste niño, joven, adulto o anciano, hombre o mujer. En suma, dicen, si aquella célula es el resultado de la unión de gametos humanos, resulta imposible, entonces, negar que se trata de un ser humano, pues es un ser y es humano, ya que pertenece a la especie humana.

La aplicación de las aludidas consideraciones a la interpretación del artículo 19, N° 1°, de la Constitución, lleva a los requirentes a concluir que el derecho a la vida comprende también al nasciturus.

Reiteran los Diputados que lo determinante para ser titular del derecho es el ser un humano y no cabe duda de que el no nacido lo es, independientemente de que sea un embrión o un feto. La edad o etapa de desarrollo de un ser humano no es condicionante de la titularidad de aquellos derechos que emanan de su propia naturaleza.

Todo ello, agregan los actores, habría quedado ratificado en uno de los más recientes debates sostenidos sobre la materia, llevado a cabo en el Congreso Nacional, a propósito de la reforma al inciso primero del artículo 1° de la Constitución Política, que sustituyó la expresión "hombres" por "personas" (Ley de Reforma Constitucional N° 19.611, Diario Oficial de 16 de junio de 1999). Hacen presente que en el segundo trámite legislativo, durante la discusión en la Sala del Senado, se aprobó dejar

constancia de que el nasciturus desde la concepción es persona, en el sentido constitucional del término, y, por ende, que es titular del derecho a la vida (Diario de Sesiones del Senado, Sesión 21^a, 3 de marzo de 1999).

Hacen notar, asimismo, que la más reciente jurisprudencia comparada sigue esta misma tendencia, citando a los efectos las sentencias de la Corte Suprema de Costa Rica, de 15 de marzo de 2000 y de la Corte Suprema de Argentina, de 5 de marzo de 2002.

Los actores se refieren posteriormente al efecto eventualmente abortivo del Levonorgestrel. Exponen que demostrar que éste, administrado oralmente (píldora o píldoras combinadas) o a través del Dispositivo Intrauterino (DIU), incluye un efecto antianidatorio del huevo humano fecundado, no sería un asunto que ofrezca mayor dificultad. En este sentido, indican que si dicho compuesto se administra después de que el óvulo ha sido fecundado ya no cabría acción anticonceptiva, puesto que la concepción ya se habría verificado. Por otra parte, señalan que sería *"un hecho propio del mecanismo de acción del DIU que éste actúa del modo más eficaz impidiendo la anidación, ya que su destino natural jamás ha sido evitar la ovulación; por el contrario las tasas de ovulación de las usuarias del DIU son del 100%"*.

En seguida destacan que suponiendo una relación sexual ocurrida en el día de la ovulación, la fecundación se podría verificar o realizar unas 7 horas después del acto. Añaden que se necesitaría 1 minuto solamente para que los espermatozoides alcancen el lugar de la trompa uterina donde se encuentra el óvulo y unas 7 horas de capacitación de éstos para que uno de ellos quede en condiciones de penetrarlo y fusionarse con él. A su vez, dicen, administrado el Levonorgestrel, se requeriría de unas 2 horas para que llegue a su concentración sanguínea máxima, lo que no significa que su acción en plenitud se alcance necesariamente en ese mismo tiempo.

De acuerdo a lo anterior, y en un escenario hipotético, los requirentes afirman que para lograr una potencial acción anticonceptiva que impidiera la continuación del proceso de capacitación y fertilización de los espermios, se necesitaría que la mujer ingiriese la droga cuestionada en las horas inmediatas a su relación sexual; al menos, señalan, en las mujeres violadas y, particularmente, en las adolescentes que tienen relaciones sexuales ocasionales, y eso, acotan, es casi imposible de lograr.

En este mismo orden de consideraciones, los peticionarios aluden a las circunstancias en las que, a su juicio, el Levonorgestrel 0,75 mg. podría actuar como antianidatorio, con mayores probabilidades. Indican que se trataría de aquellos casos en que la relación sexual ocurre en el día de la ovulación (25% de los embarazos) y el referido químico se administra después de 7 horas de aquélla.

3. **LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS IMPUGNADAS SERÍAN CONTRARIAS A LA IGUALDAD ANTE LA LEY:**

Exponen los Diputados requirentes que después de dictada la sentencia de la Corte Suprema, de 30 de agosto de 2001, a la que ya se ha hecho alusión, la autoridad administrativa ha sostenido que sólo se encontraría prohibido el fármaco denominado "Postinal", y no otros productos producidos en base al Levonorgestrel 0.75 mg., como lo son el "POSTINOR-2" y el "TACE". Tal tesis, indican los actores, no se ajustaría a la interpretación que cabría asignar al artículo 19, N° 2, de la Constitución, ya que, a su juicio, sería discriminatoria en contra de los embriones humanos que han podido ser afectados en su derecho a la vida por la "segunda y tercera píldora del día después" que han obtenido su incorporación al registro que

administra el Instituto de Salud Pública. Para ellos, una correcta exégesis constitucional pasaría por reconocer que la igualdad ante la ley no admite la discriminación que hoy se pretende hacer por la autoridad pública, fundándose únicamente en una diferencia de nombre que se asigna a un mismo producto químico.

La referida sentencia del año 2001, insisten los requirentes, tendría como efecto la protección de la vida de todo concebido que está por nacer; en consecuencia, plantean que no habría razón alguna para admitir que la "píldora del día después" fuese distribuida con el patrocinio del Estado en los consultorios de salud municipalizada si el Máximo Tribunal de Justicia del país prohibió, ordenando se cancelara el registro respectivo, un fármaco idéntico al que se refieren las normas cuestionadas en autos y que sólo difiere con aquél en su nombre de fantasía. Admitir lo contrario, afirman los actores, significaría aceptar una discriminación en la igualdad de trato que la autoridad debe dar a todos los concebidos y no nacidos frente a una misma amenaza a su derecho a nacer.

4. **LAS NORMAS ADMINISTRATIVAS CUESTIONADAS PUEDEN CONTRAVENIR EL DERECHO PREFERENTE Y EL DEBER DE LOS PADRES A EDUCAR A SUS HIJOS:**

Los requirentes inician su argumentación en este aspecto sosteniendo que el artículo 19, N° 10, inciso tercero, de la Carta Fundamental establece que "los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho"; por consiguiente, señalan, la acción de la Administración de otorgar consejería a menores adolescentes sin el consentimiento

ni conocimiento de sus padres, como lo disponen las normas del decreto supremo que se impugnan, sería ilegítima.

Por otra parte, indican que al reconocer el derecho preeminente de los padres por sobre cualquier acción o tentativa de la autoridad o de un tercero de atribuirse la función educativa, el constituyente le impuso al Estado la acción contraria a lo que hace el decreto reglamentario cuestionado, cual es la de garantizar este derecho.

Finalmente los Diputados aducen que el acto administrativo que cuestionan tergiversaría, además, la confidencialidad de la relación profesional, ya que ésta supone la existencia de un enfermo y los menores adolescentes a quienes van dirigidas las actividades administrativas de que se trata, no padecen de enfermedad alguna, sino que se encuentran en un estado natural de la vida que desaparece con el transcurso del tiempo y sin la intervención del Estado.

IV. TRAMITACIÓN DEL REQUERIMIENTO:

Mediante resolución de fecha veintiocho de marzo de dos mil siete -fojas 73-, el Pleno del Tribunal admitió a tramitación el requerimiento, atendido el mérito de las aclaraciones y rectificaciones planteadas por la parte requirente en el escrito de fojas 68.

En seguida, dando cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 42 y 48 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional -N° 17.997-, el requerimiento fue puesto en conocimiento de la señora Presidente de la República, del Senado, de la Cámara de Diputados y del señor Contralor General de la República, en sus calidades de órganos constitucionales interesados.

V. **OBSERVACIONES AL REQUERIMIENTO FORMULADAS POR LA SEÑORA PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA:**

Mediante escrito de fecha diez de abril del año dos mil siete -fojas 80 a 223-, la señora Presidente de la República formuló sus observaciones al requerimiento.

Como se indica en el mismo documento, la presentación se divide en cuatro partes. En la primera, de antecedentes (capítulos I, II y III), se analiza el decreto supremo impugnado y las normas nacionales sobre la regulación de la fertilidad que aquel acto administrativo aprueba. También se alude a dos precedentes jurisprudenciales relacionados con la materia discutida en estos autos constitucionales. En la segunda parte (capítulos IV, V y VI), se formulan tres cuestiones de previo y especial pronunciamiento, y en la tercera parte (capítulos VII, VIII y IX), por último, se hacen valer consideraciones a los efectos de instar por el rechazo del requerimiento.

VI.1. ANTECEDENTES GENERALES RESPECTO DEL DECRETO SUPREMO N° 48, DE 2007, DEL MINISTERIO DE SALUD:

Expresa la señora Presidente de la República que el Decreto Supremo cuya constitucionalidad ha sido cuestionada por los Diputados requirentes, sería un acto ajustado a derecho, atendido que ha sido dictado por la autoridad competente y ha seguido el procedimiento establecido en la ley a esos efectos.

Manifiesta asimismo, que, a su entender, cumpliría el pronunciamiento emitido por este Tribunal Constitucional, en su sentencia Rol 591-2006, de fecha 11 de enero del año 2007, en cuanto en ésta se habría declarado que la regulación de la

fertilidad era una materia que debía ser abordada por un decreto supremo sujeto al trámite de toma de razón y el acto impugnado en la especie tendría tal naturaleza y cumplió el mencionado trámite de control de juridicidad ante la Contraloría General de la República.

En seguida, la misma autoridad señala que el acto administrativo reglamentario cuya eventual inconstitucionalidad se denuncia en autos, obedece al cumplimiento de los objetivos sanitarios definidos por el Ministerio de Salud para la década 2000-2010, a saber: *"de un lado, mejorar la salud de la población, prolongando la vida y los años de vida libres de enfermedad. Del otro, reducir las desigualdades en salud, mejorando la salud de los grupos más desfavorecidos de la sociedad"*.

La Primera Mandataria hace hincapié en que dentro del mencionado objetivo general de reducir las desigualdades, se ubicaría la idea de regular una adecuada política de salud reproductiva que tienda a la reducción, por una parte, de la mortalidad materna e infantil y, por otra parte, del embarazo no planificado. Para ello, dice, se establecen diversas actividades de planificación familiar que abarcan los siguientes aspectos: a) la reducción de la inequidad reproductiva existente entre hombres y mujeres, y que se presentaría también respecto de algunos grupos de la población (los de menor nivel socioeconómico, de pueblos originarios, adolescentes y adultos jóvenes); b) la reducción de los abortos, mejorando la oferta y la calidad de los servicios en materia de salud sexual y reproductiva, focalizando los esfuerzos en las mujeres que, según los estudios realizados, presentan un mayor riesgo de interrumpir voluntariamente su embarazo; c) la reducción del embarazo no deseado en las adolescentes, promoviendo una maternidad y una paternidad responsable, con pleno respeto de las creencias y valores de cada

persona. Esto último se encuentra asociado, indica el Ejecutivo, a los riesgos que genera para las personas la actividad sexual desinformada y sin adecuado control sanitario del personal de salud.

Señala la señora Presidente de la República que el acto administrativo impugnado establece, además, una regulación específica dirigida a los adolescentes, disponiendo que la entrega a este grupo de la población de métodos de anticoncepción constituye un deber de las autoridades a los efectos de *"prevenir consecuencias tanto para la madre adolescente como para el hijo concebido en dicha etapa de desarrollo"*. En este sentido, reconoce que son los padres los primeros obligados a transmitir valores y principios a sus hijos, y que también son ellos los que debiesen acompañarlos a los centros de salud si es que ellos requiriesen un anticonceptivo. Sin embargo, manifiesta: *"el Estado no puede desconocer que esta realidad en muchos casos no se da"* y que *"cuando un adolescente pide un anticonceptivo después de haber tenido una relación sexual, no le corresponde al Estado juzgar esa situación"* sino que *"debe prestar la atención necesaria (...) a través de un profesional que ponga especial atención en la madurez y las circunstancias particulares del menor"*.

Por otra parte, el Ejecutivo señala que la *"voluntariedad"* es otro de los aspectos que tiene en cuenta el acto impugnado, ya que éste dispone de manera expresa que el Estado *"no impone ni obliga a nadie al uso de un determinado método anticonceptivo; simplemente pone a disposición de quienes lo soliciten las alternativas que permiten decidir qué método va más acorde con sus necesidades tanto biológicas como valóricas"*. Asimismo, indica la señora Presidente, *"la entrega de mecanismos anticonceptivos, no es una oferta cerrada del Estado"*, ya que

"las personas tienen la opción de decidir si utilizan o no el servicio y cuál es el método que les parece más idóneo".

Menciona, en seguida, que el decreto que se cuestiona en estos autos dice que: *"las personas son libres para decidir si utilizan o no anticoncepción de acuerdo a sus valores personales. Pero si deciden emplearla, esto debe verificarse en condiciones de equidad, seguridad, confidencialidad y respeto. Para ello el Estado no sólo entrega un mecanismo, sino también el juicio de un profesional responsable y una consejería destinada a que la persona tome una decisión informadamente".*

Hace presente también, la misma autoridad pública, que la misión del Decreto Supremo N° 48, de 2007, fue continuar con la política de regulación de la fertilidad iniciada en el año 1962 y que estuvo dirigida a *"reducir la alta incidencia de abortos inducidos y sus complicaciones, y disminuir el alto costo asociado a su tratamiento"*. Se hace mención en seguida a la política de Población y de Salud Pública formulada en el año 1967, fundada en los siguientes principios: a) reducir la tasa de mortalidad materna, relacionada en medida importante con el aborto provocado clandestino; b) reducir la tasa de mortalidad infantil, relacionada con el deterioro del nivel de vida en sectores de población de alta fecundidad; y c) promover el bienestar de la familia, favoreciendo la procreación responsable.

En cuanto corresponde a los *"Gobiernos de la Concertación"*, dice la Primera Mandataria, *"esta política se ha mantenido..."* formulándose, en el año 1990, las *"Bases para una Política de Planificación Familiar"* y, en el año 1991, *"el Programa de Salud Materna y Perinatal"* que incluyó, entre sus actividades básicas, el *"Control de Paternidad Responsable"*. Observa, además, que en el año 1997 *"la Salud Sexual y Reproductiva fue definida como una de las 16 prioridades de salud para el país"*, aprobándose el *"Programa de Salud de la Mujer, del Ministerio de Salud, que tuvo*

como propósito contribuir al desarrollo integral, físico, mental y social de la mujer, en todas las etapas de su ciclo vital”.

Por último, el Ejecutivo da cuenta del contenido del decreto que se impugna, indicando, en primer lugar, que aquél aprueba las “*Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad*”, en las que se incluyen las “*Normas Técnicas y Guías Clínicas sobre Fertilidad*”, todas elaboradas por el Ministerio de Salud. En segundo lugar, señala que el acto administrativo establece que las normas que se aprueban constan en un documento de 171 páginas que se adjunta y que forma parte del mismo. Se indica, además, que se mantendrá en poder del Jefe de la División de Prevención y Control de Enfermedades, de la Subsecretaría del Ministerio del ramo. En tercer lugar, el acto ordena publicar en la página web del Ministerio de Salud el texto de las referidas normas nacionales y remitir un ejemplar a los Servicios de Salud, Establecimientos Experimentales de Salud y a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud de todo el país, a fin de que sean cumplidas íntegra y obligatoriamente por los organismos, instituciones y los funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional.

VI.2. ANTECEDENTES RESPECTO DE LAS NORMAS NACIONALES SOBRE REGULACIÓN DE LA FERTILIDAD:

La señora Presidente de la República afirma que estas normas se enmarcan dentro de una política de Estado que cumple lo dispuesto en el artículo 113 de la Constitución Política, el cual obliga a la Administración a establecer “*una política nacional de desarrollo*”. Asimismo, indica, estas normas serían respetuosas, también, de la atribución que se le entrega a los Ministerios por el artículo 22, inciso segundo, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, de “*proponer las políticas y planes correspondientes*”.

En seguida, la autoridad acota que, conforme a lo dispuesto por el D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, a este último le corresponde diseñar, definir e impulsar las políticas gubernamentales de salud, velar por su cumplimiento o ejecución y desarrollar las acciones necesarias para este objeto. Por consiguiente, dicha Secretaría de Estado, en cumplimiento de tales políticas, ha desarrollado diversas acciones que permiten dar cumplimiento a los objetivos sanitarios descritos en el apartado anterior, entre las que se cuenta la dictación de las normas nacionales sobre regulación de la fertilidad en cuestión.

Afirma luego la Primera Mandataria que las características de tales normas son: a) *"su singularidad"*, en el sentido de que *"se explica a sí misma, porque tiene principios, conceptos, etc. Asimismo, tiene un alto contenido técnico, pues describe tecnologías anticonceptivas, indicando las propiedades de los anticonceptivos, y sus métodos. Además, contiene información en los anexos, como los anticonceptivos hormonales disponibles en Chile"*; b) *"es una norma técnica"* que es dictada en razón de las funciones que se le asignan al Ministerio de Salud por los artículos 4°, N° 2, del D.F.L. N° 1, de 2005, del mismo Ministerio, y 25, letra e), del D.S. N° 136, de 2004, de la misma Cartera de Estado; c) *"se trata de una norma nacional"* y obligatoria para todos los integrantes del sector salud, esto es, para todas las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que realizan o contribuyen a la ejecución de las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma, según lo dispuesto en el artículo 2°, N° 2, del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud; y d) *"se trata de normas que tienen un sólido sustrato ético jurídico"*, atendido que el Ministerio de Salud, según indica la señora Presidente, para la definición de sus políticas de regulación de la fertilidad, reconoce que *"para lograr el*

óptimo estado de salud, las personas y parejas deben tener la posibilidad de reproducirse con riesgos mínimos, pudiendo regular su fertilidad, decidir libremente si tener o no hijos, cuántos y cuándo, y de disfrutar de una sexualidad placentera y segura". Siguiendo tales consideraciones, la autoridad dice que "los servicios de regulación de la fertilidad (...) están centrados en las personas y en sus derechos, más que en metas poblacionales o políticas".

A continuación el Ejecutivo hace presente que las consideraciones éticas que sustentan las normas aprobadas por la autoridad, sobre regulación de la fertilidad, se basan en principios de la bioética, entre los que destacan los siguientes: a) Principios de beneficencia y de no maleficencia en los que se funda la siguiente disposición del Decreto Supremo N° 48, impugnado: *"las actividades de Planificación Familiar tienen por objeto lograr una adecuada salud reproductiva integral, con la finalidad de reducir la mortalidad materna e infantil y el embarazo no planificado"*; b) Principio de equidad y justicia que busca corregir, según indica el Ejecutivo, *"la enorme inequidad existente en la distribución del riesgo reproductivo y de los embarazos no deseados. Este riesgo, comprobadamente, se concentra en las mujeres de los países menos desarrollados y en los grupos de población más pobres de cada país"*, según los datos que se describen en la misma presentación; c) Principio de autonomía y respeto por las personas, el cual supone, según indica la señora Presidente, *apoyar las decisiones libres de las personas con respecto a su sexualidad y reproducción, y que se "vincula a los derechos ciudadanos, y responde a una aspiración que se instala progresivamente en la población de nuestro país"*.

Por otra parte, se indica que las normas de que se trata reconocen y respetan la diversidad valórica de las personas, pues no plantean imponer un método anticonceptivo único, sino que

ponen a disposición de los ciudadanos diferentes alternativas de métodos anticonceptivos, *"desde aquellos consistentes en abstinencia periódica, mecanismos naturales de anticoncepción, hasta los de emergencia"*.

Otra característica de las normas nacionales en análisis que la Presidente de la República destaca, es que ellas establecen una diferenciación interna. Ello, según se aduce, por cuanto si bien son de carácter general, contienen un apartado específico dedicado a la anticoncepción en poblaciones determinadas: los adolescentes, las mujeres en el período post parto y las mujeres después de los 35 años de edad.

Se insiste, luego, en la idea de que estas normas no imponen una determinada conducta, sino que, por el contrario, existe voluntariedad. Y, en particular respecto de la anticoncepción de emergencia que se ha cuestionado por los requirentes, la autoridad pública indica que aquélla consiste en un método de urgencia y excepcional que utiliza píldoras de levonorgestrel solo o píldoras combinadas de etinil-estradiol y levonorgestrel, y que puede ser empleado por mujeres en los 5 días siguientes a una relación sexual sin protección anticonceptiva y su efectividad es mayor mientras antes se administre.

Sin embargo, insiste la Presidente, la anticoncepción de emergencia no sería un acto impositivo del Estado, atendido que: a) aquélla opera una vez que se ha realizado un coito no protegido, por eso se la denomina *"píldora del día después"*. Ante la consulta de los potenciales usuarios, el profesional debe verificar la fecha del coito para establecer si la mujer se encuentra dentro de los 5 días de plazo para su administración y, además, debe confirmar que la mujer no desea quedar embarazada y que comprende que existe la posibilidad de embarazo aún después de usar el método; b) en el contenido de las normas que la regulan no se expresa que el método puede ser impuesto por los

organismos de salud; sí se indica de diversas maneras el hecho de que el acceso al método es gratuito; c) la norma establece que la opción de usar el método *"es una decisión personal que sólo corresponde a la mujer que lo solicita"* y, además, prevé que sea una decisión informada por parte de un profesional responsable y que la consejería que se entregue, sobre todo a los adolescentes, considere la situación familiar, la relación de pareja y los aspectos culturales y religiosos.

La autoridad afirma que la norma que regula la entrega del anticonceptivo de emergencia no excluye a la familia, pero tampoco la condiciona a la aprobación de los padres en caso de adolescentes, ya que el Estado, dice la autoridad, *"no puede realizar una investigación sobre la buena o mala relación de los padres con sus hijos"*.

Finaliza esta parte de la presentación la señora Presidente de la República aludiendo a algunos datos estadísticos acerca de la población de usuarias de anticonceptivos, destacando que respecto de las que se atienden en el sistema público de salud: un 54% usa dispositivo intrauterino (DIU) -T de Cobre 380-; el 36% usa anticonceptivos orales combinados que contienen levonorgestrel y etinil-estradiol, mientras que un 7% usa otros métodos y las restantes usan métodos de barrera.

En el sector privado, dice la autoridad pública, *"de los 70 productos disponibles en Chile para la anticoncepción hormonal, los más vendidos en farmacias en el año 2003 fueron las pastillas anticonceptivas combinadas de uso regular (...) De éstas, 1.700.000 dosis mensuales fueron pastillas que contienen levonorgestrel, las que son de menor costo que las pastillas que contienen otros progestágenos. Otros hormonales disponibles son las píldoras de progestágeno solo e inyectables"*. Informa, por último, que no existen estadísticas sobre el número de inserciones de dispositivos intrauterinos aplicadas en este sector.

VI.3. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES REFERIDOS AL ASUNTO**CONTROVERTIDO:****1. Sentencia del Tribunal Constitucional (STC ROL 591, 11.01.2007):**

Recuerda la señora Presidente de la República que, en septiembre del año 2006, un grupo de parlamentarios impugnó ante esta Magistratura la constitucionalidad de la Resolución Exenta N° 584, de 1° de septiembre de 2006, del Ministerio de Salud, que aprobaba las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad".

A continuación indica que el Tribunal, "*sosteniendo la aplicación del principio de primacía de la realidad por sobre el nominalismo*", habría sostenido en su sentencia que la norma impugnada en esa oportunidad tenía las características propias de un decreto supremo, y fue declarada inconstitucional por no haber sido aprobada con las formalidades propias de esa clase de acto administrativo. Atendido dicho pronunciamiento, sostiene la misma Presidente, esta Magistratura se habría pronunciado en el sentido de que la aprobación de las mencionadas normas nacionales "*debía abordarse por un decreto supremo*", por lo que no sería procedente, a su juicio, que los diputados que ahora recurren en contra del Decreto N° 48, planteen, como causal de inconstitucionalidad del mismo, que éste aborda materias del dominio legal.

En concreto, la señora Presidente plantea que "*al ser la norma aprobada por el D.S. N° 48, la misma que aprobaba la Res. 584, la legitimidad de la norma impugnada esta vez no admite dudas. El Tribunal dijo que requería un decreto supremo objeto de*

toma de razón, y un decreto tomado razón se publicó". "Si el Tribunal Constitucional dijo que la norma era jurídicamente un decreto supremo, descartó el vicio consistente en incursionar en materias de ley. El Tribunal exigió un decreto, y no una resolución, ni una ley (c. 30 y 33, STC 591). Y se ha dictado, precisamente, un decreto."

2. **Sentencia de la Corte Suprema de**

28.11.2005:

El Ejecutivo plantea que uno de los argumentos que los requirentes esgrimen para fundar la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, se basa en que la Corte Suprema, con fecha 30 de agosto del año 2001, en la causa sobre recurso de protección Rol 2186-2001, declaró que el Levonorgestrel 0.75 mg. -presente en el producto denominado "Postinal"- constituye una amenaza al derecho a la vida del concebido y no nacido, por lo que existiría un precedente judicial en la materia de que tratan estos autos constitucionales.

Sin embargo, agrega la misma autoridad, esa parte habría omitido referirse a la existencia de una sentencia posterior y contradictoria de la misma Corte, de fecha 25 de noviembre del año 2005. En este último fallo, dictado en recursos de casación deducidos en contra de la sentencia de segunda instancia emitida por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el juicio de nulidad de derecho público iniciado por demanda del Centro Juvenil AGES en contra del registro sanitario que aprobó el Instituto de Salud Pública respecto del producto denominado "Postinor-2" (que también contiene Levonorgestrel 0.75 mg.), seguido ante el 20° Juzgado Civil de Santiago, la Corte Suprema sostuvo que "al no

estar demostrado que la píldora fuera abortiva, no se transgrede la norma que obliga a proteger la vida del que está por nacer”.

Se agrega que tampoco los actores se han referido en su requerimiento al hecho de que 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 sólo para un acto concreto; no tenía efectos generales; se refería a una píldora, no a todas ellas*”.

Por lo anterior, razona la Presidente de la República, la sentencia dictada por la Corte Suprema el 30 de agosto de 2001, contrariamente al deseo de los parlamentarios requirentes, no podría ser considerada un precedente ni para la autoridad administrativa ni para los órganos de control de constitucionalidad, por los efectos particulares que aquélla tiene.

VI.4. CUESTIONES DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO PLANTEADAS POR EL EJECUTIVO:

Según indica la señora Presidente de la República, estas cuestiones previas “apuntan a destacar que el alegato de los requirentes busca que el Tribunal exceda sus atribuciones constitucionales”.

1. SE IMPUGNA UNA CUESTIÓN DE HECHO AJENA A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

Señala la autoridad pública que, en la medida que los requirentes afirman que el uso tanto de la "píldora del día siguiente", denominada Postinor-2, como del Dispositivo Intrauterino (DIU) produce efectos que alteran las funciones del endometrio impidiendo la anidación de los embriones, resulta claro que éstos someten al conocimiento de este Tribunal Constitucional cuestiones de hecho que, como tales, deben probarse.

Hace hincapié, en seguida, en que el control abstracto de constitucionalidad que le corresponde ejercer a esta Magistratura, actuando en ejercicio de las atribuciones que le confiere el N° 16 del artículo 93 de la Constitución, se ha de realizar con prescindencia de la aplicación de las normas a casos concretos o particulares. Por su propia naturaleza, agrega la Presidente, esta forma de control tiene como límite los hechos, y así lo ha resuelto el propio Tribunal en sus sentencias roles 450, de 2 de agosto de 2005, y 465, de 30 de marzo de 2006.

2. **LA OPORTUNIDAD PARA EVALUAR SI UN MEDICAMENTO PUEDE AFECTAR LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS SE PRESENTA CUANDO AQUEL SE REGISTRA:**

La señora Presidente de la República observa que sería el Registro Sanitario que tiene a su cargo el Instituto de Salud Pública y no el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, que se intenta impugnar en la especie, el que permite la distribución y el consumo de los métodos de anticoncepción en el país. El acto administrativo impugnado, agrega, sólo establece una modalidad de distribución: su disponibilidad gratuita para un

segmento de la población. Por consiguiente, a su entender, es en la etapa de registro del respectivo fármaco la oportunidad en la que correspondería analizar lo que alegan los requirentes.

Luego denuncia que, en el fondo, los actores han intentado dar "*un uso instrumental*" a la acción de inconstitucionalidad prevista en el N° 16 del artículo 93 de la Constitución, toda vez que "*con el pretexto de impugnar el decreto supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, lo que en realidad pretenden es abrir una nueva oportunidad procesal para reclamar en contra de la autorización sanitaria de la anticoncepción de emergencia*".

Se informa, a mayor abundamiento, que desde el año 2001 hasta la fecha el Instituto de Salud Pública ya ha otorgado 5 registros sanitarios para distintas variedades de "*píldoras del día después*", y que 3 de ellos están vigentes (Levonorgestrel Comprimidos 0,75 mg., Glanique Comprimidos 0,75 mg. y Tace Comprimidos Recubiertos 0,75 mg., conforme consta en antecedentes acompañados a los autos por el Instituto de Salud Pública), toda vez que en el caso de la píldora denominada como "*Postinal*", su registro fue cancelado en cumplimiento de la sentencia de la Corte Suprema, dictada el 30 de agosto de 2001, en el recurso de protección Rol 2186-01, y en el caso de la llamada "*Postinor- 2*" su registro fue cancelado a solicitud del titular (se encuentra acompañada en autos, por el Instituto de Salud Pública, en cumplimiento de una medida para mejor resolver decretada por el Tribunal, copia de la Resolución N° 002546, de 30 de marzo de 2006, a que se refiere el Ejecutivo). Es respecto de esta última píldora que se presentó demanda de nulidad de derecho público, en cuyo proceso la Corte Suprema, por sentencia de fecha 28 de noviembre de 2005, rechazó los recursos de casación en la forma y en el fondo presentados por la parte demandante, ratificándose la juridicidad declarada por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto de la Resolución N° 7224, de 24 de agosto de 2001, del

mismo servicio aludido, que autorizaba la distribución del fármaco.

Se hace presente, también, que la última "píldora del día después" obtuvo su registro en agosto del año 2006, y la que adquirió el Estado para su distribución, obtuvo su registro en el año 2001.

Lo anterior importa, dice la autoridad pública, porque la Constitución en el artículo 93, N° 16, establece que los requerimientos que se fundan en él deben presentarse al Tribunal Constitucional "*dentro de los 30 días siguientes a la publicación o notificación del acto impugnado*", plazo éste que, claramente, estaba vencido a la fecha del requerimiento deducido en estos autos.

En suma, la señora Presidente de la República plantea que esta Magistratura Constitucional debiese rechazar la acción de inconstitucionalidad deducida en la especie, absteniéndose de resolver el fondo del asunto, atendido que lo que se impugna del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, es la orden que da a los profesionales del sistema público de salud para aconsejar a los adolescentes acerca del uso de un determinado fármaco y la orden de distribuir gratuitamente el mismo producto, cuya circulación se encuentra autorizada a esta fecha por la autoridad competente, a través de actos que ya no pueden ser impugnados en esta sede constitucional. De otro modo, si se acogiera el requerimiento, dice el Ejecutivo, los métodos de anticoncepción objetados en estos autos seguirían vigentes, toda vez que no son las normas que el decreto impugnado contiene los preceptos que los autorizan.

3. **SE HA SOLICITADO AL TRIBUNAL
EFECTUAR JUICIOS DE MÉRITO:**

Según expresa el Ejecutivo, el requerimiento persigue que este Tribunal Constitucional se involucre en la oportunidad y en la conveniencia de determinadas medidas administrativas adoptadas por la autoridad legalmente competente, esto es, que analice el mérito del decreto reglamentario que contiene tales disposiciones, sin que tenga competencia para ello.

Se hace notar que las cuestiones de mérito planteadas en el requerimiento serían las siguientes: las afirmaciones sobre una presunta obligación que pesaría sobre la Administración en orden a omitir una determinada regulación; las afirmaciones en las que se sostiene que la autoridad ha actuado sin fundamento en su decisión; y las afirmaciones que tienen que ver con el riesgo que involucra la decisión de la Administración de distribuir ciertos medicamentos. En este último aspecto, se manifiesta que, en opinión del organismo público competente en la materia, la distribución del fármaco conocido como "*píldora del día después*" acarrearía una serie de beneficios relacionados con la disminución de embarazos no deseados, particularmente entre adolescentes de los sectores más vulnerables de la sociedad. Ante tales beneficios, la eventual existencia de una duda acerca de los efectos de la misma píldora no obligaría al Ejecutivo a abstenerse de disponer su distribución en el sistema público de salud.

Por último, la Presidente de la República hace presente que en la sentencia de 11 de enero de 2007, recaída en los autos Rol N° 591, esta misma Magistratura señaló que no le es posible hacer evaluaciones de mérito.

VI.5. OBSERVACIONES EN CUANTO AL FONDO DEL REQUERIMIENTO:

1. **EN CUANTO A LA EVENTUAL VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA**

VIDA:

La señora Presidente expone, en primer término, que los estudios científicos que han examinado los mecanismos de acción de la contracepción de emergencia se han concentrado en su acción sobre la ovulación, sobre la fertilización y sobre la implantación, mas no sobre su acción después de la implantación.

Añade que el debate central entre los científicos se presenta respecto a la duda de si la "píldora del día después" afecta o no la implantación del embrión. Dicha controversia científica se ha dado, indica, porque una serie de investigaciones han encontrado efectos sobre la estructura y/o función del endometrio y otros, en cambio, no los han hallado.

Menciona también que la comunidad científica está conteste en el hecho de que no hay técnicas que permitan comprobar la existencia de un embarazo antes de la implantación. Cita, en este aspecto, al doctor Fernando Zegers, quien ha afirmado que *"con el conocimiento científico y tecnológico actual, no existe manera de reconocer marcadores químicos en la sangre de la mujer que identifiquen la presencia del embrión mientras éste viaja por la trompa de Falopio o navega en el fluido uterino"*. Por su parte, el doctor Enrique Oyarzún señala que *"no existe hasta hoy un método que permita diagnosticar un embarazo antes de la implantación"*.

Como otro antecedente de interés en la materia, el Ejecutivo observa que la definición de embarazo que entrega la Organización Mundial de la Salud (OMS) sería reflejo de la mencionada realidad, pues aquél se entiende como el período comprendido entre la anidación del embrión en el útero y el parto. Lo anterior es relevante, dice la autoridad pública, considerando que la prueba del aborto supone la comprobación de un embarazo.

Continúa el Ejecutivo haciendo presente que la doctrina penal más autorizada, entre la que destaca la mayoría de la doctrina española, sostiene que el bien jurídico protegido por el delito de aborto sólo existiría desde la anidación del óvulo fecundado, porque antes no se podría saber si hay embarazo o no. Así, por ejemplo, Politof, Matus y Ramírez sostienen que la tutela penal *"no comienza todavía con la fecundación [...]"* y que el *"sujeto pasivo del delito [de aborto] es el embrión o feto anidado en el vientre materno, desde su fijación en el endometrio hasta su expulsión del útero"*. En el mismo sentido, se cita al profesor Mario Garrido Montt, quien ha manifestado que *"la doctrina en la actualidad, mayoritariamente, se inclina por determinar que la protección penal procede desde la anidación del óvulo fecundado..."*. De esta manera, estima la señora Presidente, no sería jurídicamente acertado atribuir efectos abortivos a un fármaco que, reconocidamente, no tiene efectos después de la implantación.

Se refiere más adelante, la misma autoridad, a la protección del que está por nacer, expresando que un parámetro útil para definir desde cuándo se asegura tal protección es el momento de la implantación. La técnica actual, reitera, sólo permite corroborar la existencia de un ser en gestación a partir de ella -la implantación- y eso justificaría, a su juicio, iniciar en ese momento su protección constitucional.

Por otro lado, el Ejecutivo observa que existen antecedentes científicos que llevarían a sostener que el embrión antes de la anidación en el endometrio tiene una alta probabilidad de sufrir alteraciones que pueden hacer imposible la expresión de su individualidad, elemento éste que, según señala, sería esencial para protegerlo. Esto lleva a concluir a la autoridad que la definición de una protección del embrión más allá del límite de

la implantación sería una cuestión que se ha dejado al legislador.

A continuación, haciendo alusión a la Convención Americana de Derechos Humanos, la señora Presidente de la República indica que la Comisión Interamericana, refiriéndose al artículo 4.1. del Tratado, en su Resolución N° 23/81, caso 2141, Estados Unidos de América, de 6 de marzo de 1981, señaló que es equivocada una interpretación de la Convención en el sentido de que otorga una protección absoluta a la vida desde la concepción.

Alude la misma autoridad pública, también, a la Convención sobre los Derechos del Niño, planteando que ésta tampoco sería útil para resolver el problema de cuándo comienza a otorgar su protección al derecho a la vida. Así, señala, en su artículo 1° dicho tratado internacional establece: *"Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"*. En su criterio, continúa, dicha Convención tiene por objetivo definir *"hasta cuándo"* y no *"desde cuándo"* se reconocen derechos a sujetos en cuanto niños.

El Ejecutivo entra a analizar, posteriormente, lo que dispone la Constitución vigente en nuestro país en la materia en discusión.

Primero la señora Presidente de la República sostiene que, en relación al derecho a la vida, el artículo 19, N° 1°, de la Ley Fundamental otorga una protección diferenciada en el inciso primero y en el inciso segundo. Mientras el inciso primero reconoce un derecho subjetivo a la vida a las personas nacidas, el inciso segundo establece como deber del legislador el de protección de la vida del que está por nacer. Una interpretación que entienda que el inciso primero otorga una protección idéntica a nacidos y no nacidos, a juicio de la misma autoridad pública,

llevaría a considerar que el inciso segundo del aludido precepto constitucional sería irrelevante, pues del inciso primero ya se derivaría una protección de la vida de nacidos y no nacidos. Afirma, además, que la Constitución no dice que la vida comienza desde la concepción. Tampoco lo descarta, pero deja eso entregado al legislador.

Luego la Primera Mandataria recuerda que en la discusión del texto del mencionado artículo 19, N° 1°, verificada en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, la indicación del comisionado Jaime Guzmán en cuanto a que debía entenderse que esta norma condenaba el aborto, sólo fue acogida por don Alejandro Silva Bascuñán. Recoge, luego, la siguiente intervención del Presidente de la Comisión, don Enrique Ortúzar Escobar: *"...en resumen, entiende que se ha querido hacer una diferencia entre el precepto que consagra el derecho a la vida y la disposición que entrega al legislador el deber de proteger la vida del que está por nacer. Agrega que, en el primer caso, se trata de consagrar en forma absoluta el derecho a la vida y, en el segundo, se desea dejar una cierta elasticidad para que el legislador, en determinados casos, como, por ejemplo, el aborto terapéutico, no considere constitutivo de delito el hecho del aborto"* .

Puntualiza, por otra parte, la misma autoridad, que la Constitución acepta, aunque no expresamente, la configuración legal de las formas de protección del derecho a la vida consagrado en el inciso primero del artículo 19, N° 1°. Cita como ejemplo instituciones del derecho penal como es el caso de la legítima defensa, en que se exceptúa la protección absoluta de la vida de un ser humano nacido. En cambio, sigue, el inciso segundo del mismo precepto constitucional convoca expresamente la regulación legal. Afirma el Ejecutivo que, si se acepta la

configuración legal del derecho a la vida respecto del inciso primero, con mayor razón debe aceptarse respecto de este último.

Señala, asimismo, que la protección del que está por nacer la realiza el legislador y que el asunto es relevante porque, precisamente, ha sido la ley la que ha atribuido al Instituto de Salud Pública, a través de su estatuto orgánico, el deber de considerar la protección de la vida de los no nacidos al momento de analizar si otorgará el registro a un determinado fármaco.

Frente al argumento esgrimido por los Diputados requirentes en cuanto a que la Corte Suprema, en sentencia de 30 de agosto de 2001, habría declarado no sólo a una píldora con nombre de fantasía "Postinal", sino que al Levonorgestrel 0.75 mg. como una amenaza para el derecho a la vida del concebido y no nacido, la señora Presidente insiste en hacer valer la existencia de una sentencia posterior del mismo Máximo Tribunal, de fecha 28 de noviembre de 2005, en virtud de la cual se declaró la legitimidad del fármaco "Postinor-2" que contiene el mencionado compuesto químico. Ello le sirve a la autoridad para concluir que la cuestión relativa a determinar los efectos que produce el Levonorgestrel "no se encuentra absolutamente zanjada o discernida", ni desde la perspectiva científica ni desde el punto de vista jurídico.

2. **EN CUANTO A LA EVENTUAL VULNERACIÓN DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY QUE LOS ACTORES TAMBIÉN DENUNCIAN EN SU REQUERIMIENTO CONTRARIO AL ACTO ADMINISTRATIVO DICTADO POR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA EN LA ESPECIE:**

La señora Presidente de la República afirma, en lo esencial, que la sentencia de protección dictada por la Corte Suprema que los requirentes citan en apoyo de su presentación -la dictada en el año 2001-, sólo tendría efectos para el caso concreto en que se pronunció, y también, agrega, sólo respecto del fármaco objeto de la respectiva controversia: "*Postinal*".

Insiste la autoridad pública, por otra parte, en que existiría otro medicamento de similares características al anteriormente citado, que ha sido declarado por los mismos tribunales de justicia (sentencia de la Corte Suprema del año 2005) como no atentatorio del ordenamiento jurídico -"*Postinor-2*"-, lo que reafirmaría la particularidad de la sentencia de la Corte Suprema primeramente aludida.

Destaca el Ejecutivo que precisamente por la relatividad del asunto, no se podría sostener, como lo plantean los actores, que las sentencias obliguen a las demás instituciones del Estado, ni siquiera a los mismos tribunales que las dictaron, ni menos servir de base al argumento de que se viola la igualdad ante la ley por el hecho de disponer que se distribuya gratuitamente un fármaco a un segmento de la población.

Finaliza la autoridad presidencial señalando que los actores sostienen que se ha violado la igualdad ante la ley al dictarse un decreto supremo reglamentario que sería contradictorio con una sentencia judicial ejecutoriada que protegería ciertos embriones, mientras que a otros se les dejaría en la indefensión. Al respecto indica que la resolución que se solicita a este Tribunal Constitucional provocaría los mismos efectos de desigualdad, no obstante, en este caso, vulnerando un nuevo criterio de la igualdad. Más concretamente, de acogerse la pretensión un grupo de personas -las que se atienden en el sistema público de salud-, según la opinión del Ejecutivo, se verá impedido de acceder a ciertos medicamentos, mientras que otro grupo de personas podrá

seguir adquiriendo los mismos fármacos en las farmacias del país, situación ésta que sí generaría una desigualdad ilegítima, a su juicio.

3. **RESPECTO DEL CAPÍTULO DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO EN EL REQUERIMIENTO DE AUTOS, REFERIDO A LA EVENTUAL VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 19, N° 10, INCISO TERCERO DE LA CARTA FUNDAMENTAL:**

La señora Presidente de la República expresa que el impugnado D.S. N° 48, de 2007, es "*sensible*" al carácter central que tiene la familia y también al rol que les corresponde asumir a los padres en la crianza y en la formación de los hijos.

En el mismo sentido, manifiesta que las "*Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad*" que el mencionado acto administrativo reglamentario aprueba, están dirigidas a los profesionales y al personal del Sistema Nacional de Servicios de Salud y, por lo tanto, no imponen deberes ni prohibiciones a los padres.

Reitera, en seguida, que dichas normas le presentan al profesional el uso de la anticoncepción de emergencia como una opción que está obligado a informar a los destinatarios, pero que en ningún caso le confieren a aquél la autoridad para imponerla a un menor de edad que, según sus convicciones religiosas o morales, recibidas primordialmente de sus padres, se rehúse a utilizarla.

Indica, más adelante, que las mismas normas generales tienen como función principal asegurar la confidencialidad de la relación médico-paciente, la cual obedece a fundamentos que la

potestad reglamentaria, en general, no puede ignorar, y que el decreto que se impugna, en particular, respeta plenamente.

Entiende la autoridad que, en el orden constitucional, los niños y los adolescentes son titulares de un derecho a la vida privada, en los términos previstos en el artículo 19, N° 4, de la Carta Fundamental, que ampara, entre otros bienes jurídicos, la confidencialidad entre el médico y el paciente.

En el mismo sentido, expone que la Carta Fundamental reconoce una titularidad amplia en materia de derechos constitucionales y que los niños son, en consecuencia, titulares, entre otros, de los derechos a la privacidad, de libertad de conciencia y a la salud, consagrados en la Constitución.

A lo anterior debe sumarse, según indica el Ejecutivo, la Convención sobre los Derechos del Niño, la que supone un cambio completo en el tratamiento de la situación de los niños y los adolescentes. Ella determinó, según se indica, que ya no se los considerase como objeto de protección por parte del Estado y de la sociedad, sino como sujetos de derechos originarios. Conforme a lo anterior, el artículo 5° de dicha Convención reconocería la autonomía progresiva de los adolescentes para el ejercicio de sus derechos fundamentales.

En segundo lugar, la autoridad pública destaca que los adolescentes, al igual que toda persona, tienen derecho a la protección de la ley contra injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, y contra los ataques ilegales a su honra y su reputación, todo ello en conformidad con el artículo 16 del Tratado.

En tercer término, y de acuerdo al artículo 24 de la misma Convención, la señora Presidente señala que el adolescente dispone, por sí mismo, del derecho a una salud sexual y reproductiva. Como sujeto de derecho, dice, aquél es el titular de su derecho a la salud y, por lo tanto, el ejercicio de éste no

puede ser reemplazado por la voluntad de los padres, los que sí pueden y deben orientar a sus hijos.

En cuarto lugar, el Ejecutivo plantea que el artículo 14 de la aludida Convención se encarga de consagrar la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de los adolescentes. Indica que es el adolescente quien ejerce este derecho. Los padres pueden guiarlo, pero de una manera que se corresponda con la evolución de sus facultades.

Luego, la autoridad presidencial afirma que las normas que se objetan por los requirentes son extremadamente cuidadosas en resguardar la libertad de los adolescentes para actuar de acuerdo a los dictámenes de su propia conciencia.

Concluye, la señora Presidente de la República, aseverando que las Normas sobre Regulación de la Fertilidad asumen que lo pertinente en el caso es el derecho de los adolescentes a ejercer libremente sus garantías fundamentales de autodeterminación.

VII. **TRASLADO EVACUADO POR LOS DIPUTADOS REQUIERENTES EN RELACIÓN CON LAS CUESTIONES DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO FORMULADAS POR EL EJECUTIVO:**

Evacuando el traslado conferido por resolución de diecisiete de abril de dos mil siete -fojas 239-, mediante escrito de fecha 11 de mayo de 2007 -fojas 613 a 629- los Diputados requirentes contradicen lo expuesto por el Ejecutivo, indicando, en primer lugar, que no han formulado una cuestión de hecho que deba ser acreditada por ellos en el proceso. Afirman que pesa sobre la autoridad pública y no sobre esa parte acreditar ante el Órgano de Control Constitucional del acto administrativo que se impugna, que los métodos cuya distribución gratuita por los servicios

públicos de salud se autoriza, no son potencialmente abortivos, es decir, contrarios a la protección del derecho a la vida constitucionalmente reconocido a toda persona, incluido el concebido y no nacido.

Manifiestan los actores también que su requerimiento se ampara en una cuestión indiscutida en nuestro marco constitucional, a saber: que la valoración de la vida humana posee idéntica protección tanto antes como después del nacimiento; más aún, desde la óptica constitucional, dicen, el amparo de la vida se encuentra reconocido desde el instante de la concepción.

En suma, los señores Diputados peticionarios aducen que a esa parte sólo le corresponde impugnar ante esta Magistratura Constitucional que es la autoridad la que no ha acreditado en las normas generales que ha dictado en la materia de que se trata, que los métodos anticonceptivos individualizados en el requerimiento carecen de efectos abortivos y, por ende, que no son contrarios a la Carta Fundamental.

Respecto de la segunda cuestión de previo y especial pronunciamiento que se formula por la señora Presidente de la República en autos, los requirentes critican que ella tienda a limitar la facultad jurisdiccional de esta Magistratura para controlar la corrección jurídica formal y material de un acto administrativo. Recuerdan, en esta parte, lo que expusieron en el requerimiento, en cuanto a que el organismo técnico llamado a practicar el registro sanitario de la llamada "*píldora del día después*" -Instituto de Salud Pública- ha tenido una actitud vacilante y contradictoria en el tiempo.

En relación con la tercera cuestión previa planteada por el Ejecutivo, los requirentes dicen que constituiría un error pensar que la acción de autos persigue obtener un juicio de mérito de parte del Tribunal Constitucional, aclarando que lo que se

solicita a esta Magistratura es que efectúe un contraste de la información científica disponible en la materia para determinar, en consecuencia, si los métodos de anticoncepción que concretamente se impugnan se avienen o no con el modo como nuestro ordenamiento constitucional ampara, protege y promueve el derecho a la vida del concebido y no nacido.

Por último y con el objeto de controvertir los fundamentos en que se apoya la señora Presidente de la República para avalar su actuación en la materia, los requirentes han pedido, además, al Tribunal considerar, particularmente, el informe acompañado a los autos, elaborado por el médico ginecólogo y fundador del Centro de Bioética de la Universidad de Chile, señor Patricio Mena González.

VII. **OBSERVACIONES AL REQUERIMIENTO FORMULADAS POR EL SEÑOR CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA:**

Mediante el Oficio N° 16.601, de 16 de abril de 2007 -fojas 226 a 238-, el señor Contralor General de la República reitera lo expuesto en su Oficio N° 53.137, de 2006, emitido a propósito de la acción de inconstitucionalidad interpuesta ante esta misma Magistratura en el Rol 591-07. Lo anterior, por cuanto el requerimiento de la especie está referido a las mismas materias que fueron objeto de observaciones en dicho documento.

Así, en cuanto a la eventual vulneración del derecho a la vida que provocarían las normas administrativas cuestionadas en esta oportunidad, se hace notar que la Contraloría no tiene competencia para pronunciarse sobre los eventuales efectos nocivos que puedan producir a la salud los métodos anticonceptivos individualizados en el requerimiento. Sólo le corresponde velar por que la autoridad cumpla el procedimiento

regulado en la ley al proceder al registro de los medicamentos y eso, en la especie, ha ocurrido y, como consecuencia, ha procedido a tomar razón del decreto supremo del Ministerio de Salud de que se trata.

Agrega que "la circunstancia de que el organismo al cual el ordenamiento jurídico concedió la potestad para ponderar los eventuales efectos nocivos de un fármaco haya resuelto favorablemente el registro sanitario de determinados productos farmacéuticos, luego de la evaluación de los antecedentes científicos tenidos a la vista, obliga a entender que aquellos no afectan la vida del que está por nacer pues, de otro modo, y por mandato expreso de la normativa que rige tal trámite, se encontraba en la obligación de denegar la respectiva solicitud de registro".

Se refiere, por último, el señor Contralor General, al efecto relativo del fallo de la Corte Suprema que ha sido citado reiteradamente en autos, de fecha 28 de noviembre de 2005.

En cuanto concierne a la eventual vulneración de la igualdad ante la ley, el Organismo Contralor señala que los métodos de anticoncepción que se cuestionan en la especie no se ven afectados por el fallo de la Corte Suprema del año 2001, que invocan los requirentes, por lo que aquéllos pudieron legalmente ser registrados por el Instituto de Salud Pública, y mientras ello no se altere, pueden ser distribuidos.

Por último, en cuanto al derecho preferente de los padres para educar a sus hijos, el Contralor General de la República estima que a través de las normas administrativas que se impugnan en este requerimiento, no se violenta tal garantía, toda vez que la orientación y atención se entrega al adolescente por iniciativa propia y no por la del personal de salud. Agrega que la circunstancia de que el ordenamiento constitucional haya otorgado a los padres el derecho de que se trata no implica que

tal prerrogativa sea exclusiva de aquéllos y, en consecuencia, excluyente de las funciones que competen al Estado en materia de educación, ya sea de orden general o, como en la especie, en aspectos vinculados a la salud.

Por otra parte, también expresa el Organismo de Control Administrativo que, conforme a lo dispuesto en el N° 9 del artículo 19 de la Constitución, corresponde al Estado el deber de asegurar a todas las personas, incluidas las menores de edad, el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, entre las que corresponde considerar aquellas relacionadas con el control de la fertilidad.

En otro orden de consideraciones, se expresa que el Ministerio de Salud es competente para dictar normas relativas a la regulación de la fertilidad, por tratarse éste de un tema de salud pública. Por consiguiente, lo que hace en este caso la autoridad es establecer la forma de prestar los servicios sanitarios de consejería, orientación y control de la fertilidad que los mismos adolescentes, por iniciativa propia, han requerido y que el Estado, en virtud del imperativo constitucional antes referido, no puede negar.

VII. CONSIDERACIONES PLANTEADAS POR LOS REQUERENTES EN RELACIÓN CON LAS OBSERVACIONES FORMULADAS POR EL SEÑOR CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA:

En el primer otrosí del escrito de fojas 613, los requirentes pidieron a esta Magistratura tener presente que "con relación al informe presentado por el Señor Contralor general (sic) de la República en el que se limita, sin innovar, en la materia a reproducir el informe evacuado con ocasión del Rol 591;

sólo me limitaré a comentar que debe tratarse sólo de un error lamentable que siga sosteniendo que la materia debe ser contenida en una Resolución Exenta materia que entendíamos la propia Contraloría acató al tomar razón del decreto Supremos (sic) 48, esta vez impugnado en esta causa”.

VII. IMPLICANCIA DE MINISTROS DEL TRIBUNAL:

Consta en autos -fojas 747 y 748- que con fecha veintiocho de agosto de dos mil siete, el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto planteó que: “en la causa caratulada “Centro Juvenil AGES con Instituto de Salud Pública”, nulidad de derecho público, incoada hace algunos años ante el 20° Juzgado Civil de Santiago, firmó, junto con otros profesores, un informe en derecho que lleva por título “El derecho a la vida y su titularidad. Algunas consideraciones a propósito de la comercialización de la droga levonorgestrel 0.75.”. Expresó, además, que, “aunque personalmente considera que no le afecta la causal de implicancia contenida en el artículo 19, inciso primero, de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, para intervenir en los autos Rol N° 740, sobre requerimiento de inconstitucionalidad en contra del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, somete, en todo caso, la cuestión a la decisión del Tribunal”.

A su vez, el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán hizo presente que, “tal como lo manifestó en su oportunidad en relación con la causa “Centro Juvenil AGES con Instituto de Salud Pública”, sobre nulidad de derecho público de la autorización del Instituto de Salud Pública para la venta y distribución de la droga Levonorgestrel 0.75 en la forma que en ella se indica, sustanciada ante el 20° Juzgado Civil de Santiago, suscribió, igualmente, en el año 2003, junto a otros profesores, el informe

en derecho denominado "El derecho a la vida y su titularidad. Algunas consideraciones a propósito de la comercialización de la droga levonorgestrel 0.75.", antes mencionado. Por este motivo, estima que se encontraría sujeto a la causal de implicancia contenida en el artículo 19, inciso primero, de la Ley N° 17.997 y, en consecuencia, inhabilitado para conocer de este asunto. Situación que, en conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del precepto legal antes citado, somete a consideración del Tribunal para su resolución".

En la misma oportunidad, el Ministro señor Francisco Fernández Fredes planteó que "... a su juicio, los Ministros señores Bertelsen y Navarro se encuentran comprendidos en la hipótesis de implicancia indicada en el artículo 19, inciso primero, de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, consistente en "haber emitido opinión con publicidad o dictamen sobre el asunto concreto actualmente sometido a conocimiento del Tribunal" por cuanto ambos son suscriptores "del informe en derecho indicado por los Ministros Bertelsen y Navarro. En atención a lo anterior promueve cuestión de implicancia de los aludidos Ministros para entrar a conocer de esta causa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19, inciso tercero de la Ley N° 17.997, antes mencionada".

Por resolución de fecha veintiocho de agosto de dos mil siete -fojas 749- esta Magistratura Constitucional aceptó la implicancia para entrar a conocer de esta causa, planteada por el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán, teniendo especialmente presente lo expuesto por él y lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 19 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Rechazó, en tanto, la implicancia del Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, por considerar que a su respecto no se encuentra configurada la causal de implicancia invocada.

La implicancia del Ministro señor Enrique Navarro Beltrán fue acordada con el voto en contra de los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Mario Fernández Baeza y Marcelo Venegas Palacios, quienes estuvieron por rechazarla "por estimar que no se cumplen a su respecto los requisitos de la causal prevista en el artículo 19, inciso primero, de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, pues el dictamen invocado fue emitido con a lo menos tres años de anterioridad al inicio de la presente causa y versa sobre un asunto concreto que dice relación con la nulidad de derecho público de una autorización sanitaria, materia completamente distinta a la debatida en estos autos que consiste en la declaración de inconstitucionalidad de normas determinadas del Decreto Supremo N° 48 de 2007 del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de 3 de febrero del presente año, que se impugnan por los requirentes".

Por su parte, el rechazo de la implicancia planteada por el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto fue acordado con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes, quienes estuvieron por acogerla "por considerar que en el dictamen aludido se contienen opiniones sobre todos los problemas que deben resolverse en el requerimiento sujeto actualmente a la decisión del Tribunal".

Los Ministros señores Mario Fernández Baeza y Marcelo Venegas Palacios previnieron que "concurren al rechazo de la implicancia del Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto por los mismos fundamentos por los cuales votaron en contra de aquella promovida por el Ministro señor Navarro".

VII. ANTECEDENTES SOLICITADOS POR EL TRIBUNAL A LAS PARTES

DEL PROCESO:

Por resolución de fecha siete de septiembre de dos mil siete -fojas 754-, el Tribunal fijó un plazo de 30 días para que las partes pudieran acompañar a los autos "*informes de expertos en que se indique con claridad y precisión los efectos que, de acuerdo a la ciencia que profesan, producen los métodos comprendidos en las normas del Decreto Supremo N° 48 del Ministerio de Salud*".

Consta en autos que ni los requirentes ni los órganos constitucionales interesados -partes en el proceso- hicieron uso del referido plazo a los efectos previstos en la misma resolución.

VII. ANTECEDENTES TENIDOS A LA VISTA POR EL TRIBUNAL:

X.1. ANTECEDENTES ACOMPAÑADOS POR LOS REQUIRENTES:

Esta Magistratura tuvo por acompañados a estos autos, por la parte requirente, los siguientes antecedentes:

1. **Por resolución de fojas 73**, se tuvo por acompañados los siguientes documentos indicados en el primer otrosí del requerimiento de fojas 1 -incorporados al cuaderno separado, Custodia N° 21/07, según resolución de fojas 59-:
 - Copia del Diario Oficial N° 38.680, de 3 de febrero de 2007, en la que se encuentra inserto el Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud, que se impugna en autos;
 - Copia de las "*Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad*" que fija, aprueba y hace suyo el acto administrativo impugnado; y

- Copia de la Resolución Exenta N° 2546, de 30 de marzo de 2006, del Instituto de Salud Pública, que dispone la cancelación del registro sanitario N° F-8527/01, correspondiente al producto farmacéutico POSTINOR-2 COMPRIMIDOS 0,75 mg., concedido a Grünenthal Chilena Ltda.

2. **Por resolución de fojas 751**, el Tribunal acogió la solicitud de los requirentes -fojas 279- de tener por acompañados en estos autos los informes elaborados por los señores José Joaquín Ugarte Godoy y Fernando Orrego Vicuña, que aparecen acompañados en el expediente de esta Magistratura Rol 591-07, referido al requerimiento de inconstitucionalidad formulado por un grupo de Diputados en contra de la Resolución Exenta N° 584, de 2006, del Ministerio de Salud, que aprobaba y contenía las mismas normas nacionales que aprueba el decreto supremo que se impugna en estos autos.

El contenido de estos informes es el siguiente:

1. Informe elaborado por el profesor titular de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile, don José Joaquín Ugarte Godoy, titulado: *"Informe en Derecho sobre la inconstitucionalidad de la Resolución Exenta n° 584 del Ministerio de Salud, de 1-IX-2006, que da normas sobre la regulación de la fertilidad y autoriza la distribución a menores de la llamada píldora del día después por los servicios de Salud; y sobre la admisibilidad del requerimiento de inconstitucionalidad que ha formulado contra dicha resolución un grupo de diputados"* -fojas 425 a 498 de los autos Rol N° 591-2006-:

En este estudio, el autor analiza los siguientes aspectos: la competencia del Tribunal Constitucional para conocer del

requerimiento y la protección constitucional y legal del concebido. Concluye, en síntesis, que el Tribunal Constitucional tiene competencia para conocer del requerimiento, no obstante que el acto administrativo impugnado aparezca como una simple resolución ministerial, por cuanto por su naturaleza objetiva es en verdad un reglamento supremo. Por otra parte, el autor considera que tal acto administrativo es inconstitucional, por una parte, por quebrantar el derecho a la vida del concebido, desde que la "llamada píldora del día después" cuya distribución dispone, puede resultar abortiva por su efecto anti anidatorio y, por otra parte, atendido que atropella el derecho preferente de los padres a la educación de los hijos;

2. Informe elaborado por don Fernando Orrego Vicuña, profesor titular de Fisiología de la Universidad de Chile y profesor titular y ex - Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes, de fecha 26 de octubre de 2006, titulado: *"Informe Médico - Biológico sobre la "Píldora del Día Después"* -fojas 399 a 400 de los autos Rol N° 591-2006-.

En este documento su autor expresa: *"el LNG usado en altas dosis en la contracepción "de emergencia", es capaz de impedir en un alto porcentaje los nacimientos esperados. Ello ocurre, dependiendo del momento del ciclo menstrual femenino, o por una acción anticonceptiva (cuando la administración es, al menos, un día antes de la ovulación), o por una acción abortiva, la cual, en una población de mujeres, siempre es de una magnitud importante. Los mecanismos por los cuales ocurre esta acción abortiva son conocidos"*.

3. **A fojas 751**, el Tribunal tuvo por acompañado informe del Dr. Patricio Mena González, ginecólogo, fechado el 8 de abril de 2007, titulado *"Análisis y Comentarios a las Normas Nacionales de Regulación de la Fertilidad para ser*

presentadas (sic) al Tribunal Constitucional de la República de Chile” - fojas 619 a 629-.

El autor del informe señala que: “A. Los contraceptivos hormonales, dependiendo de su composición química, dosis, momento y modalidad de administración, impiden la ovulación en porcentajes variables. En ningún caso esta inhibición es 100%. A pesar de ello, se expenden con la denominación “Anovulatorios”. Cuando hay ovulación, el efecto bloqueador de los contraceptivos hormonales sobre el moco debe ser superado por las hormonas propias del proceso ovulatorio, las que garantizarían la penetración espermática al interior del útero permitiendo la fertilización del óvulo, a condición de que el coito ocurra próximo al momento de la ovulación. 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). B. El DIU no impide la ovulación, su efecto inflamatorio es particularmente poderoso sobre el endometrio el que se hace inhóspito para el blastocisto, pero no es suficientemente inhóspito para impedir la penetración espermática al interior del útero y las trompas”. En seguida, el autor se refiere a “Definición de gestación y de aborto y cambios en estas definiciones para lograr imponer los contraceptivos modernos en los lugares en donde no se acepta el aborto”.

Finaliza su informe con un acápite de comentarios, en el cual se refiere a los siguientes tópicos: “A. Contrastes entre las evidencias de mecanismos abortivos de acción (según la definición científica de gestación) y los mecanismos de acción de los “anticonceptivos” según las Normas nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”: En esta materia, el autor critica, entre otros aspectos, que las normas impugnadas no haga referencia a los efectos eventualmente abortivos que podrían

generar los mecanismos de anticoncepción de emergencia y el DIU, que se autorizan por ellas. "B. *Uso de definiciones de contracepción y aborto.*": Hace presente el autor que: "El análisis de la literatura científica respecto del mecanismo de acción de los "anticonceptivos" hormonales combinados o puros y del dispositivo intrauterino (DIU) nos deja en evidencia una contradicción entre esa información científica y las aseveraciones de las "Normas" (carecen de bibliografía de referencia)". Luego concluye que "si se define embarazo como el proceso que se inicia con la implantación del embrión en el endometrio entonces se puede decir que no se ha abortado el embarazo. Pero, igualmente, no se puede decir que no se ha abortado al embrión en su etapa de pre-implantación. Sabemos por las definiciones científicas de los embriólogos que a partir de la fecundación, lo que sucede 7 días antes de la implantación, ya existe vida humana. Luego, si se destruye esta vida humana, se ha abortado esa vida humana en desarrollo inicial. Por consiguiente, creemos que las "Normas" violan los preceptos de la Constitución de la República".

4. **A fojas 751**, el Tribunal tuvo por acompañado informe preparado por don José Antonio Arraztoa Valdivieso (Jefe del Servicio Departamento de Obstetricia y Ginecología de la Universidad de los Andes) y por doña Maritza Busquets Calvanese (Profesora de la Facultad de Medicina de la Universidad de los Andes), de fecha 17 de mayo de 2007, titulado "Mecanismo de Acción de Dispositivos Intrauterinos Activos y Medicados" - fojas 682 a 689-.

En escrito de fojas 681, los requirentes piden al Tribunal tener especialmente presente que en dicho informe los autores abordan los posibles mecanismos de acción del DIU, a través de

evidencia experimental o directa y, a través de evidencia clínica o indirecta. Destacan, entre las conclusiones del informe, las siguientes: "1.- Con estos datos no podemos saber en qué medida la acción sobre los espermatozoides contribuye a la efectividad del método, ya que es posible también una acción directa en el ovocito mismo o en las primeras etapas embrionarias, en la trompa, que daría también cuenta de la reducción en el número de embriones hallados en las trompas de usuarias del DIU. 2.- Los análisis del efecto del DIU medicado sobre el endometrio ofrecen una explicación biológica plausible a plantear un efecto antiimplantatorio del DIU. 3.- Los análisis del efecto del DIU activo ofrecen una explicación biológica plausible al efecto letal del ambiente endometrial y tubario sobre el embrión".

5. **A fojas 826 vuelta**, el Tribunal tuvo por acompañados los siguientes documentos:

- 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-. Los requirentes destacan lo que se indica en el punto 2 del documento: "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..."; y
- Fotocopia de la indicación del fabricante del químico de fantasía Post Day (Levonorgestrel 0,75 mg.), sin registro sanitario -fojas 827-. Destacan los requirentes que bajo el título "Farmacología Clínica", en el documento se lee: "Además, puede inhibir la implantación (alterando el endometrio)".

6. **A fojas 833 vuelta**, el Tribunal tuvo por acompañados a estos autos los siguientes informes, los que, en cumplimiento de la resolución de fojas 836, han sido incorporados a un cuaderno separado:

- de la Pontificia Universidad Católica de Chile, titulado *"Informe para el Tribunal Constitucional sobre los aspectos científicos y éticos del uso del Levonorgestrel como Anticonceptivo de Emergencia"*.

Este estudio, que consta de 25 páginas, aparece suscrito por don Carlos Williamson Benaprés, Rector (S) de dicha Casa de Estudios Superiores, y por los siguientes profesores: Dr. Gonzalo Grebe Barros (Decano de la Facultad de Medicina), Dr. Ignacio Sánchez Díaz (Director de la Escuela de Medicina), Dr. Enrique Oyarzún Ebensperger (Profesor y Director del Departamento de Obstetricia y Ginecología), Dra. Paulina Tabeada Rodríguez (Directora del Centro de Bioética), Dr. Claudio Barros Rodríguez (Profesor Titular de Embriología), Dr. Manuel Santos Alcántara (Profesor Titular de Genética), Dr. Ricardo Moreno Mauro (Profesor de Embriología), Dr. Mauricio Besio Rollero (Profesor de Obstetricia y Ginecología y de Bioética) y Dr. Patricio Ventura-Juncá Tobar (Profesor Titular de Pediatría y Bioética). En su texto se indica que: *"La rectoría de la Universidad convocó a un grupo de médicos, biólogos y juristas de reconocida competencia para evaluar las afirmaciones científicas, de salud pública y las implicaciones éticas y jurídicas que se derivan de las disposiciones de dicho decreto (se refiere al DS N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud) en relación al LNG AE"* (Levonorgestrel Anticoncepción de Emergencia).

En él se analizan los siguientes temas: a) Finalidad de la anticoncepción de emergencia; b) Requisitos para la aprobación de un fármaco. El caso del Levonorgestrel anticonceptivo de emergencia -LNG AE-; c) Mecanismos de acción del LNG AE y sus efectos sobre la ovulación, sobre los espermatozoides, sobre la implantación (dando cuenta de las investigaciones existentes en la materia: estudios en animales, estudios sobre los efectos en el endometrio, estudios in vitro y estudios pilotos en humanos; la evidencia epidemiológica directa); d) Consideraciones éticas y principios bioéticos involucrados (principio del respeto a la vida; principio del respeto por las personas imposibilitadas de ejercer su autonomía; derecho a una información veraz y completa); y e) Aspectos de Salud Pública: el efecto de la distribución facilitada de los anticonceptivos de emergencia y, específicamente, del Levonorgestrel en las tasas de embarazos no deseados y aborto, y la efectividad del mismo Levonorgestrel como anticonceptivo de emergencia; y

- del Centro de Estudios para el Derecho y la Ética Aplicada (CEDAP-UC) de la Pontificia Universidad Católica de Chile, titulado *"La duda razonable en la prohibición del Levonorgestrel 0,75 mg. Análisis lógico y jurídico"*.

Dicho estudio, que consta de 65 páginas, fechado el 27 de noviembre de 2007, aparece suscrito por el director del centro de estudios, señor Raúl Madrid Ramírez, y por los investigadores señores Marco Antonio Navarro Galaz y Álvaro Ferrer Del Valle.

En el apartado de conclusiones dichos autores señalan: *"si se permite el fármaco en discusión (Levonorgestrel 0.75 mg.) en base al mal argumento relativo a la duda científica presente, se está, quiéralo o no, infringiendo principios de derecho que, a estos efectos, influyen en forma vinculante en nuestro*

ordenamiento jurídico vigente. En efecto, la "duda científica" debe necesariamente ser resuelta a favor del embrión humano aplicando la normativa vigente". Agregan que, a su entender, si se permite la distribución del mencionado fármaco se estaría confirmando un riesgo para la vida del *nasciturus*, lo que es contrario a la normativa vigente y aplicable en la materia. Textualmente indican, en este aspecto, que: "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".

X.2. OTROS ANTECEDENTES ACOMPAÑADOS:

Diversas personas, entre ellas varios Diputados y organizaciones representativas de distintos sectores del quehacer nacional, han hecho presentaciones al Tribunal en apoyo o en contra del requerimiento deducido en autos.

Sin otorgarles la calidad de partes legitimadas en este requerimiento, esta Magistratura decidió, sin embargo, agregar al expediente los antecedentes o, en su caso, tener presentes las argumentaciones hechas valer.

El listado de las presentaciones es el siguiente:

Personas que han hecho presentaciones a favor del requerimiento:

1. **A fojas 753** el Tribunal proveyó "a sus antecedentes" la presentación de fojas 630 a 643, titulada "*Carta de Apoyo al requerimiento para que se declare la inconstitucionalidad de todo o parte del Decreto Supremo dictado por la señora Presidenta Michelle Bachelet*", de los señores Salvador Salazar de Sollano y Benjamín Ulloa Gamboa, Presidente y Secretario Ejecutivo de MuéveteChile, respectivamente;

2. **A fojas 753** el Tribunal proveyó "a sus antecedentes" la presentación de fojas 644, de la señora Ismini Anastassiou M., en representación de la Red por la Vida y la Familia, a la que se anexan 20 cartas firmadas por organizaciones que integran dicha red -fojas 645 a 653- y se acompañan los siguientes informes:
 - "*Consideraciones técnicas y bioéticas sobre anticoncepción de emergencia mediante el uso de Levonorgestrel 0,75 mg.*" -fojas 654 a 661-;
 - "*El DIU también es abortivo*" -fojas 662 a 665-; y
 - "*Vademécum de la Muerte. Estudio Farmacológico de la Fundación "25 de Marzo"*" -fojas 666 a 673-.

3. **A fojas 817 vuelta** el Tribunal proveyó "agréguese a los autos" a la presentación de 21 de noviembre de 2007 del señor Francisco Bustos, por la Fundación Instituto de Estudios Evangélicos, a la que se acompaña "*el documento de Amici Curiae preparado a solicitud de la Fundación de Estudios*

Evangélicos por los profesores de Derecho Constitucional señores don Alejandro Silva Bascuñán y don Francisco Cumplido Cereceda” titulado *“Opinión de los profesores don Alejandro Silva Bascuñán y don Francisco Cumplido Cereceda respecto del requerimiento formulado ante el Tribunal Constitucional contra el Decreto Supremo N° 48 de 2007, del Ministerio de Salud, sobre “Normas nacionales sobre regulación de la fertilidad. Por qué es inconstitucional el Decreto Supremo N° 48...”* -fojas 817 a 825-.

4. **A fojas 830 vuelta** el Tribunal proveyó “a sus antecedentes” la presentación del profesor de Derecho Constitucional, señor Patricio Zapata Larraín -fojas 830-, el cual, en ejercicio del derecho de petición consagrado en el numeral 14 del artículo 19 de la Constitución, pide recibir y considerar el estudio de su autoría titulado *“Derecho a la Vida y Reserva de Ley. Observaciones sobre la Inconstitucionalidad sustantiva del Decreto Supremo 48, del Ministerio de Salud, de 3 de Febrero de 2007”* -incorporado al cuaderno separado formado en cumplimiento de la resolución de fojas 836-.

5. **A fojas 832 vuelta** el Tribunal proveyó “a sus antecedentes” el escrito de 28 de noviembre de 2007 -fojas 832- de don Jorge Plaza de los Reyes Zapata, Rector (S), por la Universidad Católica de la Santísima Concepción, por el que acompaña *“informe de amicus curie”*, preparado por los profesores de la misma Casa de Estudios Superiores, señores Dr. Juan Francisco Stecher M. (Instituto Superior de Bioética), Dr. Augusto Rivera J. (Facultad de Medicina) y

abogado Dr. Max Silva A. (Instituto Superior de Ciencias de la Familia y Facultad de Derecho), titulado "*Informe sobre la llamada anticoncepción de emergencia*" -incorporado al cuaderno separado formado en cumplimiento de la resolución de fojas 836-.

6. **A fojas 895 vuelta** el Tribunal proveyó "a sus antecedentes" la presentación del señor Alejandro Goic Karmelic, Obispo de Rancagua, Presidente de la Conferencia Episcopal de Chile y en representación de la misma -fojas 894 y 895-. En calidad de *Amici Curiae* del Tribunal acompaña a dicho escrito los siguientes documentos, agregados en cuaderno separado en cumplimiento de la resolución de fojas 893:

- Informe solicitado por la Conferencia Episcopal de Chile a la Pontificia Universidad Católica de Chile, emitido en el mes de octubre del año 2006;
- Edición Especial N° 3 de la publicación oficial del Arzobispado de Santiago, titulada "*Por la Vida y la Familia*", distribuida en la Arquidiócesis de Santiago y en la mayoría de las otras diócesis del país de forma gratuita, y en el que se consigna una síntesis de las conclusiones planteadas en el informe recién referido; y
- Declaración del Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile, de fecha 6 de enero de 2007, titulada "*Acoger y Promover la Vida*", de la cual, además, se dio a conocer una versión de prensa, la que también se acompaña.

Personas que han hecho presentaciones en contra del requerimiento:

1. **A fojas 750** el Tribunal proveyó "a todo, téngase presente" en relación con las siete presentaciones siguientes:

- la de fojas 244 a 278 vuelta: 260 personas que se califican como usuarias de métodos anticonceptivos, con domicilio en el Estudio Etcheverry/Rodríguez, patrocinadas por los abogados del mismo estudio señores Marcelo Castillo S. y Álvaro Villa V. (este último renuncia a patrocinio a fs. 803);
- la de fojas 542 a 553 vuelta: 20 personas que se califican como usuarias de métodos anticonceptivos, con domicilio en el Estudio Etcheverry/Rodríguez, patrocinadas por los abogados del mismo estudio señores Marcelo Castillo S. y Álvaro Villa V. (este último renuncia a patrocinio a fs. 803);
- la de fojas 554 a 566: 2 personas que se califican como usuarias de métodos anticonceptivos, con domicilio en el Estudio Etcheverry/Rodríguez, patrocinadas por los abogados del mismo estudio señores Marcelo Castillo S. y Álvaro Villa V. (este último renuncia a patrocinio a fs. 803);
- la de fojas 567 a 576 vuelta: 10 personas que se califican como usuarias de métodos anticonceptivos, con domicilio en el Estudio Etcheverry/Rodríguez, patrocinadas por los abogados del mismo estudio señores Marcelo Castillo S. y Álvaro Villa V. (este último renuncia a patrocinio a fs. 803);
- la de fojas 577 a 586 vuelta: 9 personas que se califican como usuarias de métodos anticonceptivos, con domicilio en el Estudio Etcheverry/Rodríguez, patrocinadas por los abogados del mismo estudio señores Marcelo Castillo

S. y Álvaro Villa V. (este último renuncia a patrocinio a fs. 803);

- la de fojas 587 a 596 vuelta: 10 personas que se califican como usuarias de métodos anticonceptivos, con domicilio en el Estudio Etcheverry/Rodríguez, patrocinadas por los abogados del mismo estudio señores Marcelo Castillo S. y Álvaro Villa V. (este último renuncia a patrocinio a fs. 803); y
- la de fojas 597 a 611 vuelta: 47 personas que se califican como usuarias de métodos anticonceptivos, con domicilio en el Estudio Etcheverry/Rodríguez, patrocinadas por los abogados del mismo estudio señores Marcelo Castillo S. y Álvaro Villa V. (este último renuncia a patrocinio a fs. 803).

En todos los escritos antes anotados, se formulan referencias acerca de los antecedentes que habrían motivado a la autoridad pública a implementar políticas de planificación familiar, entre los que se mencionan: la tasa de mortalidad materna existente históricamente en Chile y el número de embarazos no deseados o no planificados que se producen también en nuestro país. Se aborda, asimismo, el uso de anticoncepción y las consecuencias que, a su juicio, traería su eliminación conforme lo han solicitado los requirentes en estos autos. Otro aspecto a que se refieren estas presentaciones dice relación con la eventual incompetencia que, a su entender, afectaría a este Tribunal Constitucional para conocer las materias que son objeto del requerimiento, atendidas las consideraciones que señalan (el precedente constitucional o actos propios; la cosa juzgada, y la discrecionalidad técnica).

2. **A fojas 752** el Tribunal provee "a todo téngase presente" respecto de la presentación del señor Horacio Croxatto Avonni, por sí y en representación del Instituto Chileno de Medicina Reproductiva -ICMER-, patrocinado por los abogados Jesús Vicent V. y Álvaro Villa V. (este último renuncia a patrocinio a fs. 803) -fojas 280 a 455-.

En la presentación, el señor Croxatto hace presente a esta Magistratura, por una parte, que la documentación que se incluyó en el requerimiento respecto del mecanismo de acción de la llamada "píldora del día después", *"se limita a unos pocos trabajos de los muchos publicados hasta el año 2000. Desconoce todos los trabajos sobre mecanismo de acción publicados con posterioridad, los que precisan el mecanismo de acción del levonorgestrel usado como anticoncepción de emergencia"*. Da cuenta, además, de que hoy existiría evidencia que permitiría controvertir la afirmación según la cual el levonorgestrel impide el embarazo por un mecanismo que impide la implantación. Cita a los efectos los experimentos desarrollados en dos especies animales: la rata y el mono Capuchino.

Expone también el señor Croxatto que, a su juicio, contendría un error la afirmación que se hace en el requerimiento en cuanto a que el uso del dispositivo intrauterino (DIU) corresponde a una de las posibilidades de la llamada anticoncepción con progestágeno solo. Indica que el DIU más usado en Chile es la T Cobre 380, y que la T con levonorgestrel sólo está disponible en el sector privado. Agrega que *"las sustancias activas liberadas desde los DIU junto con productos derivados de la reacción inflamatoria presente en los fluidos luminales del tracto genital son tóxicos para los espermatozoides y los ovocitos, lo que previene un encuentro de gametos sanos y la formación de embriones viables. Los datos actuales indican que los embriones no se forman en usuarias de DIU en una tasa*

comparable con las de las no usuarias. La creencia común de que el mecanismo de acción usual de los DIU en la mujer es la destrucción de los embriones en el útero, no está sustentada por evidencia empírica”.

Refutando lo expresado por los requirentes en estos autos, en cuanto a que el mecanismo de acción de los métodos impugnados sería idéntico, en el sentido de que ambos producirían una alteración endometrial que actúa impidiendo la anidación del individuo ya concebido, el señor Croxatto añade que *“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”.* En seguida, en opinión del mismo profesional, *“si ya ha ocurrido la fecundación cuando la mujer toma la píldora, tiene no más de un 50% de probabilidades de embarazarse, ya que el 50% de los cigotos se pierde espontáneamente. Si el cigoto es normal y viable, la píldora no impedirá ni alterará su desarrollo, pues la sustancia que contiene es una progestina sintética y las progestinas favorecen el embarazo. Esto explica por qué el método es poco eficaz para prevenir el embarazo cuando se usa tardíamente”.*

El mismo facultativo califica de falsa la afirmación contenida en el requerimiento (página 4 del escrito de “cumple lo ordenado”) en cuanto a que existirían datos reconocidos por la ciencia que habrían sido ocultados por la autoridad pública al dictar las normas nacionales que se impugnan. Señala a esos efectos que *“los científicos que investigan el mecanismo de acción de los métodos anticonceptivos no apoyan la tesis sostenida por los autores del escrito”* (requirentes) 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". Por su parte, dice el doctor Croxatto, *"la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), en sus recomendaciones éticas, dice sobre la anticoncepción de emergencia: "La profesión médica debería abogar por una política que posibilite el acceso fácil y continuo a toda mujer a la anticoncepción de emergencia".*

Intenta demostrar, asimismo, el facultativo, que las Normas Nacionales que aprueba el acto administrativo impugnado, contrariamente a lo que señalan los Diputados requirentes, sí incluirían una clara descripción acerca del mecanismo de acción de todos los métodos de anticoncepción a los que se refiere, esto es, tanto respecto de la anticoncepción hormonal de emergencia como respecto de los dispositivos intrauterinos con cobre y con levonorgestrel.

En cuanto al argumento esgrimido por los peticionarios de estos autos, de que dichas normas nacionales atentarían contra el derecho de los padres y madres a educar a sus hijos, el mismo señor Croxatto indica que a su juicio, aquellas disposiciones *"lo que hacen es proteger el derecho de todas las personas a la confidencialidad y a recibir la atención de salud requerida, sin discriminación"*. En este mismo sentido, aduce: *"la obligación de "confidencialidad" pesa sobre el personal de salud a quien consulta la interesada, pero no sobre esta última, quien sigue gozando de plena libertad para comentarle a cualquier persona sobre su tema"*.

Se acompañaron a esta presentación los siguientes documentos:

- *“Nociones básicas sobre la generación de un nuevo individuo y sobre la píldora anticonceptiva de emergencia”*, suscrito por el Dr. Horacio Croxatto A., la Prof. María Elena Ortiz S. y la Dra. Soledad Díaz F., del Instituto de Medicina Reproductiva -fojas 358 a 385-;
 - Fotocopias de publicaciones científicas que se refieren al mecanismo de acción de la anticoncepción de emergencia - fojas 386 a 455-;
 - Copia de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 10 de diciembre de 2004, en los autos Rol 4.200-03 (D-6955-04) acumulado, caratulados *“AGES contra Instituto de Salud Pública”* -fojas 345 a 352-;
 - Copia de la sentencia dictada por la Corte Suprema, de fecha 28 de noviembre de 2005 -Rol 1039-2005-, en la misma causa referida precedentemente -fojas 322 a 344-; y
 - Copia de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 10 de noviembre de 2006, en recurso de protección interpuesto por el Presidente de la Corporación Municipal de Educación y Salud de La Florida, Rol 4693-2006 - fojas 315 a 321-;
3. **A fojas 752** el Tribunal proveyó *“a todo téngase presente”* respecto de la presentación de fojas 457, por la cual un grupo de 49 Diputados que la suscriben, patrocinados por la abogada señora Lidia Casas Becerra, pidió a esta Magistratura tener presente algunas consideraciones que sirven para fundar el rechazo de la acción de inconstitucionalidad deducida en la especie.

La nómina de Diputados que suscribieron la presentación es la siguiente: señores Enrique Accorsi Opazo, Sergio Aguiló Melo, René Alinco Bustos, señora Isabel Allende Bussi, señores Gabriel

Ascencio Mansilla, Juan Bustos Ramírez, Guillermo Ceroni Fuentes, Alfonso De Urresti Longton, Marcelo Díaz Díaz, Francisco Encina Moramiez, Marco Enríquez-Ominami Gumucio, Álvaro Escobar Rufatt, Marcos Espinosa Monardes, Fidel Espinoza Sandoval, Ramón Farías Ponce, Guido Girardi Briere, Rodrigo González Torres, Patricio Hales Dib, Jorge Insunza de Las Heras, Enrique Jaramillo Becker, Carlos Jarpa Wevar, Tucapel Jiménez Fuentes, Antonio Leal Labrín, Pablo Lorenzini Basso, Fernando Meza Moncada, Manuel Monsalve Benavides, Carlos Montes Cisternas, señora Adriana Muñoz D'Albora, señor Marco Antonio Núñez Lozano, señora Clemira Pacheco Rivas, señor Iván Paredes Fierro, señora Denise Pascal Allende, señores José Pérez Arriagada, Jaime Quintana Leal, Alberto Robles Pantoja, Fulvio Rossi Ciocca, Jorge Sabag Villalobos, Gabriel Silber Romo, señora Laura Soto González, señores Raúl Súnico Galdames, Jorge Tarud Daccarett, señora Carolina Tohá Morales, señores Eugenio Tuma Zedán, Patricio Vallespín López, Samuel Venegas Rubio, Osvaldo Palma Flores, Germán Becker Alvear, señoras Carla Rubilar Barahona y Ximena Valcarce Becerra.

En primer término expresan que, a su entender, *"aceptar que se deba revisar lo que ya resuelto (sic) por otro poder del Estado, y además de intervenir en cuestiones técnicas cuya legalidad ha sido revisada tanto por la Contraloría General de la República y los Tribunales (ordinarios de justicia), es vulnerar el espíritu de la reforma al Tribunal Constitucional, y a juicio de estos Diputados, es transformar a este órgano del Estado en una "cuarta instancia", no teniendo facultades para ello"*.

Por otra parte, hacen hincapié en cuanto a que los mecanismos de regulación de la fertilidad han sido utilizados en nuestro país como parte de una política y de acciones de salud desde el gobierno del Presidente Eduardo Frei Montalva, y que algunos de los métodos cuestionados en la especie, como los

dispositivos intrauterinos, en sus primeras versiones, surgieron como *"un avance de la ciencia y del trabajo de médicos y científicos chilenos..."*. Puntualizan, además, que *"en más de 40 años de la historia de Chile y con gobiernos de diversas inspiraciones políticas nunca se había cuestionado el deber del Estado de asegurar que las personas puedan regular su fecundidad a través de métodos de elección personal que sean respetuosos de sus convicciones religiosas, filosóficas y éticas"*. Luego, se proporcionan argumentaciones que sirvan a los efectos de apoyar la afirmación según la cual, la anticoncepción de emergencia, los dispositivos intrauterinos (T de Cobre y los de levonorgestrel) y las pastillas combinadas han sido aprobados conforme a los procedimientos aplicables al órgano técnico competente en la materia.

En seguida, estos mismos Diputados manifiestan que, a su juicio, la interpretación de los requirentes no se ajustaría a las reglas de interpretación de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, *"ni a las obligaciones internacionales que Chile ha suscrito sobre la materia"*, entre las cuales se encuentra el garantizar *"la entrega de todos los métodos anticonceptivos para asegurar la salud de la población"*. Señalan, asimismo, que en materia de derechos humanos -en el marco de la libertad de pensamiento y conciencia que reconocen el N° 6 del artículo 19 de la Constitución y los tratados internacionales suscritos por nuestro país (vg., Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer)-, al igual que los privados, el Estado debe abstenerse de imponer pautas valóricas que nieguen los derechos de las personas y su posibilidad de elegir libremente los medios para regular su fecundidad.

Se refieren también los Diputados que suscriben la presentación en comentario al derecho a la anticoncepción en el

Derecho Comparado, citando a los efectos, las siguientes sentencias: la del Juez Mr. Munby en el High Court of Justice Queens Bench Division Administrative Court en la causa "Smeaton v Secretary of State for Health", de 18 de abril de 2002, que decidió no anular un acto administrativo que aprobaba la prescripción, venta y uso de la anticoncepción de emergencia, atendido que: *"398. Las decisiones sobre cuestiones tan privadas e íntimas como usar o no métodos anticonceptivos, son claramente materias que deben ser dejadas a la elección individual (...) y no puedo dejar pasar que las elecciones en materia de anticoncepción (son) parte de la "vida familiar privada" protegida por el artículo 8 de la Convención (Europea de Derechos Humanos) -la cita se extrae del escrito de los Diputados -fojas 470-; y la del Tribunal Constitucional de Perú, "Susana Chávez Alvarado y otras", Exp. N° 7435-2006-PC/TC, de 13 de noviembre de 2006, en la que, refiriéndose a la provisión de anticoncepción de emergencia en los establecimientos de salud a cargo del Estado, se señaló que: "el Ministerio de Salud debe poner la información sobre el AOE (anticonceptivo oral de emergencia) al alcance de los ciudadanos al igual que la información relativa a otros métodos anticonceptivos". Destacan los Diputados lo expuesto en el mismo fallo por el Magistrado Mesías Ramírez, reforzando y complementando lo resuelto, desde la perspectiva de los derechos fundamentales: "... no encuentro razonable que si el AOE se vende libremente en las farmacias, el Estado se niegue a entregarlas en las dependencias estatales, a las mujeres de toda condición social, económica y cultural, previa información en el marco de las políticas nacionales de salud y de planificación familiar. Más aún cuando existe normatividad vigente que obliga a ello".* Hacen presente los Diputados que, de la misma manera, la Corte Suprema de México habría rechazado la impugnación planteada en contra de la actualización de las "Normas Oficiales Mexicanas de

los Servicios de Planificación Familiar”, dictadas en el mes de enero del año 2004.

En cuanto concierne al derecho de los adolescentes a contar con servicios de salud sexual y reproductiva, los Diputados manifiestan en su presentación, en síntesis, que *“las políticas y programas de planificación familiar se han implementado para toda la población en edad fértil sin distinción de sexo, ni edad, pues a la base se encuentra el derecho a la salud de la población”*. Luego indican que el derecho a educar a los hijos no sería vulnerado por las normas que se impugnan en los autos, atendido que lo que éstas disponen mira al resguardo del derecho a la salud que le corresponde al adolescente, como a cualquier otro individuo. Añaden que *“en materia de atención en salud, el análisis no puede focalizarse en los intereses de los padres o del Estado, sino cuál es su requerimiento, necesidades y voluntad del o de la joven que requiere atención en salud”*. *“Estimamos que los adolescentes deben contar con herramientas adecuadas para adoptar decisiones responsables, lo cual implica acceso a información y servicios de salud”*, y para apoyar lo expuesto, los Diputados se refieren, además, a la *“autonomía progresiva”* que habría sido reconocida como principio por la legislación y la jurisprudencia comparada, incluso antes de la vigencia de la Convención de los Derechos del Niño.

4. **A fojas 752** el Tribunal proveyó *“a todo téngase presente”* respecto de la presentación de fojas 481 por la cual un grupo de 30 Diputados que la suscriben, patrocinados por la abogada señora Lidia Casas Becerra, pidieron a esta Magistratura tener presente diversas consideraciones *“en relación con las implicancias”* que a su juicio, afectarían a dos Ministros de esta Magistratura en la materia *sub lite*, y acompañan los siguientes antecedentes:

- Copia de un escrito presentado por la parte demandante en el juicio de nulidad de derecho público caratulado "Centro Juvenil AGES con Instituto de Salud Pública", Rol 5839-02, del 20° Juzgado Civil de Santiago -fojas 494 y 494 vuelta-; y
- Copia de informe en derecho acompañado a la presentación señalada precedentemente, titulado "*El Derecho a la Vida y su Titularidad. Algunas Consideraciones a propósito de la Comercialización de la Droga Levonorgestrel 0.75*", suscrito por los profesores señores Alejandro Silva Bascuñán, Francisco Cumplido Cereceda, Raúl Bertelsen Repetto, Eduardo Soto Kloss, Sergio Carrasco Delgado, Hernán Molina Guaita, Alan Bronfman Vargas, José Ignacio Martínez Estay, Miguel Ángel Fernández, Mauricio Viñuela Hojas, señora Ángela Vivanco Martínez y señores Ramiro Mendoza Zúñiga, Enrique Navarro Beltrán, Arturo Fermandois V., Patricio Zapata Larraín y Julio Lavín Valdés -fojas 495 a 499 vuelta-.

La nómina de Diputados que suscribieron la presentación en comento está integrada por los señores Eugenio Tuma Zedán, José Pérez Arriagada, Guido Girardi Briere, señora Denise Pascal Allende, señor Marco Antonio Núñez Lozano, señora Isabel Allende Bussi, señores Fulvio Rossi Ciocca, Enrique Jaramillo Becker, Gabriel Ascencio Mansilla, Raúl Súnico Galdames, Jaime Quintana Leal, Francisco Encina Moramiez, Marcos Espinosa Monardes, Marco Enríquez-Ominami Gumucio, Enrique Accorsi Opazo, Ramón Farías Ponce, Alberto Robles Pantoja, Álvaro Escobar Rufatt, señoras Adriana Muñoz D'Albora, Carolina Tohá Morales, señores René Alinco Bustos, Sergio Aguiló Melo, Carlos Montes Cisternas, Osvaldo Palma Flores, Fernando Meza Moncada, Patricio Vallespín López, Felipe Espinoza Sandoval, Jorge Sabag Villalobos, Alejandro Sule Fernández y Gabriel Silber Romo.

5. **A fojas 752** el Tribunal proveyó "a todo téngase presente" respecto del escrito de fojas 503 a 541, suscrito por don Guillermo Galán Ch. y doña Mercedes Taborga M., como Presidente y Tesorera de la Asociación Chilena de Protección a la Familia -APROFA-, respectivamente, patrocinados por el abogado Samuel Buzeta P., mismo que a fojas 808 delegó el poder para actuar en estos autos en la abogada señora Lidia Casas Becerra.

En dicha presentación, luego de hacer referencia a los objetivos y labor realizada por la institución, particularmente en la fase de elaboración de las normas que se impugnan en estos autos, se pide a esta Magistratura tener presentes diversas consideraciones *"al momento de fallar el presente requerimiento, para sí rechazarlo en su totalidad, debido a las graves consecuencias que se derivarían en la salud pública de nuestro país, afectando directamente la salud de las mujeres en edad fértil, si éste fuera acogido"*. Señalan los peticionarios que su intención es demostrarle al Tribunal la importancia que tiene en Chile el denominado Dispositivo Intrauterino (DIU) como método de planificación familiar.

Se indica, en primer lugar, que dicho dispositivo *"es un método anticonceptivo reversible, seguro y efectivo. Los DIU son pequeños dispositivos flexibles hechos de metal o de plástico; pueden ser inertes o pueden liberar cobre u hormonas"*. También se refieren a la duración, efectividad, costo y uso del DIU en nuestro país.

Continúan refiriéndose al mecanismo de acción de estos dispositivos señalando en síntesis que *"cualquier tipo de DIU impide el embarazo mediante una combinación de mecanismos como los que a continuación se nombran: -inhibición de la migración de los espermatozoides en la parte alta del tracto genital femenino; - inhibición del transporte del óvulo; e -inhibición de la*

fertilización". "El DIU que libera levonorgestrel, además de lo anterior, provoca cambios en la cantidad y en la viscosidad del moco cervical, inhibiendo así la penetración de los espermatozoides".

Concluye la presentación sosteniendo que declarar inconstitucional la norma que se cuestiona en la especie, implicaría, a juicio de sus autores, *"dejar en la práctica a la población usuaria sin métodos anticonceptivos. Lo cual a la larga produciría una mayor prevalencia de embarazos no deseados y por consiguiente aumentaría la muerte de las mujeres por complicaciones en abortos clandestinos"*. Se observa, además, que de acogerse el requerimiento, se pondría en riesgo a las adolescentes de escasos recursos que no tienen acceso a métodos de anticoncepción fuera del sistema público de salud, lo que generaría una desigualdad con respecto a aquéllas que sí pueden adquirirlos en las farmacias o en el sistema privado de salud.

6. **A fojas 752** el Tribunal proveyó *"a todo téngase presente"* el escrito de fojas 690, mediante el cual la señora Cecilia Sepúlveda Carvajal, Decana de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, en su representación, patrocinada por el abogado Luis Guajardo Guerrero, pide a esta Magistratura tener por acompañado a los autos documento fechado en abril de 2007, denominado *"Posición de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile frente a las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, ante la presentación al Tribunal Constitucional de un requerimiento de inconstitucionalidad contra el Decreto Supremo que las aprueba"*- fojas 697 a 746-.

En dicho informe se señala, en síntesis, que en el requerimiento de estos autos se contendría un cuestionamiento

hacia la política de anticoncepción que implicaría promover un retroceso de la misma. Además, en concepto de los autores del informe, el hecho de que los requirentes intenten impedir que los adolescentes más vulnerables del país puedan acceder a consejería profesional y a medios preventivos de la fertilidad sin restricciones, no sería coherente con nuestra realidad sociocultural y sanitaria, ni con la búsqueda de una mayor equidad.

Los mismos autores indican en el "Resumen Ejecutivo" del informe que: *"Aun cuando la fundamentación de nuestra posición, desde la perspectiva de la Salud Pública, está por sobre la discusión de si la Anticoncepción de Emergencia es o no Abortiva, señalamos que la evidencia disponible demuestra que este método anticonceptivo (se refiere a los impugnados) no es Abortivo, ya que no actúa sobre el huevo fecundado sino antes de que ocurra la fecundación. La documentación adjunta incluye los resultados de estudios publicados hasta Enero de 2007"*.

Por su parte, en razón de lo expresado en el informe que acompaña, la autoridad universitaria afirma en su escrito que: *"no hay afectación por el uso de los citados métodos anticonceptivos al "supuestamente" concebido y no nacido, toda vez que su uso sólo 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 2°, 6, 7, 19 número 1 y 19 N° 26 de la Constitución Política como señala el requirente"*. Agrega, luego, referencias a los fallos dictados sobre materias relacionadas con este requerimiento, en la causa sobre nulidad de derecho público caratulada "AGES contra Instituto de Salud Pública", tanto por la Corte de Apelaciones de Santiago (sentencia de fecha 10 de diciembre de 2004), como por la Corte Suprema (sentencia de 28 de noviembre de 2005).

Por último, y en relación con el derecho y el deber preferente de los padres a educar a sus hijos, la señora Decano recuerda lo expresado por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el considerando 7° de la sentencia de 10 de noviembre de 2006, dictada en recurso de protección interpuesto por el Presidente de la Corporación Municipal de Educación y Salud de La Florida en contra de la Ministra de Salud: *"... esta Corte no advierte que se haya afectado (el derecho aludido) porque en la expresión que nos preocupa, derecho preferente de los padres, la medida en cuestión no la alcanza porque además de no estar orientada a influir en la adopción de conductas no impide su ejercicio, cual es lo que se encuentra garantido. 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 adecuado, 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"*.

Se señala, además, que la obligación de "confidencialidad" que imponen las normas aprobadas por el acto administrativo que se cuestiona en la especie, no pesaría sobre la adolescente que consulta, sino que sobre el personal de salud; por ende, la primera sigue gozando de plena libertad para plantearle su situación particular a quien ésta desee.

7. **A fojas 753** el Tribunal proveyó "a sus antecedentes" la presentación formulada a fojas 612 por el Dr. Q.F. Elmer

Torres Cortés, Presidente Nacional del Colegio de Químicos Farmacéuticos de Chile (A.G.).

8. **A fojas 753** el Tribunal proveyó "a sus antecedentes" la presentación efectuada a fojas 674, por el Dr. Agustín Adana Vargas, en su calidad de Presidente de la Asociación de Ginecólogos y Obstetras de la Región Metropolitana A.G., y en su representación.

9. **A fojas 753** el Tribunal proveyó "a sus antecedentes" la presentación efectuada a fojas 679 por la Dra. Pamela Oyarzún, en su calidad de Presidenta de la Sociedad Chilena de Ginecología Infantil y de la Adolescencia -SOGIA-.

10. **A fojas 799** el Tribunal proveyó "a sus antecedentes" el escrito de fecha 19 de octubre de 2007 -fojas 782-, mediante el cual la abogada señora Lidia Casas Becerra, "en representación de los Honorables Diputados Saa, Aguiló, Ascencio, Espinoza, Palma y otros y otras", "con el objeto de contribuir al debate jurídico en torno a las cuestiones de imparcialidad judicial, debido proceso e inhabilidades que puedan afectar a miembros del Excmo. Tribunal Constitucional" pidió tener por acompañado un informe en derecho del profesor Jorge Contesse Singh, titulado "La inhabilidad constitucional para conocer de un caso en el que se ha vertido opinión pública con anterioridad" -fojas 784 a 798-.

11. **A fojas 831 vuelta** el Tribunal proveyó "a sus antecedentes" el escrito de 28 de noviembre de 2007 -fojas 831-, mediante el cual el abogado señor Samuel Buseta Plaza, por la Asociación Chilena de Protección a la Familia pidió tener por acompañado el Informe en Derecho titulado "*Interés Superior del Niño, Autonomía y Confidencialidad*", preparado por el Centro de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, de autoría de los profesores Jaime Couso S., Nicolás Espejo Y., y Domingo Lovera P., e incorporado al cuaderno de documentos formado en cumplimiento de la resolución de fojas 836.

12. **A fojas 857 vuelta** el Tribunal proveyó "a sus antecedentes" la presentación que a fojas 838 formuló don Alejandro Carrió, en su carácter de Presidente de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), domiciliada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, y como "*Amicus Curiae*" a favor de la validez constitucional del Decreto Supremo N° 48.

VII. **AUDIENCIAS PÚBLICAS DECRETADAS EN LOS AUTOS:**

Como consta a fojas 755, 756 y 809, el Tribunal dispuso la realización de audiencias públicas los días 25 de octubre, y 8 y 9 de noviembre de 2007, a los efectos de oír a los señores y señoras Diputados que suscribieron las presentaciones de fojas 457 y 481, a las personas que suscriben las presentaciones de fojas 244, 542, 554, 567, 577, 587 y 597, y a cada una de las

instituciones a que se refieren los escritos de fojas 280, 503 y 690, respecto de la materia debatida en los autos.

Según se certificó por el Relator del Tribunal a fojas 800, en la audiencia verificada el día 25 de octubre de 2007 se oyó a la abogada señora Lidia Casas Becerra, en representación de los Diputados que suscribieron las presentaciones de fojas 457 y 481.

El mismo Relator certificó a fojas 809 que el día 8 de noviembre de 2007 se llevó a cabo la audiencia decretada por el Tribunal para ese día, oyéndose, de acuerdo con el orden de las respectivas presentaciones:

- al abogado señor Marcelo Castillo, en representación de quienes suscriben las de fojas 542, 554, 567, 577, 587 y 597;
- al abogado señor Jesús Vicent Vásquez y al médico señor Horacio Croxatto Avonni, en representación del Instituto Chileno de Medicina Reproductiva;
- a la abogada señora Lidia Casas Becerra y al médico señor Guillermo Galán Chiappa, en representación de la Asociación Chilena de Protección a la Familia; y
- a los profesores Giorgio Solimano Cantuarias y Ramiro Molina Cartes, en representación de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile.

Por último, a fojas 810 el Relator del Tribunal certificó que en la audiencia verificada el día 9 de noviembre de 2007, se continuó la anterior, oyéndose a:

- los profesores señores Fernando Orrego Vicuña y Patricio Mena González, en representación de la Red de Organizaciones por la Vida y la Familia; y
- al médico don Sebastián Illanes y al abogado señor Patricio Zapata Larraín, en representación de la Fundación Instituto de Estudios Evangélicos.

VII. VISTA DE LA CAUSA:

El día 29 de noviembre de 2007 tuvo lugar la vista de la causa, escuchándose la relación y laci A FOJAS UNO requirientesibir el Levonorgestrel 0,75 mg. por ser contrario al ordenamiento constitucional vigente en nuelos alegatos de la abogada señora Carmen Domínguez por los requirientes y del abogado Davor Harasic en representación de la señora Presidente de la República.

VII. MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER DECRETADAS EN AUTOS:

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, a fojas 859 de autos esta Magistratura dispuso las siguientes medidas para mejor resolver:

a) Oficiar al 20° Juzgado Civil de Santiago, a los efectos de que remitiera la causa caratulada "Centro Juvenil AGES con Instituto de Salud Pública", Rol 5839-02. Dicha medida fue cumplida por oficio fechado el 24 de diciembre de 2007, del mencionado Juzgado, agregado a fojas 862;

b) Oficiar al Instituto de Salud Pública para que enviara al Tribunal los expedientes administrativos correspondientes a los registros sanitarios de los fármacos Postinal, Postinor-2, Tace, Glanique y Levonorgestrel. La misma fue cumplida, mediante Oficio

Ord. N° 1, de 04 de enero de 2008, del Jefe de Asesoría Jurídica del Instituto de Salud Pública, agregado a fojas 864; y

c) A fojas 863 vuelta, el Tribunal acoge la petición de los requirentes en orden a ampliar la segunda medida decretada con anterioridad, en el sentido de oficiar al Instituto de Salud Pública para que remitiera los antecedentes del rechazo del registro de la "píldora del día después" verificado en la década de los 90, fundado en su carácter abortivo. Dicha medida fue cumplida por el referido organismo administrativo a través del Oficio Ord. N° 270, de 6 de febrero de 2008, del Jefe de Asesoría Jurídica, agregado a fojas 870.

VII. **OBSERVACIONES DE LOS REQUIERENTES EN RELACIÓN CON LAS MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER:**

A fojas 873, el Tribunal tuvo presente las siguientes consideraciones hechas valer por los requirentes en su escrito de fecha 13 de marzo de 2008 -fojas 871 y 872-, en relación con las medidas para mejor resolver que han sido cumplidas por el Instituto de Salud Pública:

a) En el año 1990 se rechazó el registro de la "píldora del día después" porque uno de sus posibles mecanismos de acción anticonceptiva es el antianidatorio. Se reconoce en la respectiva resolución el carácter abortivo del medicamento y por ende se rechaza por ser contrario a la legislación nacional;

b) Dicha decisión se mantuvo en el año 1991, rechazando una reconsideración a la decisión anterior;

c) En el año 2001, a pesar de la declaración del respectivo laboratorio en cuanto a que el medicamento incluye la acción

antianidatoria (abortivo), se le otorga el registro, pero el fallo de la Corte Suprema de ese mismo año ordena su anulación;

d) Estando vigente la orden de no innovar decretada por la Corte Suprema, el Instituto de Salud Pública, con fecha 24 de agosto de 2001, entrega registro sanitario al fármaco con nombre de fantasía Postinor-2, que tiene el mismo compuesto abortivo que se había prohibido;

e) No existen antecedentes científicos acompañados en autos que aseguren que la "píldora del día después" no atenta o pone en riesgo la vida del que está por nacer;

f) Consta de los antecedentes acompañados en autos que el Instituto de Salud Pública oculta información relevante a la población (carácter abortivo de la píldora) en los folletos que distribuye entre los usuarios.

VII. ADOPCIÓN DEL ACUERDO:

En la sesión celebrada el día 28 de marzo del año en curso culmina la fase de deliberación y el Pleno del Tribunal, excluido el Ministro inhabilitado, adoptó el acuerdo en esta causa.

CONSIDERANDO:

I. **CONSIDERACIONES GENERALES.**

PRIMERO: Que el artículo 93, número 16°, de la Constitución Política otorga atribuciones al Tribunal Constitucional para *"resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquéllos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma"*

del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63”;

SEGUNDO: *Que la misma norma constitucional, en su inciso décimo noveno, expresa que: “En el caso del número 16°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. En el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento”;*

TERCERO: *Que, tal como se ha consignado en la parte expositiva, un grupo de treinta y seis diputados que conforman más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados presentó, con fecha 5 de marzo de 2007, un requerimiento en que solicitaban a este Tribunal que “declare la inconstitucionalidad de todo o parte del Decreto Supremo Reglamentario N° 48 del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de fecha 3 de febrero de 2007, por cuanto fija, aprueba y hace suyo el texto del documento denominado “Normas Nacional(es) sobre Regulación de la Fertilidad”;*

CUARTO: *Que la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, dispone, en su artículo 39, que:*

“El requerimiento deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. Se señalará en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aduce, con indicación de las normas que se estiman transgredidas (...)”.

A su vez, el artículo 41 del mencionado cuerpo legal precisa que:

“Si el requerimiento no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 39 de la presente ley, el Tribunal

podrá, por resolución fundada, no admitirlo a tramitación. La resolución se comunicará a quien hubiere recurrido.

Los interesados, dentro de tres días contados desde la fecha de la comunicación, podrán subsanar los defectos de su requerimiento o completar los antecedentes que hubieren omitido. Si así no lo hicieren, el requerimiento se tendrá por no presentado para todos los efectos legales.

Si transcurrido el plazo señalado en el inciso anterior no se hubieren subsanado los defectos del requerimiento o no se hubieren completado los antecedentes, el Tribunal comunicará este hecho al Presidente de la República para que proceda a la promulgación de la parte del proyecto que fue materia de la impugnación”.

Finalmente, el artículo 48 de la misma Ley N° 17.997 indica que:

“En el caso del número 5 del artículo 82 de la Constitución Política (hoy artículo 93, número 16°), se aplicarán en lo pertinente las normas de los artículos 38 a 45, inclusive, de esta ley y las que se expresan en los incisos siguientes.

Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 42 de esta ley, admitido a tramitación el requerimiento, deberá ponerse en conocimiento del Contralor General de la República.

La sentencia del Tribunal que, al acoger el reclamo, promulgue la ley, rectifique la promulgación incorrecta o declare la inconstitucionalidad de un decreto, se remitirá a la Contraloría General para el solo efecto de su registro. Cumplido dicho trámite, ésta ordenará de inmediato su publicación en el Diario Oficial, la que se efectuará dentro de los cinco días siguientes.

Esta nueva publicación, en su caso, no afectará la vigencia de la parte no rectificadas en el fallo”.

QUINTO: Que esta Magistratura, por resolución de 20 de marzo de 2007, concluyó que *"la presentación de los requirentes carece de la claridad y precisión suficientes para que el Tribunal pueda entrar a conocer del asunto"* (considerando 12°) y, en su parte resolutive, declaró: *"Que no se admite a tramitación el requerimiento en conformidad con lo dispuesto en los artículos 48, 39 y 41 inciso primero de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, sin perjuicio de lo que dispone el inciso segundo de este último precepto";*

SEXTO: Que, con fecha 24 de marzo de 2007, el diputado José Antonio Kast Rist, actuando en representación de los diputados que habían suscrito la presentación, hizo llegar un escrito para subsanar la falta de claridad y precisión del requerimiento, a cuyo objeto solicitó a este Tribunal tenerlo por aclarado y precisado suficientemente para que éste pudiera entrar a conocer del asunto declarando su admisibilidad, lo que esta Magistratura Constitucional aceptó por resolución de 28 de marzo de 2007;

SÉPTIMO: Que, de acuerdo con el escrito presentado por el diputado Kast Rist, los requirentes circunscribieron la impugnación a tres puntos del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, que aprueba el texto que establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad: sección C, "Tecnología Anticonceptiva", particularmente a los puntos 3.3, "Anticoncepción Hormonal de Emergencia"; 4, "Anticoncepción no Hormonal", 4.1.1 "Dispositivos Intrauterinos", como también a la consejería a adolescentes que se da en el marco de confidencialidad sin consentimiento ni conocimiento de los padres, normativa que se desarrolla en la sección D, bajo el título "Anticoncepción en Población Específica", en el punto 1 "Anticoncepción en Adolescentes";

OCTAVO: Que la Presidenta de la República, en el escrito en que formulara observaciones al requerimiento, planteó tres

cuestiones de previo y especial pronunciamiento que es necesario resolver y que son las siguientes: a) el requerimiento alega una cuestión de hecho ajena a las potestades del Tribunal Constitucional; b) la inoportunidad de evaluar los efectos de un fármaco que ya cuenta con registro sanitario, y c) la improcedencia de que el Tribunal, con ocasión del presente requerimiento, formule juicios de mérito;

NOVENO: Que la Constitución Política, al facultar al Tribunal Constitucional para resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, lo ha hecho en términos amplios. Así, el control se extiende tanto a los decretos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma como a los dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, sean éstos de efectos generales o particulares, y respecto a la causa que hace procedente el control, la Constitución señala de modo explícito que el Tribunal tiene competencia para conocer de la cuestión de constitucionalidad "cualquiera sea el vicio invocado".

Esta amplitud del examen que al Tribunal Constitucional le corresponde efectuar al ejercitar el control de constitucionalidad de los decretos supremos se condice con la exigencia que el artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental impone al Estado en el cumplimiento de su misión servicial y que no es otra que el mismo actúe "con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece".

No cabe, por consiguiente, excluir en el control de constitucionalidad de la norma sujeta a examen, sea un precepto legal o reglamentario, la consideración de los efectos que ella pueda producir en los derechos fundamentales y que todo órgano del Estado está obligado a respetar y promover en virtud de lo dispuesto en los artículos 5º, inciso segundo, y 6º, inciso segundo, de la Ley Suprema.

Así lo ha hecho, por lo demás, el Tribunal Constitucional cuando ha sido necesario para la debida resolución de un asunto, como ocurrió en tres casos en que estaba en juego el derecho a la vida. Tales son las sentencias de 13 de agosto de 1995, Rol N° 220, requerimiento interpuesto contra el proyecto de ley sobre trasplantes de órganos; de 26 de junio de 2001, Rol N° 325, requerimiento en que se impugnaba el Decreto Supremo N° 20, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que introdujo la restricción de circulación a los vehículos catalíticos, y de 26 de abril de 2007, Rol N° 577, requerimiento deducido contra el Decreto Supremo N° 80, de 2006, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que establecía la norma de emisión para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relave al estero Carén.

En la primera de dichas sentencias, esta Magistratura, luego de analizar los informes científicos acompañados, llegó a la conclusión de que la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas constituye la muerte real, definitiva, unívoca e inequívoca del ser humano (considerando 15°); en la sentencia de 26 de junio de 2001, estimó que la restricción vehicular que se establecía, atendida la situación ambiental existente, resultaba necesaria para proteger la salud de la población (considerando 46°), y en la última de las sentencias citadas, entre otras razones que tuvo en cuenta para rechazar el requerimiento, señaló que no se había acreditado la existencia de una situación o riesgo que pusiera en peligro el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (considerando 14°).

Puede apreciarse, por consiguiente, que cuando ha sido necesario -para fallar un requerimiento- ponderar una cuestión de hecho de la que depende dar por acreditada la vulneración de un derecho fundamental, el Tribunal Constitucional no ha rehusado hacerlo, y es lo que hará, también, en esta oportunidad, por lo

que rechazará la primera cuestión de previo y especial pronunciamiento planteada por la Presidenta de la República;

DÉCIMO: Que la segunda cuestión de previo y especial pronunciamiento que debe resolver el Tribunal consiste en la inoportunidad de evaluar los efectos de un fármaco que ya cuenta con registro sanitario.

La cuestión planteada incide en uno de los puntos materia del requerimiento, cual es la Anticoncepción Hormonal de Emergencia que consulta la utilización de levonorgestrel a través de los fármacos autorizados por el Instituto de Salud Pública, cuyo registro sanitario no es materia de esta litis.

La propia Presidenta de la República, en el escrito en que formula observaciones al requerimiento, señala que la modalidad de distribución de dichos fármacos contenida en el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, es adicional a la comercialmente existente en farmacias y establecimientos afines, y que *"se traduce en fijar las condiciones de su entrega gratuita a toda la población, y especialmente al grupo de más riesgo constituido por los adolescentes y jóvenes del país"* (pág. 67 de dicho escrito).

Lo que ha de resolver, entonces, esta Magistratura, 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 se indica en 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.

Se trata, como puede apreciarse de su sola lectura, de normas infraconstitucionales dirigidas a aconsejar, prescribir y distribuir gratuitamente, por parte de órganos del Estado, un fármaco, para cuya decisión, por cierto, este 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.

En consecuencia, el Tribunal rechazará esta cuestión de previo y especial pronunciamiento;

DECIMOPRIMERO: Que la tercera cuestión de previo y especial pronunciamiento planteada por la Presidenta de la República consiste en la improcedencia de que el Tribunal, con ocasión del presente requerimiento, formule juicios de mérito.

Sobre el particular, cabe reiterar la jurisprudencia uniforme de esta Magistratura en el sentido de que al Tribunal no le compete decidir sobre cuestiones de mérito y que limitará su pronunciamiento a las cuestiones de constitucionalidad planteadas. Así se señaló, por ejemplo, en la sentencia de 2 de octubre de 2007, Roles N°s. 608, 609, 610, 611 y 612 (acumulados): " (...) que su competencia limita en el mérito de la norma en que supuestamente incide el vicio de inconstitucionalidad pues esta Magistratura, al velar por la aplicación efectiva del principio de supremacía constitucional, debe, igualmente, cumplir con los principios establecidos por la Constitución en sus artículos 6° y 7°". Agregó que "la Carta Fundamental establece órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales, y cuando estos últimos controlan la constitucionalidad de los actos de los primeros, no pueden invadir su campo propio, por lo tanto, les está vedado entrar a calificar el mérito, oportunidad o conveniencia de la norma impugnada, debiendo limitar su pronunciamiento a la conformidad o disconformidad del acto de cuyo control se trate, con los principios, valores y normas constitucionales" (considerando 13°).

Acorde con esta doctrina, el Tribunal no entrará a examinar cuestiones de mérito, pero sí analizará las cuestiones de

constitucionalidad planteadas en el requerimiento, pues, si no lo hiciera, incumpliría la obligación de ejercer sus atribuciones y que deriva del principio de inexcusabilidad según lo que dispone el artículo 3° de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Por lo demás, en cuanto órgano del Estado, le asiste el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, tal como ordena el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

En consecuencia, el Tribunal rechazará también esta cuestión de previo y especial pronunciamiento;

DECIMOSEGUNDO: Que los requirentes, al limitar su pretensión de inconstitucionalidad únicamente a ciertas partes del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, que aprueba el texto que establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, en la parte conclusiva de su escrito de 24 de marzo de 2007, que rola a fs. 68, la circunscribieron a tres partes de dichas normas, una de las cuales es la que se individualiza como 4 "Anticoncepción no Hormonal", 4.1.1 "Dispositivos Intrauterinos", de la Sección C "Tecnología Anticonceptiva", que incluye todo tipo de dispositivos intrauterinos.

Sin embargo, en el cuerpo del escrito de subsanación de los defectos del requerimiento, a que se ha hecho referencia, la impugnación parece restringirse únicamente a los dispositivos intrauterinos que liberan levonorgestrel. Esta contradicción entre la parte argumentativa y la parte conclusiva acarrea una falta de claridad y precisión que impide entrar a conocer del asunto, por lo que el Tribunal desestimaré en esta parte el requerimiento;

DECIMOTERCERO: Que, conforme también al escrito de subsanación de defectos, el requerimiento impugnó asimismo la

consejería a adolescentes que se da en el marco de confidencialidad sin consentimiento ni conocimiento de los padres, normativa que se desarrolla en la sección D bajo el título "Anticoncepción en Población Específica" en el punto 1 "Anticoncepción en Adolescentes", y que, a juicio de los requirentes, vulnera el derecho y el deber preferente de los padres a educar a sus hijos, asegurado en el artículo 19 N° 10, inciso tercero, de la Carta Fundamental;

DECIMOCUARTO: Que la educación, de acuerdo a lo que se expresa en el artículo 19 N° 10, inciso segundo, de la Constitución, *"tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida"*. A su vez, el artículo 2°, inciso primero, de la Ley N° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, señala que *"es el proceso permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas y que tiene como finalidad alcanzar su desarrollo moral, intelectual, artístico, espiritual y físico mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas, enmarcados en nuestra identidad nacional, capacitándolas para convivir y participar en forma responsable y activa en la comunidad"*.

La misma Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza señala en su artículo 4°, inciso primero, que: *"La educación se manifiesta a través de la enseñanza formal y de la enseñanza informal"*, siendo la "enseñanza formal", acorde con lo que señala el inciso segundo del precepto citado, *"aquella que, estructurada científicamente, se entrega de manera sistemática"*. En ella tiene un papel primordial el establecimiento de enseñanza a que esté adscrito el educando y cuya elección, según lo dispuesto en el artículo 19 N° 11, inciso cuarto, de la Constitución Política, es un derecho de los padres.

La "enseñanza informal", por su parte, conforme a lo que señala el inciso tercero del artículo 4° de la Ley N° 18.962, es

“todo proceso vinculado con el desarrollo del hombre y la sociedad, facilitado por la interacción de unos con otros y sin la tuición del establecimiento educacional como agencia institucional educativa. Se obtiene en forma no estructurada y sistemática del núcleo familiar, de los medios de comunicación y, en general, del entorno en el cual está inserta”;

DECIMOQUINTO: Que, como puede apreciarse de las normas constitucionales y orgánicas constitucionales citadas, los padres intervienen tanto en la enseñanza formal de sus hijos, escogiendo el establecimiento de enseñanza que prefieran para ellos conforme al ideario educativo que sustente su acción, como en la enseñanza informal, de la que son uno de sus agentes principales.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 N° 10, inciso tercero, de la Constitución Política, que los padres en materia educativa tienen tanto el derecho preferente como el deber de educar a sus hijos y que corresponde al Estado otorgar especial protección al ejercicio de ese derecho.

En cuanto derecho de los padres, es una facultad de obrar frente a órganos del Estado, instituciones, grupos y personas que pretendieran dirigir, orientar o llevar a cabo la educación de sus hijos, que se traduce en la elección del establecimiento de enseñanza en que tendrá lugar la enseñanza formal y en las acciones educativas que realice el núcleo familiar en la enseñanza informal de niños y adolescentes.

Y en cuanto deber constitucional se traduce en obligaciones de hacer, las que existen tanto en la enseñanza formal en que los padres han de colaborar con la acción educativa del establecimiento que eligieron para sus hijos, como en la enseñanza informal en que no pueden eludir la responsabilidad educativa que les incumbe;

DECIMOSEXTO: Que la educación sexual es, por cierto, un aspecto de la educación en el que cobran relevancia especial los

valores en que se fundamenta, y de ella no puede excluirse a los padres de los menores que la reciban, lo que sería inconstitucional.

El Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, y las normas contenidas en la sección D bajo el título "Anticoncepción en Población Específica" en el punto 1 "Anticoncepción en Adolescentes", de las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad", que son parte integrante del mencionado decreto, no vulneran el derecho de los padres a educar a sus hijos ni les impiden el cumplimiento del deber que les incumbe, al establecer la consejería a adolescentes en un marco de confidencialidad sin consentimiento ni conocimiento de los padres.

Las normas sobre consejería en condiciones de confidencialidad no impiden, en efecto, a los padres de las adolescentes escoger el establecimiento educativo de sus hijas ni transmitir a éstas conocimientos y valores sobre la vida sexual, lo que es suficiente para rechazar el requerimiento en esta parte, sin que dichas normas vulneren el ejercicio legítimo de los derechos de las adolescentes, que también debe ser respetado.

Lo resuelto es sin perjuicio de lo que se dirá más adelante en esta sentencia respecto a la anticoncepción hormonal de emergencia;

DECIMOSÉPTIMO: Que, por otra parte, el requerimiento presentado con fecha 5 de marzo de 2007, al solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad o parte del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, y de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad que lo integran, señaló como uno de los vicios que fundamentaban su petición respecto de la anticoncepción de emergencia, la infracción a la garantía constitucional de igualdad ante la ley reconocida en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental; La

que, hasta donde resulta comprensible para el Tribunal, parece fundarse en una desigualdad entre embriones que no explica suficientemente.

En el escrito de subsanación de defectos del requerimiento presentado para corregir su falta de claridad y precisión y que permitió al Tribunal Constitucional acogerlo a tramitación, no impugnó norma alguna del citado decreto y de las normas que lo integran por infringir las disposiciones constitucionales sobre la igualdad ante la ley. Por tal razón, esta Magistratura carece de competencia específica para conocer de la materia y no emitirá pronunciamiento sobre el particular.

II. CONFLICTO CONSTITUCIONAL SOMETIDO A LA DECISIÓN DE ESTA MAGISTRATURA.

DECIMOCTAVO: Que, de conformidad con lo explicado en el Capítulo I que antecede, el pronunciamiento que debe expedir este Tribunal se centrará en una de las infracciones constitucionales alegadas por los requirentes, en su escrito de aclaración de 24 de marzo de 2007. Así, esta Magistratura resolverá sobre la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 48, de 26 de enero de 2007, del Ministerio de Salud, que aprueba el texto que establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, las que están compuestas por las Normas Técnicas y Guías Clínicas sobre Fertilidad, en cuanto dichas normas incluyen la Sección C, acápite 3.3, "Anticoncepción hormonal de emergencia", y que, a juicio de los diputados requirentes, son contrarias a lo preceptuado en los artículos 5°, inciso segundo, 6°, 7°, y 19, numerales 1 y 26, de la Constitución Política.

Concretamente, y según lo sostenido por esos parlamentarios en escrito aclaratorio que rola a fojas 68 y siguientes de estos autos, la impugnación del decreto supremo aludido se centra en la inconstitucionalidad de que adolecerían ciertos métodos de anticoncepción hormonal, denominados en dicha norma como "de emergencia", y que se refieren a la llamada "píldora del día después", ya sea a través de la entrega de una sola pastilla de progestina pura, generalmente levonorgestrel de 0,75 mg., o a través de la combinación de píldoras, método denominado "Yuzpe", por adolecer ambos de un efecto abortivo que resultaría contrario a los preceptos constitucionales mencionados precedentemente;

DECIMONOVENO: Que, en consecuencia, los diputados requirentes han planteado un conflicto constitucional que debe ser dirimido por esta Magistratura en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 16 de la Carta Fundamental.

En efecto, y siguiendo al profesor y Presidente de este Tribunal Constitucional, Ministro Juan Colombo Campbell, "*el conflicto constitucional se produce cuando un órgano público o una persona, con su acción u omisión, generan como resultado la infracción valórica, formal o sustancial, de preceptos o principios contenidos en la Constitución Política*". Agrega que "*este conflicto surge (...) cuando los efectos de un hecho o acto son contrarios a la Constitución, sin que sea necesario que en todos los casos existan partes o intereses intersubjetivos en juego*". Finaliza señalando que "*hoy resulta indudable que la sentencia dictada en un proceso, es el medio más eficaz con que cuenta el mundo civilizado para resolver los conflictos constitucionales, recuperar como efecto derivado la plena vigencia de la suprema norma violentada y reforzar los cimientos de la supremacía constitucional*". ("El debido proceso constitucional". Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 32, 2006, pp. 23-24);

VIGÉSIMO: Que, así, la impugnación que se ha formulado mediante el requerimiento de autos tiende a verificar si un órgano público -el administrador- ha incurrido en una infracción a valores, principios o reglas contenidos en la Carta Fundamental a través de un acto -la dictación de un decreto supremo- cuyos efectos producirían resultados contrarios a la Ley Suprema.

Las características anotadas, que rodean este conflicto de relevancia jurídica, son las que fundamentan la competencia de nuestra Magistratura para resolverlo, pues, como se sostuvo en la sentencia Rol N° 591, de 11 de enero de 2007, *“desde 1970, el ordenamiento constitucional chileno ha previsto un sistema de solución de conflictos constitucionales -recientemente reforzado con la reforma de 2005- que está radicado en este Tribunal Constitucional, al cual se ha encomendado la interpretación definitiva e inapelable de la Constitución, interpretación que debe desarrollarse en forma integral, esto es, considerando tanto la letra como los valores, principios y espíritu de la Carta Fundamental, a fin de asegurar la vigencia efectiva de la supremacía constitucional, que es la que garantiza, en definitiva, la eficacia del Estado constitucional de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales de las personas”* (considerando 3°).

Síguese de lo expuesto que la resolución de conflictos constitucionales como el de la especie, confiada por el Poder Constituyente al Tribunal Constitucional, tiende a reforzar la plena vigencia del Estado de Derecho, tanto en su aspecto material como formal.

En el mismo sentido anotado, se ha sostenido que *“no es precisamente la tarea de control judicial de las leyes y de las resoluciones de los poderes públicos y privados la que crea conflictos institucionales. Más bien, son los peligros fundados contra la libertad, que emanan de las mismas autoridades, los que*

dan lugar a dicho conflicto; el mismo que, a veces, ha tenido profundas repercusiones políticas: por ello, la declaración de inconstitucionalidad de las normas no busca sustituir la forma de gobierno, pero sí procura, mediante el control jurisdiccional, asegurar el balance y la cooperación entre los poderes” (César Landa Arroyo. “Tribunal Constitucional y Estado Democrático”, 3ª. Edición, Editorial Palestra, Lima, 2007, p. 690);

VIGESIMOPRIMERO: Que, a su vez, es indudable que la naturaleza del conflicto constitucional que ha de resolverse en esta oportunidad por el Tribunal Constitucional tiene como necesario fundamento los efectos que en los derechos constitucionales producen los métodos de anticoncepción hormonal que se objetan, no considerados en forma aislada, sino en cuanto forman parte del contenido de la norma obligatoria impugnada, lo que se aleja de un mero control abstracto de constitucionalidad que se reduce, exclusivamente, al contraste entre una norma infraconstitucional y aquélla de máxima jerarquía positiva. Y es que la creciente complejidad de las cuestiones que deben abordar, en la actualidad, las jurisdicciones constitucionales lleva a que, en casos como el de la especie, el Tribunal deba ponderar ciertos hechos relacionados con la ciencia o con la técnica, a fin de arribar a una solución que, efectivamente, asegure la supremacía material y formal de la Carta Fundamental, tal como, por lo demás, lo ha hecho esta Magistratura en procesos previos como los indicados en el considerando noveno de esta sentencia;

VIGESIMOSEGUNDO: Que luego de efectuadas las puntualizaciones que preceden y teniendo presente que este Tribunal, en virtud del principio de inexcusabilidad, se encuentra compelido a resolver el conflicto de constitucionalidad planteado y en los términos en que éste ha sido aclarado por los propios diputados requirentes, resulta conveniente precisar que lo que se impugna es el Decreto Supremo N° 48, del Ministerio de

Salud, de 26 de enero de 2007, cuyos vistos y parte resolutive se transcriben a continuación, así como el dictamen de la Contraloría General de la República que tomó razón de él:

"Aprueba texto que establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad

Núm. 48.- Santiago, 26 de enero de 2007.- Visto: Lo dispuesto en los artículos 1°, 4°, 6°, 7°, 32 N° 6, 33 inciso primero y 35 de la Constitución Política de la República; lo establecido en los artículos 1°, 4° y 6° del decreto con fuerza de ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2763, de 1979, y las leyes N° 18.469 y N° 18.933; en los artículos 5°, 6°, 8°, 9°, 25 y 27 del decreto supremo N° 136 de 2004, del Ministerio de Salud, Reglamento Orgánico de esta Cartera de Estado; lo establecido en el decreto supremo N° 1876, de 1995, Reglamento del Sistema Nacional de Control de Productos Farmacéuticos; lo expuesto en Memorandum A 11/N° 3226 de 01 de septiembre de 2006 de Jefa de Gabinete de la Ministra de Salud, y lo indicado en la Resolución N° 520 de 1996 de la Contraloría General de la República; la sentencia de 11 de enero de 2007 dictada en la causa Rol N° 591-2006, por el Excelentísimo Tribunal Constitucional; y

(....)

Decreto:

1° Apruébase, el texto que establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, las que están compuestas por las Normas Técnicas y Guías Clínicas sobre Fertilidad, todas elaboradas por el Ministerio de Salud.

2° Establécese que el texto que se aprueba en virtud de este acto administrativo, consta en un documento de 171 páginas, que se adjunta, y forman parte del presente decreto, cuyo original debidamente visado por la Subsecretaria de la Salud Pública, se

mantendrá en poder del Jefe de la División de Prevención y Control de Enfermedades, de la citada Subsecretaría del Ministerio de Salud.

3° Publíquese en la página web del Ministerio de Salud: www.minsal.cl, el texto de las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad".

4° Remítase, una vez afinada su tramitación, un ejemplar del texto que establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, a los Servicios de Salud, Establecimientos Experimentales de Salud y a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud de todo el país, a fin de que sea cumplida íntegra y obligatoriamente por los organismos, instituciones y los funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de los Servicios de Salud, conforme lo dispuesto en el artículo 2° del decreto con fuerza de ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2763, de 1979, y las leyes N° 18.469 y N° 18.933".

(...)

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA

División Jurídica

Cursa con alcance el decreto N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud

Núm. 5.425.- Santiago, 2 de febrero de 2007.

Esta Contraloría General ha procedido a realizar el control preventivo de juridicidad del documento individualizado en el epígrafe, mediante el cual se aprueba el texto que establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, en atención a que éste ha sido firmado por la Presidenta de la República, dando cumplimiento, según se expresa en sus considerandos, a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia rol N° 591-2006.

Ahora bien, habiendo examinado el decreto de la suma, y teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en su oportunidad en el dictamen N° 53.137, de 2006, emitido con ocasión del requerimiento que dio lugar a la sentencia recién individualizada, esta Contraloría General ha procedido a tomar razón del mismo por estimarlo ajustado a derecho.

No obstante lo anterior, y en armonía con lo dispuesto en el artículo 2° del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud -que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979, y de las leyes N° 18.469 y N° 18.933-, cumple con hacer presente que entiende que el "Sistema Nacional de los Servicios de Salud" a que se alude en el numeral 4 del instrumento en examen, corresponde al "Sistema Nacional de Servicios de Salud".

(...)"

VIGESIMOTERCERO: Que los aspectos principales objetados por los requirentes respecto de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, antes aludidas, y que se contienen en su Sección C, acápite 3.3 -anticoncepción hormonal de emergencia- son los siguientes:

1. Objetivo de la anticoncepción de emergencia: "la anticoncepción de emergencia (AE) contribuye a disminuir los embarazos no deseados y sus consecuencias, incluido el aborto, y permite a las mujeres ejercer su derecho a prevenir un embarazo después de una violación".
2. Descripción de la anticoncepción hormonal de emergencia: "métodos anticonceptivos que las mujeres pueden utilizar en los cinco días siguientes a una relación sexual sin protección anticonceptiva, siendo su eficacia más alta cuanto antes se usen. Sólo deben usarse como método de emergencia y no en forma regular (..) La anticoncepción de emergencia (AE) ha sido conocida también como "anticoncepción post-coital" y

las pastillas usadas para AE (PAE) se las ha llamado "la píldora del día después (...)".

3. Situaciones en que está indicada la anticoncepción hormonal de emergencia:

1. "Una relación sexual voluntaria sin uso de un método anticonceptivo";

2. "Uso incorrecto o accidente con un método anticonceptivo por: ruptura o deslizamiento del condón; desplazamiento del diafragma; expulsión del dispositivo intrauterino; relaciones en período fértil; olvido de tomar varias píldoras anticonceptivas; falla del coitus interruptus";

3. "En caso de violación, si la mujer no estaba usando un método anticonceptivo".

4. Regímenes de anticoncepción hormonal de emergencia: Contempla el uso de "**píldoras de levonorgestrel solo o píldoras combinadas de etinil-estradiol y levonorgestrel**. En ambos regímenes se utilizan las mismas hormonas que contienen algunos anticonceptivos hormonales orales de uso regular, pero en dosis más altas y en un plazo de tiempo definido".

El régimen de levonorgestrel "se puede emplear de dos maneras, igualmente efectivas: a) (Como) una dosis única de 1500 mcg de levonorgestrel. En Chile existen dos productos registrados para este fin, Postinor-2 y TACE que consisten en 2 pastillas con 750 mcg de levonorgestrel que se pueden tomar juntas; b) La forma tradicional ha sido usar dos dosis de 750 mcg de levonorgestrel (LNG) cada una, la primera lo antes posible y la segunda 12 horas después (...) se pueden reemplazar por 25 píldoras de levonorgestrel solo (30 mcg cada una) lo antes posible seguidas por otras 25 píldoras 12 horas después (...)".

En el régimen combinado (régimen de Yuzpe) "se emplean dos dosis de 100 mcg de etinil-estradiol + 500 mcg de levonorgestrel

cada una, separadas por un intervalo de 12 horas, iniciándolas lo antes posible dentro de 72 horas de la relación no protegida (...). Como alternativa pueden usarse, por cada dosis, 4 píldoras anticonceptivas combinadas que contienen 30 mcg de etinil-estradiol y 0.15 mcg de levonorgestrel (...)".

5. Eficacia anticonceptiva de la anticoncepción hormonal de emergencia: *"es menos eficaz que los métodos anticonceptivos modernos de uso regular (...) es posible que se haya sobrestimado la eficacia de la AE ya que la fecha ovulatoria asignada para la estimación de la probabilidad de embarazo en cada mujer no es precisa (...). Una forma de expresar la eficacia anticonceptiva de la AE es la proporción de mujeres que se embaraza a pesar de usar el método (...) Cuando las PAE se usan dentro de las 72 horas, la tasa estimada de embarazos es de 1.1% a 1.3% para el levonorgestrel y alrededor de 3.2% para el régimen de Yuzpe. Así el régimen de Yuzpe solamente reduce el riesgo de embarazo entre el 57% y el 75% de los casos mientras que el régimen de levonorgestrel solamente previene alrededor del 85% de los embarazos estimados. Esto contrasta notoriamente con la eficacia de la anticoncepción hormonal de uso regular que, usada correctamente, previene el embarazo hasta en el 99% de las mujeres que tienen relaciones sexuales frecuentes a lo largo de todo un año"*.

6. Mecanismo de acción de la anticoncepción hormonal de emergencia: *"si se usa antes de la ovulación (...) puede impedir la liberación del óvulo. Estudios realizados en la mujer muestran que la AE no produce alteraciones del endometrio. El levonorgestrel produce alteración del moco cervical y la AE puede alterar el transporte y la vitalidad de los espermatozoides. Estos mecanismos impiden la fecundación. Investigaciones recientes realizadas en animales*

de experimentación (monos y ratas) demuestran que el levonorgestrel no impide la implantación (...)" . Agrega que: **"La AE no interrumpe un embarazo establecido ni causa un aborto"**.

7. Beneficios de la anticoncepción hormonal de emergencia: "el uso de las PAE permite prevenir un embarazo no deseado".
8. Efectos adversos de la anticoncepción hormonal de emergencia: "las mujeres que utilizan las PAE pueden sentir náuseas, vómitos, dolor de cabeza, mareos, cansancio y sensibilidad en las mamas, pero estas molestias no duran más de 24 horas. El levonorgestrel produce considerablemente menos molestias que el régimen de Yuzpe. Las mujeres también pueden presentar un sangrado o goteo irregular (...) No hay efectos cardiovasculares asociados al uso de las PAE (...) No se conocen otros efectos médicos adversos por lo que no hay riesgos para la salud asociados al uso de píldoras anticonceptivas de emergencia. No se conocen efectos teratogénicos sobre el feto en caso de uso inadvertido durante la fase temprana del embarazo" (...) "las ventajas de evitar un embarazo no deseado superan los posibles inconvenientes o riesgos de usar el método".

9) Orientación y consejería respecto del uso de la anticoncepción hormonal de emergencia: "enfaticar que utilizar AE es una decisión personal que sólo corresponde a la mujer que lo solicita"; "confirmar que la mujer se encuentra dentro de los 5 días de plazo"; "confirmar que la mujer no desea quedar embarazada y que comprende que existe la posibilidad de embarazo aún después de usar este método"; "informar sobre los posibles efectos colaterales de las PAE y como manejarlos"; "informar que no existen razones para pensar que las PAE podrían dañar al feto si fallan en prevenir el embarazo"; "dado que no hay causas médicas que restrinjan el uso de la anticoncepción hormonal de

emergencia, no se requieren evaluaciones de salud como rutina, pero si hay dudas respecto del estado de embarazo, se puede hacer un examen clínico y una determinación de B gonadotropina coriónica en sangre”; “la orientación sobre otros métodos anticonceptivos es importante pero no debe ser un requisito para entregar o prescribir la anticoncepción de emergencia”; “debe prevenirse que la anticoncepción de emergencia no previene las ITS, incluyendo el VIH”, “aunque el uso repetido no es aconsejable porque las PAE son menos efectivas que los métodos anticonceptivos de uso regular, no hay razones médicas que impidan usarlas nuevamente”.

Cabe hacer presente que por Resolución Exenta N° 2.546, de 30 de marzo de 2006, de la Directora del Instituto de Salud Pública, se canceló el registro sanitario N° F-8527/01, correspondiente al producto “Postinor-2 comprimidos 0,75 mg”, concedido a Grünenthal Chilena Ltda., y que corresponde a uno de los métodos mencionados en el acápite referido a la Anticoncepción Hormonal de Emergencia de las Normas Nacionales de Regulación de la Fertilidad que se ha transcrito precedentemente en su parte medular;

VIGESIMOCUARTO: Que las normas constitucionales que los diputados requirentes estiman infringidas por el decreto supremo impugnado son las que se indican a continuación:

“Artículo 5°. (...)

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

“Artículo 6°. *Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y*

garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

“Artículo 7°. *Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.*

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

“Artículo 19. *La Constitución asegura a todas las personas:*

1°. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.

26°. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”;

III. **ANTICONCEPCIÓN HORMONAL DE EMERGENCIA.**

VIGESIMOQUINTO: Que, para los efectos de decidir sobre la constitucionalidad del decreto supremo impugnado y de acuerdo con lo razonado en el considerando vigesimoprimeros de esta sentencia, resulta indispensable precisar en qué consiste la denominada **"anticoncepción hormonal de emergencia"**, a que se refiere el acápite 3.3 de la letra C de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, integrantes del aludido decreto supremo, y que los parlamentarios requirentes objetan en estos autos;

VIGESIMOSEXTO: Que con el propósito antes descrito, es necesario recordar que en el propio acápite mencionado se describe a la "anticoncepción hormonal de emergencia" como *"métodos anticonceptivos que las mujeres pueden utilizar en los cinco días siguientes a una relación sexual sin protección anticonceptiva, siendo su eficacia más alta cuanto antes se usen. Sólo deben usarse como método de emergencia y no en forma regular (...). La anticoncepción de emergencia (AE) ha sido conocida también como "anticoncepción post-coital" y las pastillas usadas para AE (PAE) se las ha llamado "la píldora del día después".* Agrega que *"la anticoncepción de emergencia (AE) contribuye a disminuir los embarazos no deseados y sus consecuencias, incluido el aborto, y permite a las mujeres ejercer su derecho a prevenir un embarazo después de una violación"* (pág. 78).

El "Informe sobre la llamada Anticoncepción de Emergencia", de 26 de noviembre de 2007, acompañado a este proceso por el Rector Subrogante de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, expresa, por su parte, que *"la anticoncepción de emergencia se define como "el uso de una droga o un dispositivo, como una medida de emergencia para prevenir un embarazo (Zieman, M. Emergency Contraception,*

Uptodate:http://www.utdol.com/utd/content/topic.do?topyKey=gen_gyne/4407&view=print)" (pág. 3).

Asimismo, el Informe sobre los "Aspectos Científicos y Éticos del Uso del Levonorgestrel como Anticonceptivo de Emergencia", presentado a este Tribunal por el Rector Subrogante de la Universidad Católica de Chile, indica que: "La investigación en los llamados anticonceptivos de emergencia ha sido hecha con la finalidad de encontrar fármacos que ingeridos después de una relación sexual potencialmente fecundante, la que es habitualmente denominada como "no protegida", reduzcan la posibilidad de embarazo" (pág. 2).

A su turno, el artículo del doctor Horacio Croxatto A. y de la profesora María Elena Ortiz S., denominado "Anticoncepción de emergencia con levonorgestrel", adjuntado a estos autos por el Instituto Chileno de Medicina Reproductiva (ICMER), sostiene que "la anticoncepción de emergencia es un recurso que la mujer puede usar con carácter de urgencia para evitar un embarazo no deseado, luego después de haber tenido una relación sexual en la que no usó método anticonceptivo o el que usó presentó una falla" (pág. 829).

Como puede apreciarse, los distintos antecedentes allegados al presente requerimiento de inconstitucionalidad coinciden en que la anticoncepción hormonal de emergencia supone la utilización de métodos que tienden a prevenir el embarazo, después de producida una relación sexual, y cuando no se han utilizado métodos anticonceptivos previos o el utilizado ha presentado alguna falla;

VIGESIMOSEPTIMO: Que en relación con la interrogante formulada en el considerando vigésimoquinto, la entidad U.S. Food and Drug Administration, Center for Drug Evaluation and Research, define la "**contracepción de emergencia**" (emergency contraception) como "un método de prevenir el embarazo después de fracasos

contraceptivos o de sexo sin protección. No es para el uso rutinario"

(<http://www.fda.gov/cder/drug/infopage/planB/planBQandA20060824.htm>).

Con esa misma terminología, el artículo "Mechanism of action of mifepristone and levonorgestrel when used for emergency contraception", de K. Hemzell-Danielsson y L. Marions (2004), acompañado a este proceso por el Instituto Chileno de Medicina Reproductiva (ICMER), sostiene que "la *contracepción de emergencia (EC) es definida como el uso de cualquier droga o artefacto después de un intercambio sin protección para prevenir un embarazo no deseado*" (pág. 341).

El Instituto Chileno de Medicina Reproductiva (ICMER) adjunta, también, el artículo "Emergency Contraception with mifepristone and levonorgestrel: mechanism of action", de los doctores Lena Marions y otros (2002), en el que se afirma que "la *contracepción de emergencia es cualquier droga o artefacto usado después de un intercambio sexual no protegido para prevenir el embarazo*" (pág. 65);

VIGESIMOCTAVO: Que, como es fácil advertir, en los textos mencionados en el considerando vigesimosexto se alude a la "anticoncepción de emergencia" mientras que en aquellos citados en el considerando precedente se define la "contracepción de emergencia", aunque con similares significados, lo que hace a estos sentenciadores preguntarse si existe alguna diferencia entre ambos conceptos y, en caso de existir, cuál sería su significado para los efectos de la decisión que debe adoptarse.

Al respecto, cabe recordar la explicación sostenida en estrados por el doctor Fernando Orrego Vicuña, quien interviniendo en las audiencias públicas convocadas por el Tribunal y en representación de la Red de Organizaciones por la Vida, sostuvo que un "anticonceptivo" supone "un procedimiento que impida la concepción: la unión del ovocito con el espermio",

en tanto que un "contraceptivo" "comprende lo anterior como los procedimientos que tiendan a **impedir el desarrollo del embrión**".

En idéntico sentido, el Informe evacuado por la Universidad Católica de Chile y acompañado por el Rector Subrogante de esa Casa de Estudios a esta causa, afirma que "el término anticoncepción de emergencia es inexacto e induce a error, ya que éstos pueden actuar no sólo como anticonceptivos sino que también **interfiriendo con la implantación del embrión, es decir provocando un aborto precoz**" (págs. 2 y 3);

VIGESIMONOVENO: Que la diferencia explicada por destacados especialistas que concurrieron voluntariamente a ilustrar el criterio de esta Magistratura lleva, inevitablemente, a intentar precisar cuáles son los efectos de la anticoncepción hormonal de emergencia a la que aluden las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, de forma de aclarar si, a partir de esos efectos, se está, realmente, en presencia de "anticoncepción de emergencia" o de "contracepción de emergencia", en los términos explicados en este proceso por el doctor Orrego Vicuña y por la Universidad Católica de Chile.

La diferencia reviste, a juicio de estos sentenciadores, la mayor importancia, pues si los efectos de la anticoncepción pueden llegar a afectar al "embrión", ello resultará determinante para el juicio de constitucionalidad que este Tribunal debe realizar bajo el imperativo contenido en el artículo 7° de la Constitución, en el sentido que sus preceptos obligan tanto a los titulares o integrantes de los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo y en relación con los derechos fundamentales que se aseguran a toda persona en el artículo 19 de la misma;

TRIGÉSIMO: Que con el objeto de determinar los efectos de la anticoncepción hormonal de emergencia resulta preciso recordar, una vez más, el contenido de las Normas Nacionales sobre

Regulación de la Fertilidad que, en el mismo acápite 3.3 de la letra C, que se ha impugnado, indica que los regímenes de anticoncepción hormonal de emergencia contemplan el uso de "píldoras de levonorgestrel solo o píldoras combinadas de etinil-estradiol y levonorgestrel. En ambos regímenes se utilizan las mismas hormonas orales de uso regular, pero en dosis más altas y en un plazo de tiempo definido" (pág. 79). Al primero lo denomina "régimen de levonorgestrel" y al segundo, "régimen combinado o régimen de Yuzpe".

Señala, asimismo, que el régimen de levonorgestrel "se puede emplear de dos maneras, igualmente efectivas: a) una dosis única de 1500 mcg de levonorgestrel. En Chile existen dos productos registrados para este fin, Postinor-2 y TACE que consisten en 2 pastillas con 750 mcg de levonorgestrel que se pueden tomar juntas; b) La forma tradicional ha sido usar dos dosis de 750 mcg de levonorgestrel (LNG) cada una, la primera lo antes posible y la segunda 12 horas después (...) se pueden reemplazar por 25 píldoras de levonorgestrel solo (30 mcg cada una) lo antes posible seguidas por otras 25 píldoras 12 horas después" (pág. 79).

En lo que se refiere al régimen combinado o régimen de Yuzpe, señala que "se emplean dos dosis de 100 mcg de etinil-estradiol + 500 mcg de levonorgestrel cada una, separadas por un intervalo de 12 horas, iniciándolas lo antes posible dentro de 72 horas de la relación no protegida (...) Como alternativa pueden usarse, por cada dosis, 4 píldoras anticonceptivas combinadas que contienen 30 mcg de etinil-estradiol y 0.15 mg de levonogestrel" (pág. 79).

Explicando el mecanismo de acción de ambos regímenes de anticoncepción hormonal de emergencia, las normas objetadas expresan que "si se usa antes de la ovulación (...) puede impedir la liberación del óvulo. Estudios realizados en la mujer

demuestran que la AE no produce alteraciones del endometrio. El levonorgestrel produce alteración del moco cervical y la AE puede alterar el transporte y la vitalidad de los espermatozoides. Estos mecanismos impiden la fecundación (...). **La AE no interrumpe un embarazo establecido ni causa un aborto**" (págs. 80 y 81);

TRIGESIMOPRIMERO: Que, en relación con los mecanismos de acción de los regímenes de anticoncepción de emergencia, ya se trate del régimen de levonorgestrel solo o del régimen combinado (régimen de Yuzpe), los especialistas coinciden en la dificultad y complejidad de su determinación.

Así, el doctor Horacio Croxatto y la profesora María Elena Ortiz han sostenido que "desentrañar el mecanismo de acción de la AE es una tarea muy compleja porque el efecto de los esteroides administrados depende de la fase del ciclo en que se usan y la fertilidad de la mujer varía de acuerdo a la etapa del ciclo menstrual en que se encuentre al momento de tener una relación sexual" ("Anticoncepción de emergencia con levonorgestrel". En: Selección de temas de Ginecoobstetricia II. Capítulo 27 (eds.) E. Guzmán, A.B. Lalonde. Editorial Publimpacto, Santiago, 2007, pág. 833).

En un sentido similar, el Informe de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, acompañado a este proceso, afirma que "a pesar del gran volumen de investigaciones publicadas sobre el Levonorgestrel como "anticonceptivo de emergencia" (LN) todavía existen muchas dudas acerca de su efectividad y mecanismos de acción (...) La incertidumbre se da, sobre todo, en los mecanismo (sic) de acción, ya que algunos estudios han demostrado, en modelos animales que el LN tiene un efecto en la función ovárica, pero no tiene efectos significativos luego de la ovulación (Muller AL, Lladós CM, Croxatto HB. Postcoital treatment with levonorgestrel does not disrupt postfertilization events in the

rat. Contraception, 2003;67: 415-9; Ortiz RE, Fuentes MA, Parraguez VH, Croxatto HB. Postcoital administration of levonorgestrel does not interfere with postfertilization events in the new-world monkey Cebus apella. Hu. Reprod 2004; 19:1352-6, 22 (págs. 3-4).

El Informe de la Universidad Católica de Chile, que también ha tenido a la vista este Tribunal, sostiene, por su parte, que "el mecanismo de acción involucrado depende del período del ciclo menstrual en que se ingieren" (pág. 4);

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, de lo anteriormente expresado, queda claro que para comprender los mecanismos de acción de lo que las Normas Nacionales de Regulación de la Fertilidad denominan "regímenes de anticoncepción de emergencia" (AE), resulta fundamental atender a los ciclos menstruales femeninos que, sin necesidad de acudir a los especialistas, por tratarse de un hecho público y notorio, puede afirmarse que no son siempre regulares ni idénticos en toda mujer, lo que parece dificultar la obtención de conclusiones generales uniformes.

Constatado lo anterior, los especialistas coinciden en que los mecanismos de acción de los aludidos regímenes de anticoncepción de emergencia dicen relación con tres efectos: a) Impedir la ovulación; b) Impedir la migración de los espermatozoides para fecundar el óvulo; y c) Impedir la implantación (Horacio Croxatto A. y María Elena Ortiz. "Anticoncepción de emergencia con levonorgestrel". En: Selección de temas de Ginecoobstetricia II. Capítulo 27 (eds.) E. Guzmán, A.B. Lalonde. Editorial Publimpacto, Santiago, 2007, pág. 833, e Informe de la Universidad Católica de Chile, pág. 3).

Refiriéndose a la contracepción de emergencia y, específicamente, al denominado "Plan B" (consistente en el uso de píldoras de levonorgestrel de 0,75 mg. cada una), que son tomadas en forma oral después del fracaso de contraceptivos o de la

práctica de sexo no protegido, la U.S. Food and Drug Administration aclara que el "Plan B trabaja (...) en la prevención del embarazo principalmente parando la liberación del huevo desde el ovario. Es posible que el Plan B también trabaje previniendo la fertilización de un huevo (la unión del espermio con el huevo) o previniendo la implantación en el útero, lo que usualmente ocurre antes de 7 días después de la liberación del huevo desde el ovario" (<http://www.fda.gov/cder/drug/infopage/planB/planBQandA20060824.htm>).

El Informe sobre "Aspectos Científicos y Éticos del Uso del Levonorgestrel como Anticonceptivo de Emergencia", de la Universidad Católica de Chile, a que se ha hecho referencia, indica, por su parte, que "todos los investigadores coinciden en que los anticonceptivos de emergencia pueden disminuir la probabilidad de embarazo a través de tres mecanismos:

Impidiendo la ovulación

- *Impidiendo que los espermatozoides fecunden el óvulo*

- *Impidiendo la implantación"* (pág. 3).

En relación con el primero de esos efectos, agrega que "hay varios estudios que muestran que el LNG (levonorgestrel) administrado en el período folicular (antes que ocurra la ovulación) puede interferir con que ella se produzca. Su eficacia depende de la proximidad temporal entre la ingestión del LN y el día de la ovulación (...) diversos estudios comunican que la ovulación puede ser bloqueada en un 42% a 100% de los casos".

Precisa también que "hay evidencia que la administración de LNG 3 a 10 horas posteriores a la relación sexual aumenta la viscosidad del mucus cervical impidiendo el paso de los espermatozoides hacia las trompas".

Sobre los efectos del LNG sobre la implantación, afirma que "éste es el aspecto más debatido", puesto que "gran parte de la

información proporcionada al público asegurando que el LNG no altera la implantación proviene de evidencia preliminar e indirecta. Se refiere, concretamente, a estudios realizados en animales (ratones y primates); a la investigación de eventos post fecundación referidos a la receptividad del endometrio, que es un mecanismo indirecto, y a estudios realizados in vitro y en seres humanos que carecen de consistencia por el escaso universo de mujeres estudiadas y porque incluyó un número muy reducido de sujetos" (págs. 8-12).

En relación con el efecto referido a impedir la implantación del cigoto, el estudio de los doctores Horacio Croxatto y Soledad Díaz y de la profesora María Elena Ortiz, titulado "Nociones básicas sobre la generación de un nuevo individuo y sobre la píldora anticonceptiva de emergencia", acompañado a estos autos por el Instituto Chileno de Medicina Reproductiva (ICMER) sostiene, por su parte, que: "Nunca hubo datos disponibles en la literatura científica que avalaran que el levonorgestrel impida el embarazo por un mecanismo que impida la implantación. No obstante, ese mecanismo fue la hipótesis favorita de muchos. Ahora tenemos evidencia de que no es así. En dos especies animales muy distantes como son la rata y el mono Capuchino se administró levonorgestrel o placebo (una inyección sin droga) después de la fecundación y luego se contó el número de animales preñados en ambos grupos. Si el levonorgestrel interfiriera con la implantación del embrión, deberíamos encontrar menos hembras preñadas entre las que recibieron la droga que entre las que recibieron placebo. El resultado fue que el número de hembras preñadas fue idéntico en ambos grupos, lo cual permite rechazar la hipótesis de que el levonorgestrel interfiera con la implantación (...) En resumen, la inhibición de la ovulación y la alteración de la migración espermática son los únicos mecanismos documentados con datos experimentales que pueden explicar cómo

las píldoras anticonceptivas de emergencia evitan el embarazo. Por lo tanto, porque previenen el embarazo solamente cuando impiden la fecundación, no son abortivas" (págs. 6-7). Puede advertirse, entonces, que el aludido estudio científico confirma la realización de estudios en animales para descartar un posible efecto de la anticoncepción de emergencia que impida la implantación del óvulo fecundado.

El doctor Ramiro Molina Cartes, en su informe "Las píldoras de emergencia", adjuntado a este proceso por la Decana de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, confirma, asimismo, la naturaleza de los estudios realizados para determinar los efectos de la anticoncepción hormonal de emergencia, señalando que: "*Las evidencias demuestran que las dosis de LNG tan bajas y de corto tiempo, no alcanzan a provocar cambios en el endometrio que pudieran ser atribuibles a eventuales efectos inhibitorios de la implantación. Tales hallazgos se comprueban en animales donde la inhibición de la implantación incluyendo la migración, ha fracasado con LNG entregado antes de la implantación de los blastocitos"*.

Explicando el doctor Molina por qué no se ha tratado de avanzar en estudios con seres humanos, indica que: "*(...) la entrega de LNG experimental antes de la implantación de embriones no se hace, por razones éticas reñidas con la manipulación experimental de embriones preimplantaciones"* (pág. 41).

A su turno, el Informe sobre la llamada Anticoncepción de Emergencia de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, a que se ha aludido previamente, afirma que: "*Estudios en monos Cebus y en ratas encontraron que el LN inhibe fuertemente la ovulación y la fecundación en estas especies. Sin embargo, resultados obtenidos en seres no humanos no son necesariamente extrapolables a los humanos. Por ejemplo, el mecanismo de acción en animales para el dispositivo intrauterino ha mostrado una*

marcada diferencia respecto del mecanismo de acción en humanos (Corfman P. Segal. Biologic effects of intrauterine devices. Am J Obstet Gynecol 1968;100:448-29. Ortiz ME, Croxatto HB; Bardin CW. Mechanisms of action of intrauterine devices. Obstet Gynecol Surv 1996;51 (Suppl):S42-51)" (pág. 5);

TRIGESIMOTERCERO: Que, como puede apreciarse, existen posiciones encontradas acerca de los efectos de la anticoncepción de emergencia cuando ellos se relacionan con impedir la implantación, puesto que la evidencia que provee la ciencia médica es contradictoria y no aparece rodeada de elementos que convengan definitivamente en orden a que ella no afectará la vida de un ser humano concebido aunque no nacido que merece plena protección constitucional según se verá más adelante. Lo anterior es particularmente destacable si, como ha quedado en evidencia en este proceso, los estudios realizados para demostrar -o descartar- tal efecto se han reducido a animales, resultando cuestionable -a juicio de los mismos especialistas- su práctica en seres humanos.

Las características que rodean al producto de la fecundación, esto es, de la unión del óvulo y del espermatozoide, también han dado origen a posiciones dispares entre los científicos, lo que ha quedado asimismo en evidencia durante la tramitación del presente proceso constitucional.

En efecto, en el informe titulado "Nociones básicas sobre la generación de un nuevo individuo y sobre la píldora anticonceptiva de emergencia", de noviembre de 2006, acompañado a este proceso por el Instituto Chileno de Medicina Reproductiva (ICMER) y elaborado por los doctores Horacio Croxatto y Soledad Díaz, además de la profesora María Elena Ortiz, se afirma que "el nuevo individuo se inicia cuando ocurre la fecundación" (pág. 1), no obstante lo cual precisa, más adelante, que "el cigoto resultante de la fecundación es una célula que tiene la

posibilidad de desarrollarse y llegar a formar un ser humano constituido por miles de millones de células, del mismo modo que una semilla puede llegar a ser un árbol a través de un proceso de crecimiento y desarrollo. Si bien la semilla puede llegar a ser un árbol, aún no lo es; o si bien un huevo puede llegar a ser una gallina, aún no lo es. Asimismo el cigoto humano puede llegar a ser un embrión, un feto, un recién nacido o una persona adulta, pero aún no lo es. Necesita desarrollarse" (pág. 2).

Refiriéndose a la implantación, el informe mencionado afirma que "aproximadamente tres días después de la fecundación, si el cigoto se ha desarrollado normalmente, está constituido por 8 o 10 células y pasa al útero donde continúa desarrollándose, inmerso en el escaso fluido que llena la cavidad del útero. En este medio alcanza el estado llamado mórula y posteriormente el de blastocito (...). En el séptimo día de desarrollo, el blastocito humano se anida o implanta en la etapa interna del útero, llamada endometrio. Para que esto ocurra, es preciso que el endometrio se haya hecho receptivo por la acción que ejercen sobre él las hormonas del ovario, llamadas estradiol y progesterona. La implantación consiste en que el blastocito se sumerge en este tejido materno (...)" (págs. 2-3).

Tal como precisa el informe aludido, la Organización Mundial de la Salud ha reconocido, por lo mismo, que "el embarazo comienza con la implantación".

Por su parte, el informe presentado por el Rector Subrogante de la Universidad Católica de la Santísima Concepción y firmado por los doctores Juan F. Stecher Miranda y Augusto Rivera Javea, sostiene que "con la fecundación aparece un individuo que contiene 46 cromosomas de la especie humana, que se desarrolla por sí mismo, cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, él mismo dirige su construcción y división, que viene inscrita en su ADN, es él quien toma el alimento que le

proporciona su madre, es, un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre, ninguna información adicional se le agregará (...). Este joven ser humano comienza su viaje a través de la trompa de Falopio para llegar al endometrio, lugar que lo albergará durante casi 9 meses. Durante el camino a este destino, se dividirá innumerables veces y cambiará de estructura para poder implantarse en el endometrio (...). En el momento de la implantación, no se le producirá cambio sustancial, no cambian sus genes ni se le agrega otra información (...) desde el punto de vista embriológico, es erróneo el concepto de preembrión, porque antes del embrión sólo existía el espermatozoide y el óvulo". (Pág. 2).

A su turno, la obra "Embriología clínica. El desarrollo del ser humano", de los médicos Keith L. Moore y T.V.N. Persaud, citada en estrados por el doctor Sebastián Illanes, define al cigoto como la "célula (que) procede de la unión de un ovocito y un espermatozoide durante la fertilización. Un cigoto es el comienzo de un nuevo ser humano, es decir, un embrión". Agrega que "el desarrollo humano comienza con la fecundación" y que "al fusionarse los pronúcleos en una agregación diploide sencilla de cromosomas, la ovótida se convierte en un cigoto (...). El cigoto es único desde el punto de vista genético debido a que la mitad de sus cromosomas procede de la madre y la otra mitad lo hace del padre. El cigoto contiene una nueva combinación de cromosomas que es distinta de la presente en las células de cualquiera de ambos progenitores. Este mecanismo constituye la base de la herencia y de la variación de la especie humana".

Refiriéndose a la implantación del cigoto, los autores mencionados la definen como "el proceso durante el cual el blastocito se fija al endometrio -la membrana mucosa o revestimiento del útero- y, posteriormente, se incluye en ella". Añaden que "la administración de dosis relativamente grandes de

estrógenos ("píldoras del día después") durante varios días, comenzando poco después del coito sin protección, no suele evitar la fecundación, pero sí la implantación del blastocito. Una dosis diaria elevada de dietilestilbestrol durante cinco o seis días también puede acelerar el paso del cigoto en división por la trompa uterina. Normalmente, el endometrio pasa a la fase secretoria del ciclo menstrual a medida que se forma el cigoto, sufre la segmentación y se introduce en el útero. La elevada cantidad de estrógenos altera el equilibrio normal entre estrógenos y progesterona necesario para la preparación del endometrio para la implantación (...)" (Editorial Elsevier, España, S.A, 2004, 7ª. edición, págs. 2, 35, 40 y 52).

Asimismo, la obra "Langman Embriología médica con orientación clínica", del médico T.W. Sadler, citada también en estrados por el doctor Sebastián Illanes, indica que los principales resultados de la fecundación son:

- *"Restablecimiento del número diploide de cromosomas. La mitad procede del padre y la mitad de la madre. En consecuencia, el cigoto posee una nueva combinación de cromosomas, diferente de la de ambos progenitores.*
- *Determinación del sexo del nuevo individuo. Un espermatozoide que posea X producirá un embrión femenino (XX) y un espermatozoide que posea Y originará un embrión masculino (XY). En consecuencia, el sexo cromosómico del embrión queda determinado en el momento de la fecundación.*
- *Iniciación de la segmentación. Si no se produce la fecundación, el ovocito suele degenerar en el término de 24 horas después de la ovulación" (Editorial Médica Panamericana, Buenos Aires, 2004, p. 43).*

Por último, el estudio "Derechos del cigoto desde una perspectiva biológica y metafísica", del doctor en biología

Eduardo Rodríguez Yunta, precisa que "desde el proceso de la fecundación, cuando el espermatozoide o célula germinal masculina penetra el óvulo o célula germinal femenina formando la única célula del cigoto, la entidad biológica que emerge es un ser humano. Un "ser humano" es entendido aquí significando, primero, que el cigoto es concebido de padres humanos, de tal forma que pertenece a la misma especie que la de sus progenitores; y, segundo, que el cigoto, como entidad biológica, posee una constitución genética humana que programa su estructura fisiológica y psicológica (...) Para aquellos que quieren argumentar que el no nacido, particularmente durante el primer trimestre de gestación, no es ser humano integralmente porque no posee las características de autoconciencia, intuición, pensamiento, memoria, imaginación, y por tanto no merece de los derechos y protecciones que se dan al nacido, hay que decir que aunque tales características no están todavía desarrolladas en el cigoto, están presentes los genes para el desarrollo del cerebro, donde estas capacidades se encuentran. Desde el punto de vista biológico el principio generativo se encuentra en los genes, de tal forma que el programa fisiológico y psicológico del cigoto está ya predeterminado por su constitución genética desde la fecundación, aunque en la determinación definitiva intervengan factores ambientales (...). Después de la fecundación no hay experimento científico que pueda desarrollarse con la intención de determinar cuándo el no nacido sería humano; cualquier momento que se usara como línea divisoria para señalar el comienzo de una "humanidad integral" (...) representa un momento arbitrario sujeto a discusión". (Revista Chilena de Derecho. Vol. 28, N° 2, 2001, pp. 263-254);

TRIGESIMOCUARTO: Que, llegado a este punto, esta Magistratura debe recordar un criterio hermenéutico, de carácter general, que se contiene en el artículo 21 del Código Civil,

según el cual *“las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”*.

De lo anterior se desprende que el intérprete está obligado a entender las palabras técnicas en el sentido que los especialistas que cultivan la respectiva ciencia o arte las entienden, sin que pueda atribuirles otro significado distinto. Tal criterio es particularmente vinculante para el juez, quien debe juzgar con arreglo a las normas jurídicas, pero sin desconocer los elementos de hecho que las rodean y que, por cierto, en un proceso como el que motiva el pronunciamiento de este Tribunal, deben ser acreditados a través de las distintas fases a través de las cuales se ha desarrollado el proceso;

TRIGESIMOQUINTO: Que, con tal entendimiento, puede sostenerse que los antecedentes que obran en autos y que se han recordado en los considerandos que preceden no sólo no contribuyen a clarificar el sentido del término *“implantación”*, en cuanto ella no se vería impedida como efecto de la utilización de la anticoncepción hormonal de emergencia a que se refieren las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad cuya constitucionalidad se cuestiona, sino que, además, estos sentenciadores han podido constatar visiones del todo contrapuestas en lo que dice relación con la naturaleza del producto de la fecundación que, más tarde, habrá de implantarse en el endometrio femenino.

Es así como, para algunos especialistas, la implantación se refiere sólo a una *“célula”* que, surgida como consecuencia de la fecundación y en la medida que se desarrolle, puede llegar a constituir un embrión, mientras que, para otros, lo que se implanta es más que una célula: es un ser humano plenamente identificable y distinguible de sus padres por su conformación

cromosómica y que ha surgido, precisamente, como consecuencia de la fecundación;

TRIGESIMOSEXTO: Que 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.

Así, en la causa sobre nulidad de derecho público de la Resolución N° 7224, de 24 de agosto de 2001, del Instituto de Salud Pública, que autorizó la venta o comercialización del fármaco denominado "Postinor-2", caratulada "AGES contra Instituto de Salud Pública", la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 10 de diciembre de 2004, señaló que "*(...) de los antecedentes acompañados al proceso, surge la duda científica que es fundamental para resolver el conflicto propuesto. En efecto, de las probanzas rendidas por las partes - sea en el probatorio o durante el cumplimiento de las medidas para mejor resolver decretadas por el tribunal- y de cuyo análisis se hace cargo el fallo en sus fundamentos 22° al 31°, reproducidos por éste, específicamente respecto al punto denunciado sobre el supuesto efecto antiimplantatorio, aparece claramente 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. Lo mismo se ratifica con los documentos acompañados en la alzada por la demandada a fs. 158, consistentes en doce trabajos científicos sobre la materia, en idioma inglés pero traducidos al español, de los que aparece, en general, que si bien se avanza en términos de comprobar que la actuación del fármaco es anterior a la anidación, ello no es constitutivo de una verdad científica exenta de duda y opinión"* (considerando 15°). También puso de

relevancia *"la encrucijada actual de no existir verdad científica indiscutida en relación a los efectos del fármaco en análisis"* (considerando 17°).

Por su parte, la sentencia de la Corte Suprema, de 28 de noviembre de 2005, que rechazó los recursos de casación en la forma y en el fondo, deducidos en contra de la sentencia antes aludida, confirmó que *"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 (...)"* (considerando 34°).

A su vez, en sentencia de amparo constitucional, dictada el 23 de mayo de 2006, por la Tercera Sala del Tribunal Constitucional del Ecuador, dirigida a obtener la suspensión definitiva del otorgamiento del registro sanitario para la comercialización y expendio de la *"pastilla del día siguiente, conocida con el nombre de "Postinor 2", se dejó constancia de que: "(..) 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 (sic) de lo contrario"* (considerando 10°).

Así, para estos sentenciadores, como para los que se han citado, la falta de consenso entre los especialistas y, por ende, la falta de certeza acerca de una de las posibles consecuencias de la anticoncepción de emergencia, como es que impida la implantación de un ser humano con las características propias de tal, resulta evidente. Tal evidencia tiene un impacto determinante en los efectos de la presente sentencia, pues incide, ni más ni menos, que en el momento mismo del comienzo de la vida de un ser humano que, como se explicará más adelante, el ordenamiento constitucional busca cautelar de manera preferente;

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que no escapa a la consideración de este Tribunal la trascendencia del problema vinculado a una eventual

inconstitucionalidad de los regímenes de anticoncepción de emergencia en los términos explicados precedentemente, pues el propio Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, impugnado en estos autos, ordena que las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad deben ser cumplidas *"íntegra y obligatoriamente por los organismos, instituciones y los funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de los Servicios de Salud"*. A su turno, las mismas Normas cuestionadas, en el párrafo referido a la orientación y consejería respecto del uso de la anticoncepción hormonal de emergencia, se refieren a la necesidad de *"informar que no existen razones para pensar que las PAE podrían dañar al feto si fallan en prevenir el embarazo"* (pág. 82);

TRIGESIMOCTAVO: Que el problema que se ha venido describiendo adquiere caracteres aún más graves si se consideran los antecedentes relacionados con la forma en que se informa a las usuarias de píldoras anticonceptivas (PAE) de los posibles efectos de la ingesta de dichos fármacos. Basta para ese efecto examinar el rotulado de los productos de esta naturaleza que se expenden a lo largo del mundo.

Así, por ejemplo, la información francesa del fármaco NORLEVO, desarrollado por el Laboratorio HRA-Pharma, comercializado por Laboratorios Besins-Iscovesco, en Francia, y que se distribuye en alrededor de 50 países del mundo, indica, en su envase, que se compone de levonorgestrel 0,750 microgramos, lactosa monohidratada, almidón de maíz, povidona, sílice coloidal anhido, estreato de magnesio, y que se ingiere en dosis de un comprimido, agregando que *"este medicamento es un anticonceptivo de urgencia"* además que *"la anticoncepción de urgencia es un método de reparación que busca evitar la ovulación o **la implantación de un huevo fecundado** en caso de relación sexual sin protección"*. (Traducción del francés efectuada por el Colegio de

Traductores Públicos de la ciudad de Buenos Aires, el 18 de enero de 2000, y agregada al Expediente Administrativo N° 47-1694/00-4, de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica de Argentina).

Sobre el particular, información entregada por el diario El País, de España, el 9 de abril de 2008, indica que "el Consejo de Estado francés veta 'la píldora del día después' en la escuela" aludiendo a la decisión de ese órgano de control de los actos de la Administración que ha impedido que el mencionado fármaco (norlevo) se administre en los colegios e institutos, pues "en razón de sus efectos y de sus contraindicaciones entra dentro de la categoría de medicamentos susceptibles de suponer un peligro para la salud si son administrados sin vigilancia médica" (www.elpais.com). De esta manera se alteran los efectos de la Circular firmada, en diciembre del año 1999, por la ex Ministra de Enseñanza Media, Segolène Royal, que autorizó a las enfermeras de los institutos a distribuir la llamada píldora del día después entre las menores que la solicitasen de manera razonada.

A su turno, en el expediente administrativo del Instituto de Salud Pública de Chile, acompañado a estos autos en cumplimiento de la medida para mejor resolver decretada por el Tribunal a fojas 859, y que se refiere a la solicitud de registro del producto Postinor-2 comprimidos de 0,75 mg., del Laboratorio Grünenthal Chile Ltda., puede leerse la traducción oficial del rotulado del mencionado fármaco, 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*".

Así, los ejemplos consignados en relación con la manera en que se informa a las potenciales usuarias de los efectos del

fármaco por los laboratorios que lo comercializan dejan en evidencia que, a diferencia de la precaución consignada en las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad en Chile, las aludidas usuarias deberían tener presente que si ingieren el aludido fármaco pueden producirse, eventualmente, efectos que alteren la implantación del embrión (no del óvulo sin fecundar que nunca se implanta) en el endometrio o, más propiamente, que impidan la implantación del "huevo fecundado";

TRIGESIMONOVENO: Que de los razonamientos que preceden, esta Magistratura sólo 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;

IV. **PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA VIDA EN CHILE.**

CUADRAGÉSIMO: Que, acorde con las características del conflicto constitucional planteado por los diputados requirentes, corresponde que este Tribunal se haga cargo de la alegación formulada por ellos en el sentido de que los métodos y procedimientos a que se refieren las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del Decreto Supremo N° 48, del Ministerio de Salud, de 2007, consistentes en la llamada "píldora del día después", *"ya sea a través de la entrega de una sola pastilla de progestina pura, generalmente*

levonorgestrel al 0,75 mg., o a través de la combinación de píldoras, método denominado Yuzpe", son "abortivos" en cuanto ambos "tienen por consecuencia producir una alteración endometrial que actúa finalmente impidiendo la anidación del individuo ya concebido" (fojas 70) y "dado el sello distintivo que posee nuestro ordenamiento jurídico en orden a defender la vida del que está por nacer, mandato constitucional dado al legislador que se cumple entre muchas otras disposición (sic) de nuestro ordenamiento con la siguiente: "No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto" (Ley 18.826, Modificatoria del Código Sanitario)" (fojas 71).

En consecuencia, y de acuerdo a lo planteado por los requirentes, esta Magistratura está llamada a verificar si el órgano administrador ha infringido valores, principios o reglas recogidos en la Constitución -y que se refieran, específicamente, a la protección de la vida del que está por nacer- a través de la dictación de un decreto supremo cuya aplicación produzca resultados contrarios a la Carta Fundamental en el sentido anotado;

CUADRAGESIMOPRIMERO: Que el razonamiento del Tribunal en orden a resolver el conflicto constitucional descrito hace necesario caracterizar el valor de la vida humana en la Constitución vigente, así como en la arquitectura de los derechos fundamentales de la que forma parte inequívoca. Asimismo obliga a precisar quién es el titular del derecho a la vida del que está por nacer;

CUADRAGESIMOSEGUNDO: Que, en ese orden de consideraciones, debe recordarse que el artículo 19 de la Constitución comienza con el enunciado: *"La Constitución asegura a todas las personas"* agregando inmediatamente a continuación, en su numeral primero:

"1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.

La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo”;

CUADRAGESIMOTERCERO: Que, en relación con el encabezado del aludido artículo 19, es menester consignar que, durante el debate sostenido al interior de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, don José María Eyzaguirre, Presidente de la Subcomisión del Derecho de Propiedad, hizo saber que:

“(…)a todos los miembros de la Subcomisión les pareció mucho más lógico usar la palabra “personas”, en primer lugar, porque el concepto de “habitantes” (que utilizaba la Carta de 1925), como lo dijo el señor Silva Bascuñán, circunscribe el ámbito espacial de la garantía, en materias que muchas veces no lo deben estar, porque trascienden el espacio, y hoy día el Estado no sólo actúa dentro de su territorio físico, sino que también, en vista del sinnúmero de relaciones internacionales, fuera de él. Además pareció más lógico (...), dentro de lo que es el pensamiento jurídico predominante en la Subcomisión, usar la palabra “personas”, que es el verdadero sujeto de derecho y que tiene una connotación filosófica mucho más clara que el término “habitantes”, por cuanto la persona es un ser que está dotado de mucho mayor trascendencia que el habitante, lo que se puede aplicar incluso a quienes no son personas, siendo éste el sentido que tuvo presente la Subcomisión” (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 156a., 7 de octubre de 1975, p. 9);

CUADRAGESIMOCUARTO: Que del párrafo transcrito ha de ponerse de relevancia la calidad de “sujeto de derecho” y, por ende, titular de derechos, que caracteriza a toda persona a quien se aseguran los derechos reconocidos en el artículo 19 de la Carta Fundamental, como también aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos asimismo por los tratados

internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, tal como lo ordena el inciso segundo del artículo 5° de la Ley Suprema.

En el mismo sentido, el profesor Patricio Zapata ha sostenido que *"en nuestro derecho positivo sólo son sujetos de derecho las personas, sean éstas naturales o jurídicas (art. 54 del Código Civil). Es sujeto o persona todo ser capaz de adquirir derechos o contraer obligaciones. La calidad de persona supone la capacidad -o al menos la potencia- de querer y obrar, cualidades que sólo se manifiestan en el hombre (persona natural) o en las asociaciones humanas (personas jurídicas)"*. ("Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el derecho chileno". Revista Chilena de Derecho, Vol. 15, N°s. 2-3, 1988, p. 377).

A esta afirmación cabría agregar lo afirmado por el profesor Alejandro Silva Bascuñán, al debatirse en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución el encabezado del actual artículo 19 de la misma, en el sentido de que *"a propósito de la palabra "personas" (...), las personas jurídicas que todavía no están constituidas como tales están amparadas desde la partida, antes de su reconocimiento, por el derecho de asociación. De manera que si, de cualquier forma, se actuare arbitrariamente para negar la personalidad jurídica desde el inicio a esas personas naturales o jurídicas que quieran dar nacimiento a otra persona jurídica, el derecho de asociación quedaría atropellado"* (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 156a., 7 de octubre de 1975, p. 11);

CUADRAGESIMOQUINTO: Que, sobre la base de lo afirmado, puede sostenerse que el estatuto constitucional chileno se construye sobre la base del reconocimiento de la persona como sujeto de derecho y, en particular, como titular de los derechos que se aseguran en el artículo 19 de la Carta Fundamental cuanto de

aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana reconocidos por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

De la misma manera, debe afirmarse que la propia Constitución se ha encargado de caracterizar a la persona - entendida en la forma que se ha venido explicando- en una visión humanista que, precisamente, enfatiza que ella es sujeto y no objeto del derecho. Es así como los atributos básicos de la persona se encuentran consignados en el artículo 1° de la Carta Fundamental que, como ha sostenido esta Magistratura, *"es de un profundo y rico contenido doctrinario, que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del respeto de la preceptiva constitucional"* (Sentencia Rol N° 19, 27 de octubre de 1983, considerando 9°);

CUADRAGESIMOSEXTO: Que teniendo presente lo expresado, el artículo 1° de la Ley Suprema afirma que *"las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos"*, de lo que se sigue que el ser humano, independientemente de su edad, sexo o condición particular, es acreedor siempre a un trato de respeto.

Sin perjuicio de las características de seres dignos, libres e iguales, que fluyen del contenido del primero de los preceptos de la Carta Fundamental, y que singularizan a toda persona, debe considerarse la sociabilidad que le es inherente y que constitucionalmente se expresa en que *"la familia es el núcleo fundamental de la sociedad"* (inciso segundo del artículo 1°) y que *"el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos"* (inciso tercero del artículo 1°).

Una última característica de la persona puede ser advertida en el contexto de los valores y principios recogidos en el

artículo 1° de la Constitución. Se trata de que la persona está dotada de materia y espíritu, pues al definir el bien común o fin del Estado, la Carta Fundamental impone a éste no sólo el deber de estar al servicio de la persona humana sino que, además, de *"contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece"*;

CUADRAGESIMOSEPTIMO: Que de lo anterior se colige que cuando la Carta Fundamental "asegura" determinados derechos a las "personas", sólo está reconociendo atributos propios de su naturaleza. En otros términos, no es la Constitución la que ha creado esos derechos sino que, simplemente, se ha limitado a reconocerlos, a regular su ejercicio y a garantizarlos a través de mecanismos jurídicos adecuados para no tornar ilusoria su protección. De allí que el propio ejercicio del Poder Constituyente, en cuanto expresión de la soberanía de la nación, reconoce como límite el "respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", tal y como ordena el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental.

Al mismo tiempo, el mandato imperativo de "asegurar" tales derechos, que se contiene en el enunciado del artículo 19 de la Constitución, importa: a) que sólo puede asegurarse lo que existe previamente; b) que la condición de seguridad que el Constituyente desea brindar a los derechos que reconoce importa hacer cesar cualquier transgresión o vulneración que, más allá de los propios límites previstos por la Carta, puedan experimentar tales derechos, como también impedir la amenaza o peligro inminente que pueda afectarlos; y c) que deben diseñarse e implementarse todos los mecanismos necesarios para brindar efectiva protección tanto a la titularidad de tales derechos cuanto a su ejercicio.

En esta perspectiva debe también agregarse que, para el constitucionalismo contemporáneo, los derechos fundamentales -que se aseguran a todas las personas- poseen una doble naturaleza que justifica su rol central en las Cartas Fundamentales y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por un lado, constituyen facultades que se reconocen a su titular, dando lugar a su dimensión "subjetiva", mientras que, por otro, dan unidad y sentido a todo el ordenamiento jurídico, lo que se conoce como su dimensión "objetiva".

De allí que todo conflicto constitucional que, como el de la especie, tienda a constatar la eventual vulneración de derechos fundamentales tiene una especial significación que no puede dejar indiferente a ningún operador del derecho;

CUADRAGESIMOCTAVO: Que, precisado el alcance de la frase que encabeza el artículo 19 de la Carta Fundamental, es menester hacerse cargo, en ligamen con el requerimiento de autos, de si el ser concebido, aunque no nacido, puede ser ubicado dentro de la categoría de "personas" a que aluden diversos preceptos de la Carta Fundamental, como los artículos 1°, incisos primero, cuarto y quinto; 6°, inciso segundo, 7°, inciso segundo; y 19 de la misma. Tal razonamiento resulta indispensable para determinar si pueden serle atribuidos los derechos asegurados por el artículo 19 de la Constitución y, en particular, aquél invocado por los requirentes como transgredido por la norma reglamentaria que se impugna;

CUADRAGESIMONOVENO: Que, sobre el particular, 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.

Así, la profesora Ángela Vivanco Martínez sostiene que:

“Si analizamos la definición de persona hoy presente en la Historia Fidedigna de la Constitución de 1980, basada en la dignidad y en la salvaguarda del individuo de la especie humana como sujeto de derechos y merecedor de protección desde el momento en que es concebido, esta resulta muy diversa de la que tradicionalmente se ha manejado en el ámbito legal. Ello ha sido fundamentalmente causado por la extensión de los conceptos del Derecho Civil, que tienen una clara connotación patrimonial, a otras disciplinas del Derecho Chileno, entre las que precisamente se encuentra el Derecho Penal (...) la vida humana es objeto de protección constitucional desde la concepción, ya que desde ese momento estamos en presencia de un ser humano que reúne en sí todas las calidades y requisitos de tal, sin importar que aún no haya desarrollado todas las potencias propias del hombre, y que por ello cuenta desde ya con la calidad de persona, que lo hace ser reconocido como digno y merecedor de la protección constitucional”. (“El derecho a la vida y la discusión acerca del concepto de persona humana en el ámbito constitucional”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 28, N° 2, 2001, pp. 474 y 477).

Por su parte, el profesor y ministro de este Tribunal, José Luis Cea Egaña, afirma que:

“En el vocablo persona quedan, consiguientemente, absorbidos los individuos de ambos sexos, de cualquiera nacionalidad, raza o condición, sin distinción de edad, oficio o profesión, cualquiera sea su estado de salud física o mental, se hallen domiciliados, sean residentes o meros transeúntes, todo en la medida que se rijan por el ordenamiento jurídico chileno. Por lo mismo, enfatizamos que para un humanista no cabe duda que la criatura que se halla en el vientre materno, desde el momento mismo de su concepción, es también persona y titular de los derechos propugnados en el artículo 19 del Código Político” (“Derecho

Constitucional Chileno”, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, p. 47).

Asimismo, en Informe en Derecho acompañado a estos autos por la Fundación Instituto de Estudios Evangélicos, los profesores Alejandro Silva Bascuñán y Francisco Cumplido Cereceda sostienen que:

“(...) los principios básicos del constitucionalismo y de la hermenéutica de los Derechos Humanos, los avances en la genética, el tenor literal del precepto del artículo 19 N° 1, los principios inspiradores de nuestra legislación nacional plasmados en el Código Civil (art. (sic) 55, 74, 75 y 76), y lo dispuesto en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y artículo 1 de la Ley N° 20.120, llevan a concluir que el nasciturus desde su concepción no sólo es un ser humano, sino que además, en tal carácter, es titular del derecho a la vida desde ese mismo momento, y que el Estado tiene el deber de protegerlo” (p. 4).

Finalmente, el profesor Humberto Nogueira Alcalá sostiene que:

“La vida humana constituye un proceso que comienza con la concepción en la cual ya se encuentra en potencia y acto la persona humana, la que requiere sólo de tiempo para su desarrollo y nacimiento, la cual continuará a lo largo de la vida en el ámbito de la sociedad y que termina con la muerte. La vida humana constituye así un continuo, que está sometido a cambios de naturaleza somática y psíquica con el transcurso del tiempo, constituyendo durante todo el proceso vida humana y ser humano” (“Derechos fundamentales y garantías constitucionales”. Tomo 1. Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, p.313);

QUINCUAGÉSIMO: Que la interpretación que han dado los iuspublicistas al encabezado del artículo 19 de la Constitución, en cuanto asegura a todas las “personas”, entre otros, el derecho

a la vida, tiene una evidente coincidencia con los antecedentes de orden biológico que se han presentado en estos autos.

En efecto, si al momento de la concepción surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, constituyéndose en un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre -como ha sido afirmado en estos autos-, es posible afirmar que estamos frente a una persona 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;

QUINCAGESIMOPRIMERO: Que la jurisprudencia de otros tribunales del continente se ha expresado en términos similares a los que se han venido explicando. Así, la Corte Suprema de Costa Rica, en sentencia de 15 de marzo de 2000, sostuvo que *"en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico"* (citada en el Informe en Derecho de los Profesores Alejandro Silva Bascuñán y Francisco Cumplido Cereceda acompañado por la Fundación de Estudios Evangélicos).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, en fallo de 5 de marzo de 2002, en los autos sobre amparo incoados por la entidad Portal de Belén, ha señalado que:

"En la causa T.,S.", antes citada, este Tribunal ha reafirmado el pleno derecho a la vida desde la concepción (voto de la mayoría, considerandos 11 y 12 y disidencia de los jueces Nazareno y Boggiano). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo - más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los

restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes) (considerando 12°);

QUINCUAGESIMOSEGUNDO: Que, a su turno, la protección constitucional de la persona a partir del momento de la concepción en Chile se vio plenamente reafirmada al discutirse la reforma al artículo 1°, inciso primero, de la Carta Fundamental, que cambió la expresión "hombres" por "personas" y que se concretó a través de la Ley N° 19.611, publicada en el Diario Oficial de 16 de junio de 1999. Durante el segundo trámite de esa reforma constitucional, verificado en el Senado, se aprobó dejar constancia que:

"El nasciturus, desde la concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por ende es titular del derecho a la vida".

La constancia anterior se originó en la solicitud de aclaración planteada por el Senador Carlos Bombal en el sentido que:

"Con la enmienda propuesta en el N° 1) del artículo único de la iniciativa -sustituye en el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental la expresión "Los hombres" por "Las personas"-, en lo sucesivo alguna doctrina podría pretender sostener que sólo es persona y, por ello, sujeto de derecho el individuo que ha nacido, con lo cual la criatura concebida y no nacida no tendría la calidad de persona". Así, sobre la base de la aclaración pedida, solicitó formalmente a la Mesa que:

"Recabe el acuerdo de esta Sala con el objeto de hacer constar en forma expresa, para la historia fidedigna del establecimiento de la norma pertinente, que, ante el hipotético caso de que este proyecto se convierta en norma constitucional, jamás se podrá desprender de él que, en conformidad a nuestro ordenamiento fundamental, se es persona y, por ello, sujeto de derecho a partir del nacimiento, pues este asunto ya fue zanjado

por otra norma constitucional. En la especie, el artículo 19, N° 1, de la Carta, al proteger la vida del que está por nacer, lo hace luego de que en el epígrafe de aquel precepto se dispone expresamente que "La Constitución asegura a todas las personas:"; es decir, que la criatura que se encuentra por nacer es persona y sujeto de derecho desde su concepción. Al tenor del N° 1 del artículo 19 y del artículo 1° de la Constitución, de aprobarse la reforma de este último, podría darse pie para que la doctrina planteara la existencia de contradicción entre ambas normas fundamentales (...)".

Por su parte, el Senador Hernán Larraín expresó que:

"(...) observamos que no se pretende innovar el tenor del actual artículo 1° de la Constitución.

En consecuencia, no parece posible desprender un significado distinto del que hoy tiene la expresión "personas". De manera que la interpretación del Honorable señor Bombal, a mi entender, es correcta.

Creo que, si se aprueba este proyecto (...), la interpretación dada a la referida norma deberá seguir, porque no se modifica su sentido con la expresión "Las personas", agregada en la Comisión a sugerencia del señor Hamilton. Ese hecho no altera la búsqueda de igualdad como objetivo central de la iniciativa y no cambia la noción sobre el término "persona", que, dentro de la tradición jurídica, ha incluido como sujeto de derecho al que está por nacer".

A su turno, el Senador José Antonio Viera-Gallo afirmó:

"Señor Presidente, lo manifestado por el Presidente de la Comisión es claro en el sentido de que no se innova en esta materia.

Ahora, la interpretación de lo que hoy existe sobre el particular podría generar un largo debate. Pero lo importante es

que no se cambia nada al respecto". (Diario de Sesiones del Senado, sesión 21^a, 3 de marzo de 1999, pp. 2562 y ss.);

QUINCUAGESIMOTERCERO: Que, en la misma línea argumental, debe recordarse que la Convención Americana de Derechos Humanos - tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente- 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*".

De esta manera, este tratado internacional -que forma parte del ordenamiento jurídico chileno- resalta que todo ser humano tiene derecho a la vida sin que nadie pueda privarlo de ella arbitrariamente, lo que permite apreciar una particular coincidencia entre la norma aludida y aquélla que se contiene en el artículo 19, numeral primero, de nuestra Constitución;

QUINCUAGESIMOCUARTO: Que, de esta forma, queda claro que, para el Constituyente -y a diferencia de lo que pueda desprenderse del examen de normas legales determinadas-, el embrión o el *nasciturus* es persona desde el momento de la concepción.

Corresponde ahora examinar la protección específica que aquél merece en cuanto titular del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica que se asegura a todas las personas en el artículo 19, N° 1, de la Ley Suprema;

QUINCUAGESIMOQUINTO: Que, previo a consignar los alcances constitucionales de la protección de la vida y de la integridad física y psíquica a que tiene derecho la persona desde su concepción, es menester ubicar la posición que tiene este derecho en la estructura de los derechos fundamentales reconocidos y asegurados por la Constitución.

En este sentido, cabe observar que el derecho a la vida es, sin duda alguna, el derecho fundante de todos los demás, pues sin

vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales.

Como ha señalado el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en su Observación General sobre el artículo 6° del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la vida es *"el derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones que pongan en peligro la vida de la nación"*. Ha agregado, asimismo, que *"el derecho a la vida es el más esencial de estos derechos"*.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, por su parte, que *"el derecho a la vida es ampliamente reconocido como el derecho supremo del ser humano y conditio sine qua non para el goce de todos los demás derechos"*;

QUINCAGESIMOSEXTO: Que el derecho a la vida asegurado por el artículo 19 N° 1 de la Constitución, en consonancia con el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, asegura a toda persona -incluyendo al *nasciturus*- el derecho a mantener la vida y a conservarla frente a los demás hombres. Si se quiere, *"es el derecho a que nadie nos la quite, y a que no pueda suprimirla ni cercenarla su propio sujeto"* (José Joaquín Ugarte Godoy. El derecho a la vida y la Constitución. Revista Chilena de Derecho, Volumen 33, N° 33, 2006, p. 514).

Resulta necesario advertir que el Constituyente chileno aseguró el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, pues el derecho a conservar la vida como un todo incluye la posibilidad de exigir que ella no sea menoscabada, física o psíquicamente. De esta manera se trata de dos derechos

que, aunque diferentes, se relacionan y complementan de manera inescindible;

QUINCUAGESIMOSÉPTIMO: Que, junto con asegurar el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, nuestra Carta Fundamental ordenó: *"La ley protege la vida del que está por nacer"*.

Al discutirse la redacción de este precepto en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, don Jorge Ovalle propuso establecer que la ley protege la vida del "ser" que está por nacer, puesto que *"para él, es importante dejar constancia de que se trata de un ser existente, siendo ésta la razón de su sugerencia"* (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 94, pág. 9).

Por su parte, el comisionado Jaime Guzmán agregó que, en cuanto al inciso segundo del N° 1 del artículo 19, que se comenta, esta referencia es estrictamente necesaria *"porque cree que es enteramente distinto de todos los demás derechos. Porque en los demás se trata de personas que están vivas y, en cambio, en éste se trata de una persona que se quiere preservar que esté viva, lo que es muy distinto"* (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 87, p. 11).

En el mismo sentido, don Alejandro Silva Bascuñán agregó que *"en el caso de quien está por nacer, siendo un bien enorme para la humanidad y para él el principio de la existencia, cómo se puede, sin ningún acto reflexivo de esa persona que va a sacrificar su vida o que no va a llegar a ella, supeditar y poner casos en los cuales se conciba que se quite un derecho a quien no ha tenido oportunidad de defenderse o que no ha tenido oportunidad de realizar ningún acto."* (Idem, p. 13);

QUINCUAGESIMOCTAVO: Que de los antecedentes recordados puede concluirse que la intención del Constituyente fue confiar al legislador las modalidades concretas de protección de la vida del

que está por nacer en el entendido que se trata de un ser existente e inserto en la concepción de persona, en cuanto sujeto de derecho, a que alude el encabezado del artículo 19. Este mandato al legislador importa la protección de un derecho y no sólo del bien jurídico de la vida, distinción que no es menor para estos sentenciadores. En efecto, si sólo se hubiese protegido la vida, en cuanto bien jurídico, bastaría que el legislador hubiese consagrado mecanismos que aseguraran al *nasciturus* la viabilidad de la vida intrauterina hasta el nacimiento.

Sin embargo, el legislador -interpretando correctamente el mandato que le ha impuesto la Constitución- ha establecido acciones e instrumentos concretos destinados a que el *nasciturus* opte a la protección de sus derechos como cualquier otro titular. Así se desprende de diversas disposiciones del Código Civil, como las que se transcriben a continuación:

“Artículo 75. La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.”

Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento”.

“Artículo 181. La filiación produce efectos civiles cuando queda legalmente determinada, pero éstos se retrotraen a la época de la concepción del hijo.

No obstante, subsistirán los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas antes de su determinación, pero el hijo concurrirá en las sucesiones abiertas con anterioridad a la determinación de su filiación, cuando sea llamado en su calidad de tal (...)”.

“Artículo 243. La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados.

La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer”.

El Código Orgánico de Tribunales, a su vez, señala, en su artículo 369:

“Pueden los jueces oír al ministerio de los defensores públicos en los negocios que interesen a los incapaces, a los ausentes, a las herencias yacentes, a los derechos de los que están por nacer, a las personas jurídicas o a las obras pías siempre que lo estimen conveniente”.

El Código Sanitario agrega, en su artículo 16, que:

“Toda mujer, durante el embarazo y hasta el sexto mes del nacimiento del hijo, y el niño, tendrán derecho a la protección y vigilancia del Estado por intermedio de las instituciones que correspondan.

La tuición del Estado comprenderá la higiene y asistencia social tanto de la madre como del hijo”.

A su turno, la Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, modificada por Leyes N°s. 19.741 y 20.152, indica que:

“De los juicios de alimentos, conocerá el juez de familia del domicilio del alimentante o del alimentario, a elección de este último. Estos juicios se tramitarán conforme a la ley N° 19.968, con las modificaciones establecidas en este cuerpo legal.

Será competente para conocer de las demandas de aumento de la pensión alimenticia el mismo tribunal que decretó la pensión o el del nuevo domicilio del alimentario, a elección de éste.

De las demandas de rebaja o cese de la pensión conocerá el tribunal del domicilio del alimentario.

La madre, cualquiera sea su edad, podrá solicitar alimentos para el hijo ya nacido o que está por nacer. Si aquélla es menor, el juez deberá ejercer la facultad que le otorga el artículo 19 de la ley N° 19.968, en interés de la madre (Ley 20.152)”.

La Ley sobre Impuesto a la Renta, Decreto Ley N° 824, de 1974, prescribe, en su artículo 7°, que:

“También se aplicará el impuesto en los casos de rentas que provengan de: 1°. Depósitos de confianza en beneficio de las criaturas que están por nacer o de personas cuyos derechos son eventuales (...)”.

Por último, el artículo 1° de la Ley N° 20.120, sobre la Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma y Prohíbe la Clonación Humana, señala, en forma aún más concordante con la preceptiva constitucional, 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”;

QUINCAGESIMONOVENO: Que, por su parte, la jurisprudencia de nuestros tribunales también se ha pronunciado en torno a la protección de la “persona” que está por nacer, en cuanto sujeto de derecho, en forma congruente con la preceptiva constitucional. Así, en fallo de la Corte Suprema, de 30 de agosto de 2001, se señaló que: *“el que está por nacer cualquiera sea la etapa de su desarrollo pre natal, 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”* (considerando 17°).

A su vez, la jurisprudencia administrativa ha seguido asimismo la línea de entender que la protección que el legislador

debe brindar a la vida del que está por nacer le otorga a éste ciertos derechos propios de un titular de los mismos. Así, la Contraloría General de la República ha dictaminado que *"acorde con el artículo 5° de la Carta Fundamental es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos que emanan de tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes -cuyo es el caso de la aludida Convención Americana de Derechos Humanos- el nonato debe ser considerado como persona para los fines en comento, de modo, entonces, que si la vida de un ser en gestación ha sido interrumpida en las circunstancias previstas en la ley N° 19.123, éste debe ser estimado como causante de los beneficios que esta normativa regula"* (Dictamen 25.403, de 21 de agosto de 1995);

SEXAGÉSIMO: Que, sentado que el mandato que el Constituyente impone al legislador, en el inciso segundo del artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, importa asegurar el derecho a la vida del que está por nacer -y no sólo proteger su vida en cuanto bien jurídico-, debe recordarse el deber que la Constitución impone a los órganos del Estado de respetar y promover los derechos asegurados por la misma Carta Fundamental así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en consonancia con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental;

V. **LAS NORMAS NACIONALES SOBRE REGULACIÓN DE LA FERTILIDAD Y LA DUDA RAZONABLE DE AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA.**

SEXAGESIMOPRIMERO: Que este Tribunal se ha visto abocado al imperativo de determinar si la Sección C, acápite 3.3, de las

Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, impugnadas por los requirentes, vulneran la Constitución;

SEXAGESIMOSEGUNDO: Que sobre la base del principio procesal básico de que "el juez falla conforme al mérito del proceso", es posible sostener que toda la evidencia presentada en estos autos, no sólo por las partes, sino que por las demás autoridades y representantes de la sociedad civil que, libremente, acogieron la invitación de esta Magistratura a expresar su opinión sobre la materia del requerimiento, como asimismo el examen de aquellos antecedentes que el propio Tribunal ordenó allegar, sólo refleja la existencia de una disparidad profunda de opiniones, sobre todo en el mundo científico, en orden a que el momento de la concepción marque el inicio de la vida humana y, por ende, que los regímenes de anticoncepción de emergencia a que aluden las normas impugnadas en estos autos pueden afectar el derecho a la vida de la persona que está por nacer.

El Tribunal ha ponderado esas opiniones en su debido mérito, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 21 del Código Civil, y al margen de cualquier connotación ajena a criterios jurídico-constitucionales;

SEXAGESIMOTERCERO: Que la constatación, durante la tramitación de este proceso constitucional, de una profunda disparidad de puntos de vista entre los expertos llamados a señalar el comienzo de la vida humana y, por ende, los reales efectos de los regímenes de anticoncepción de emergencia, como aquellos a que aluden las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, no puede llevar a esta Magistratura a eludir un pronunciamiento sobre una de las funciones que definen la esencia de su quehacer. Proceder de esa manera no sólo importaría renunciar al ejercicio de sus atribuciones esenciales de cautelar los derechos fundamentales y de defender la supremacía

constitucional sino que, además, significaría vulnerar el deber de inexcusabilidad que pesa sobre todo tribunal y que, respeto de éste, en particular, está expresamente consignado en el artículo 3° de su ley orgánica;

SEXAGESIMOCUARTO: Que, en ese orden de consideraciones, resulta pertinente recordar que en su informe *"La duda razonable en la prohibición del Levonorgestrel 0,75 mg. Análisis lógico y jurídico"*, del Centro de Estudios para el Derecho y la Ética Aplicada de la Universidad Católica de Chile, acompañado a este proceso, se precisa que *"existe duda cuando el entendimiento no es capaz de asentir o negar un enunciado en ausencia de una causa suficiente que lo determine en uno u otro sentido. Se produce equivalencia en la suficiencia de motivos en favor y en contra del enunciado: hay igualdad, tanto en calidad como en cantidad, entre las razones que afirman o niegan el aserto"* (p. 6).

En la especie, podría sostenerse que las posiciones de los médicos que han aportado antecedentes a esta causa, ya sea a favor o en contra de que la "píldora del día después", en su versión de progestina pura de 0.75 mg. o en el método combinado o de Yuzpe, son equivalentes en cuanto ambas sustentan, con idéntico vigor y convicción, su particular punto de vista.

No obstante, existe un elemento que, a juicio de estos sentenciadores, neutraliza tal equivalencia y que tiene que ver con el efecto que ha de producirse de acogerse una u otra posición. En efecto, si se acoge la tesis de quienes sostienen que sólo existiría un ser humano y por ende, una persona desde la implantación del embrión en el endometrio, impidiendo las píldoras del día después tal implantación, no habría atentado contra la vida de una "persona" en los términos que la Carta Fundamental lo entiende.

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 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.

Por lo tanto, la duda -que es razonable- puesto que no se puede cuestionar, por este juzgador, el raciocinio de quienes son expertos en la ciencia médica involucra -ni más ni menos- que una eventual vulneración de la Carta Fundamental;

SEXAGESIMOQUINTO: Que 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. Se configura, así, una duda razonable que el juez debe enfrentar en función de los imperativos descritos en el considerando sexagesimotercero;

SEXAGESIMOSEXTO: Que, para dilucidar el conflicto constitucional planteado y ante la evidencia de estar estos jueces frente a una duda razonable, ha de acudir a aquellos criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los

derechos fundamentales, por ser ésa la materia comprometida en el presente requerimiento.

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);

SEXAGESIMOSÉPTIMO: Que, en esta perspectiva, la duda razonable suscitada en estos sentenciadores acerca de si la distribución obligatoria de la "píldora del día después" en los establecimientos que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud puede ocasionar la interrupción de la vida del embrión, al impedirle implantarse en el endometrio femenino, genera, a su vez, una incertidumbre acerca de una posible afectación del derecho a la vida de quien ya es persona desde su concepción en los términos asegurados por el artículo 19 N° 1 de la Constitución. La referida duda debe llevar, de acuerdo a lo que se ha razonado, a privilegiar aquella interpretación que favorezca el derecho de "la persona" a la vida frente a cualquiera otra interpretación que suponga anular ese derecho;

SEXAGESIMOCTAVO: Que razonar de otra manera importaría desconocer la dignidad sustancial de toda persona, a que alude el inciso primero del artículo 1° de la Constitución, y que supone que los derechos de que es titular son, incluso, anteriores al ordenamiento jurídico positivo, pues son manifestaciones de su propia naturaleza.

Asimismo, llevaría a desconocer que las políticas que la autoridad va desarrollando en pro de la consecución del bien común de todos y cada uno de los miembros de la comunidad nacional tienen, como necesario límite, el respeto a los derechos

que la Constitución asegura, tal y como ordena el inciso cuarto del artículo 1° de la misma.

Del mismo modo, un razonamiento diferente al que se ha realizado en esta sentencia importaría afectar sustancialmente el principio del Estado de Derecho según el cual "*los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella*", tal y como ordena el inciso primero del artículo 6° de la Ley Suprema;

SEXAGESIMONOVENO: Que de todo lo expuesto sólo 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 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 consecuente 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 sólo puede concluir que el imperativo de proteger y promover el derecho a la vida, que se desprende del artículo 5°, 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 aquél, 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);

SEPTUAGÉSIMO: 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.

Y VISTO lo dispuesto en los artículos 1º, 5º, 6º, 7º, 19 N° 1, 93, inciso primero, N° 16 y 94 de la Constitución Política de la República y en las normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

1. Que se acoge el requerimiento únicamente en cuanto se declara que la Sección C., acápite 3.3, "Anticoncepción Hormonal de Emergencia", así como la Sección D., "Anticoncepción en Poblaciones Específicas", acápite 1, sólo en la parte que se refiere a la "anticoncepción de emergencia", de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, son inconstitucionales.
2. Que, en consecuencia, se desestima el requerimiento, en cuanto impugnó la Sección C, acápite 4, "Anticoncepción No Hormonal", punto 4.1.1. "Dispositivos Intrauterinos", de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que integran el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud.
3. Que asimismo se rechaza el requerimiento, en cuanto impugnó la consejería a adolescentes en el marco de confidencialidad sin conocimiento ni consentimiento de los padres, contenida en la Sección D., bajo el título "Anticoncepción en Poblaciones Específicas", acápite 1, "anticoncepción en adolescentes", de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, contenidas en el Decreto

Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, sin perjuicio de lo resuelto en el N° 1.

4. Devuélvase al 20° Juzgado Civil de Santiago los autos Rol 5.839-2002, caratulados "Centro Juvenil AGES con Instituto de Salud Pública".

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR RAÚL BERTELSEN REPETTO.

El Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto concurre al fallo, aunque a propósito de lo expuesto en el considerando septuagésimo, manifiesta que la cuestión sometida a la decisión del Tribunal Constitucional, en esta parte del requerimiento, es únicamente la que se precisa en el considerando décimo, al señalar que: "Lo que ha de resolver, entonces, esta Magistratura, 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 se indica en 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 tomo razón de dicho decreto".

VOTO CONCURRENTE DEL MINISTRO SEÑOR MARIO FERNÁNDEZ BAEZA.

1. El **derecho a la vida** reconocido en el número 1° del artículo 19 de la Constitución Política de Chile es inherente al constitucionalismo moderno y, por ende, a la democracia y al Estado de Derecho que el mundo civilizado conocen y en gran parte viven en nuestra época.

El derecho a la vida es el principal entre los derechos fundamentales y, por ello ocupa el primer lugar de su enumeración

en 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"* (art.3).

Nótese que en esta norma jurídica internacional, vigente y ratificada por Chile y, por lo tanto, sujeta al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, el titular es el *individuo*, no la *persona*, aún cuando esta segunda expresión se encuentra repetidamente usada en el mismo cuerpo jurídico en referencia a prácticamente todos los otros derechos que en él se declaran.

Asimismo véase que, aunque consagrados conjuntamente, la vida tiene preeminencia sobre la libertad y la seguridad en la redacción del precepto indicado, no sólo por la ubicación en la enumeración descrita, sino porque la doctrina establece dependencias entre tales derechos: *"La vida es un supuesto para que la libertad pueda vivirse. De suyo es (la vida) un estado de existencia libre"* (Cathrin Correll: *"Freiheit und Individuum. Eine Untersuchung anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts"* (Libertad e Individuo. Una investigación con la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional), Nomos Recht., Baden Baden, 1998).

La relación entre la vida y la libertad, empero, ha sido no sólo objeto de las controversias relativas al aborto, sino que han dado sustento para explicaciones de alto nivel en la teoría jurídica, como lo destaca uno de los grandes exponentes contemporáneos en materia de derechos fundamentales: *"La vida humana tiene en abstracto un peso superior a la libertad general de hacer y de no hacer lo que se quiera. Entonces, la importancia que tenga la protección de la vida en una situación determinada puede determinarse a la vez según el peso abstracto de la vida y según su riesgo en el caso concreto"* (Robert Alexy: *"Epílogo a la*

teoría de los derechos fundamentales”, en: Revista Española de Derecho Constitucional, año 22, N° 66, 2002, pág.38).

2. El derecho a la vida es inherente a la dignidad humana.

Así lo ha consagrado lo más reputado de la doctrina jurídica universal: *“El concepto de humanidad ha trascendido al campo del Derecho en tres puntos del orden jurídico: 1) En lo tocante a los Derechos Humanos, como garantía de la libertad exterior indispensable para el cumplimiento del deber y, por ende, para la salvaguardia de la dignidad humana”* (Gustav Radbruch: Introducción a la Filosofía del Derecho, FCE, México, 1978, 3a. reimpresión, pág.154).

Se trata de la dignidad *humana*, que abarca la dignidad de la persona consagrada en el artículo 1° de nuestra Constitución, pero que la excede en su significado jurídico, tanto positivo como natural. La dignidad, como lo sostuvo Kant *“no tiene equivalente”* y, por ello, es tan compleja de definirla como simple de entenderla.

La dignidad humana es propiedad de la civilización, no lo es de ninguna convicción religiosa, ni política ni cultural. Se trata de un rasgo esencial e indiscutible de un estadio de civilización al cual la humanidad ha llegado a aspirar.

La dimensión jurídica de la dignidad se encuentra en la consagración positiva de los derechos fundamentales y, entre ellos, del derecho a la vida que ocupa a esta Magistratura en la causa de autos.

De lo dicho se desprende la gravedad que encierra la vulneración de la dignidad humana inmersa en la vida, especialmente cuando ella es accionada por el Estado. Así lo precisa una magistrado constitucional contemporánea: *“La existencia de una violación de la dignidad humana por actividades del Estado dirigidas contra una persona sólo puede tomarse en*

consideración cuando por la naturaleza de la medida tomada se pone en duda de manera fundamental la calidad de la persona afectada como sujeto, cuando se degrada al ser humano hasta convertirlo en objeto".(Evelyn Haas: Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán, en: Anuario 2006, KAS, Montevideo, pág.1010).

3. El reconocimiento jurídico del derecho a la vida en la Constitución de Chile respondió a la cultura jurídica y política imperante en la época de su redacción, expresada tanto en los acuerdos verificados en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, ya descritos en autos, como en el Grupo de Estudios Constitucionales, denominado también "Grupo de los 24", en cuya síntesis de proposiciones publicada en enero de 1985 con el título de "La Constitución y la democracia en las proposiciones del Grupo de los 24", se lee: *"Sin un adecuado sistema de protección de los derechos fundamentales de la persona humana, como lo son, entre otros: el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, la libertad personal, el derecho a trasladarse de un lugar a otro, de entrar y salir del país sin mayores restricciones, etc., harían que el sistema democrático adoleciera de falta de una de sus condiciones básicas."*

En consecuencia, admitiendo la ausencia de debate y de diálogo formalizado entre ambos centros de elaboración constituyente durante aquella fase histórica anterior a la plenitud constitucional, el derecho a la vida quedó consagrado en la Constitución en términos coincidentes entre aquellas posiciones, configurando lo que un autor denomina *"ordenamiento constituido"*, esto es, que *"lo legitimado no es ajeno a la teoría legitimante y se verá impregnado de las características de ésta."* (Antonio M. Peña Freire: La garantía en el Estado

Constitucional de Derecho, Editorial Trotta, Madrid, 1997, pág.81).

La pervivencia casi total de la formulación de los derechos fundamentales en la Carta de 1980 después de su gran reforma del año 2005, en cuyo marco se habría dado la oportunidad para modificarla si así se hubiese considerado por el constituyente derivado, aparece ante la doctrina como un cierto dilema, que se responde con una sorprendente aseveración de interpretación de sociología jurídica: *"...podríamos aventurar en afirmar la existencia de un cierto consenso entre los actores políticos y la sociedad acerca de la riqueza dogmática del catálogo de derechos, de la certeza que confieren a los ciudadanos y actores sociales, económicos o culturales, en fin, que dan cuenta del recogimiento de un ideal de derecho, que, apreciado por el constituyente original, no ha sufrido sustanciales cambios que legitimen la introducción de modificaciones de fondo a su formulación y ámbito de protección."* (Emilio Pfeffer U. y Eugenio Evans E.: "Reforma Constitucional 2005. Derechos y Garantías Constitucionales", en: Francisco Zúñiga Urbina (Coordinador): Reforma Constitucional, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, pág. 322).

Conclúyese, entonces, que el N° 1 del artículo 19 de la Constitución Política no sólo es una norma plenamente vigente, sino además goza de legitimidad político-jurídica.

4. El derecho a la vida está reconocido en nuestra Constitución en su artículo 19, número 1°, **en toda su extensión y contenido.**

Bajo el encabezado general *"la Constitución asegura a todas las personas"*, el número 1° se inicia con la oración *"El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona"*, mismo que debe entenderse abarcando a los otros tres incisos, referidos a la protección de la vida que está por nacer, a las

exigencias relativas a la pena de muerte y a la prohibición de apremios ilegítimos. La estructura de todo el extenso capítulo 19 en sus 26 números está así concebida, formulando en el primero de cada inciso de cada número el enunciado desde el cual se desprenden los preceptos que le dan contenido. En consecuencia, además de los razonamientos entregados en autos sobre el concepto de persona y de su aplicación al no nacido, debe valorarse este rasgo de lógica proveniente de la estructura de la Carta Fundamental. Con la errada afirmación que no siendo el que está por nacer persona, podría afirmarse también que el inciso "*se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo*" no afectaría a las personas, o no sólo a ellas, pues así no está expresamente señalado en el texto.

Conclúyese, por lo tanto, que el precepto "*la ley protege la vida del que está por nacer*" pertenece a la esfera del derecho a la vida consagrado en el artículo 19, número 1° de la Constitución Política de Chile.

5. El precepto constitucional afectado por el decreto supremo impugnado en autos "*la ley protege la vida del que está por nacer.*" (art. 19, N° 1°, inciso segundo, de la Carta Fundamental), pertenece al grupo de derechos fundamentales denominados por la doctrina como de *status negativus*: "*Se trata de una protección que pretende una omisión del estado en afectaciones ilegítimas en la esfera del individuo y que también permite combatir afectaciones o intervenciones ya ejecutadas*" (Joaquín Brage C.: "Una Aproximación a una Teoría General de los Derechos Fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en: Revista Española de Derecho Constitucional, N° 74, 2005, pág. 111-138). Como lo señala otro tratadista y juez constitucional: "*En su significado negativo, los derechos fundamentales se ajustan a la defensa contra intervenciones: una intervención (así es como se*

define) presupone siempre un hacer del Estado. Por lo tanto, la defensa contra la intervención sólo puede entrar en acción allí donde el Estado ha actuado aún cuando no estuviera autorizado por razón de un derecho fundamental" (Dieter Grimm: *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, pág. 168).

6. En el precepto constitucional de la especie, *"la ley protege la vida del que está por nacer"*, el verbo rector es *proteger*; el ámbito protegido es *la vida*; el sujeto activo es *la ley*; y el sujeto pasivo es *el que está por nacer*.

Según el Diccionario de la Lengua Española *proteger* significa *"amparar, favorecer, defender/ 2. Resguardar a una persona, animal o cosa de un perjuicio o peligro, poniéndole algo encima, rodeándole, etc."*. Si se combina *proteger* con el verbo rector del artículo 19 de la Constitución, esto es, *asegurar* (*"La Constitución asegura a todas las personas"*), se está ante un doble fortalecimiento de la protección que la Constitución otorga a la vida del que está por nacer: **"asegura proteger"**. En efecto, *asegurar*, entre los diversos significados que le da el Diccionario, denota *"librar de cuidado o temor"* o *"preservar o resguardar de daño a las personas o a las cosas, defenderlas e impedir que pasen a poder de otro"*. Estas definiciones del léxico, así como las expresiones constitucionales, no pueden sino dirigirse a una amenaza indeterminada; a toda amenaza que en el caso de autos ponga en peligro la vida del que está por nacer. La única precisión posible del constituyente respecto del peligro del cual se protege al no nacido es el término de la vida, que es lo único que aquel diminuto ser posee.

7. La doble protección constitucional descrita -*asegurar/proteger*-, del artículo 19, número 1º, inciso segundo, de la Constitución, cobra especial sentido considerando la

indefensión en que se encuentra el que está por nacer. La negación de su carácter de persona y, por lo tanto, de su titularidad de derechos, que se ha alegado en autos y postulado en el debate público ocurrido en torno al caso de la especie, conduciría al despojo de toda defensa jurídica de quien no tiene ninguna defensa material ni física, pues a todo efecto depende de su madre que lo cobija.

Según tal tesitura, el precepto constitucional en comento, en consecuencia, se ve confrontado con el deber de protección de una categoría de ser viviente respaldado magramente por un status jurídico residual otorgado por la moral o por leyes específicas.

La doctrina moderna, especialmente en el derecho penal, habla de la exclusión de seres humanos del *status personae*, dado que en determinadas situaciones personales o sociales la existencia del concebido no deseado genera literalmente el impulso de desembarazarse de él, lo que encuentra cobertura jurídica si el no nacido carece de titularidad (Véase a Jesús-Maria Silva Sánchez: "Los indeseados como enemigos. La exclusión de los seres humanos del *status personae*", en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 31.1. 2007).

8. El solo carácter de peligro que la protección establecida en el precepto constitucional de autos exige, reduce la verosimilitud concluyente que debiera probarse en los vehículos que transportan el peligro para el ámbito de protección jurídica, esto es, la vida del que está por nacer. La ley debe protegerla, así lo ordena la Constitución. Y la ley ya la protege en el artículo 75 del Código Civil y en el artículo 119 del Código Sanitario, en términos muy concluyentes para la causa de autos.

9. La vida del que está por nacer que se protege en nuestra Constitución excede en su esencia los límites que el debate

jurídico puede intentar imponerle para facilitar las decisiones jurisdiccionales. Esta alta Magistratura no necesita de facilidades legislativas para el nítido e inequívoco despacho de los asuntos sometidos a su conocimiento y decisión. Tal esperanza sería no conocer las complejas profundidades del fenómeno jurídico y la espesa trama de sus vinculaciones con la sociedad en que se desenvuelve. En la base del derecho está la vida. Esa que el Diccionario define como: *"fuerza o actividad interna sustancial, mediante la que obra el ser que la posee."* Toda esa vida, de toda la naturaleza, le importa al derecho y a los tribunales. A toda esa vida, seres humanos, animales y vegetales, le llega la letra y la voz del derecho. Pero no hay entre esas dimensiones de la vida ninguna que necesite más del cuidado del derecho que el que está por nacer. Como dice Spaemann: *"Cuando decimos "Yo nací aquí o allá", con ese "yo" no mencionamos una conciencia del yo, que no poseíamos en absoluto en el momento de nacer, sino que nos referimos al ser, que ya era, al que es antes de que pudiera decir "yo": De igual manera se expresa la madre al hablar de su hijo, ya crecido, de "cuando estaba embarazada de ti". Ella no dice: "Cuando estaba embarazada del aquel individuo del que más tarde saliste tú". Que la madre considere, desde el principio, al hijo como persona, como un "tú", implica la condición para que el hombre logre aquellos estados de conciencia que serán después lo que le caracteriza como persona."* (Robert Spaemann: "Sind alle Menschen Personen? ¿Son todos los hombres personas?, en Cuadernos de Bioética, VIII, 31, 1997, Pág. 1027-1033).

VOTO CONCURRENTE DEL MINISTRO SEÑOR MARCELO VENEGAS

PALACIOS.

Consignaré a continuación las reflexiones adicionales que tengo presente al concurrir a la sentencia, a fin de que consten debidamente en el proceso:

A. En el marco de nuestro actual ordenamiento constitucional y legal, la utilización de la anticoncepción de emergencia representa una posibilidad cierta de causar aborto en una proporción de sus usuarias.

En sus observaciones al requerimiento, S.E. la Presidenta de la República plantea una cuestión que es crucial en la decisión de este conflicto constitucional, pues adhiere a la tesis de que sólo existe embarazo y es propio hablar de protección constitucional y de aborto, después de producida la implantación, lo que implica sostener que interceptar y abatir un embrión humano en el lapso que media entre la concepción y su implantación en el útero materno, es jurídicamente irrelevante, tanto constitucional como penalmente, salvo que una ley expresa le conceda alguna protección especial.

La adhesión del Ejecutivo a la referida tesis se manifiesta a lo largo de toda su argumentación: tras hacer presente que la controversia sobre los efectos antianidatorios de la píldora del día después está vigente enfatiza que *"la discusión jamás ha alcanzado un posible efecto de la píldora después de la implantación, **cuestión esencial para la noción de embarazo y de aborto.**"* (pág. 88); sostiene que la afirmación del requerimiento en cuanto a que la píldora del día después provocaría efectos en la implantación es, aparte de controvertida, *"una cuestión jurídicamente incorrecta **si se interpreta que una afectación del embrión antes de su implantación corresponde a un aborto...**"* (pág.88); afirma que la definición de embarazo de la Organización Mundial de la Salud (OMS) el período comprendido entre la anidación del embrión en el útero y el parto es reflejo de la

dificultad científica de comprobar el embarazo antes de la implantación (pág. 88). Finalmente, luego de citar cierta doctrina penal sobre el delito de aborto que suscribe la tesis de que la tutela penal de la vida del que está por nacer no comienza con la fecundación sino con la anidación o implantación del embrión en el útero de la madre, asevera que **"no es jurídicamente acertado atribuir efectos abortivos a un fármaco que reconocidamente no tiene efectos después de la implantación."** (pág. 89).

Más adelante, al argumentar sobre el alcance de la protección constitucional del derecho a la vida S.E. la Presidenta de la República reitera: *"un parámetro para definir con claridad desde cuándo se asegura la protección al que está por nacer **sólo lo marca el momento de la implantación**"* y concluye que *"una definición de una protección del embrión más allá del límite de la implantación es una cuestión que está dejada al legislador"*.

Es en el contexto de esta tesis que debe entenderse, entonces, la afirmación que en sus observaciones al requerimiento S.E. la Presidenta de la República formula cuando sostiene que **"en ningún caso"** la anticoncepción de emergencia produce efectos abortivos (pág. 85).

La sentencia no acoge la tesis de la Presidenta y demuestra, con fundamento en el texto constitucional y sus trabajos preparatorios así como en la doctrina y jurisprudencia, que la protección constitucional de la vida que está por nacer comienza desde el momento mismo de la concepción, tal como, hasta ahora, lo ha entendido el legislador y la jurisprudencia judicial y administrativa.

También discrepamos del alcance restringido que S.E. la Presidenta de la República atribuye a la protección penal de la vida del que está por nacer, al reconocer como sujeto pasivo del

delito de aborto únicamente al embrión o feto anidado, pues en este punto la doctrina dista de ser unánime.

Etcheberry, por ejemplo, con fundamento en los antecedentes legislativos españoles y en los comentarios de Pacheco, que cita, anota que la Comisión Redactora del Código Penal (sesión 159) *"dejó testimonio de que no establecía distinción entre los fetos animados e inanimados (la que en lenguaje de la época equivalía aproximadamente a la que hoy se hace entre embrión y feto), 'porque desde el momento que el feto tiene un principio de existencia, hay en él un germen de un hombre y el que lo destruye se hace reo de un gravísimo delito.'"*. Con estos antecedentes el autor es terminante al sostener que *"para los efectos jurídico-penales, la calidad de 'feto' empieza en el instante de la concepción y termina o con su muerte o con la autonomía de vida ('parto')*. Mientras dura la calidad de 'feto', se puede ser sujeto pasivo de aborto." (Derecho Penal, 3ª edición, Tomo III, pág. 90 y 91). Y añade más adelante que, en el aborto: *"El sujeto pasivo es un 'feto', entendiéndose esta expresión en el sentido que precedentemente se ha explicado. Otro aspecto en que el alcance jurídico de la expresión se aparta del médico-legal es la aplicación de la misma al producto de la concepción desde el instante mismo de la fecundación, época en que las ciencias biológicas prefieren hablar de embrión en vez de feto, tal vez haciendo propio el alcance del término dentro de la obstetricia, para la cual el feto constituye el producto de la concepción a partir de la duodécima semana de la concepción..."* (Ibid. Pág. 95 y 96).

Para fundamentar mi posición, consciente de las limitaciones de un juez frente las complejidades de la ciencia médica y teniendo la claridad de no encontrarme en medio de una discusión teórica sino ante a un conflicto constitucional concreto, cuya decisión depende en gran medida de la convicción que lleguemos a

formarnos sobre la acción en el embrión humano de ciertos y determinados productos farmacéuticos, que son los que configuran la anticoncepción de emergencia, preferí recurrir a la fuente más directa, constituida por la información existente en el organismo técnico especializado.

Examiné personalmente los expedientes administrativos correspondientes a los registros denegados y autorizados de los productos farmacéuticos que constituyen la anticoncepción de emergencia, los que fueron remitidos por el Instituto de Salud Pública por orden del Tribunal, y pude constatar lo siguiente:

1) Por resolución N°8416, de 23 de julio de 1990, el Instituto de Salud Pública denegó la solicitud de registro presentada por Distribuidora Farmacéutica Zapata y Benítez Ltda. para importar terminado, envasado, y vender, el producto farmacéutico Levonorgestrel de 0,75 mg. comprimidos, en uso de licencia de Medipest, Budapest, Hungría. Como razones de la denegación se señaló que la dosis *"sobrepasa considerablemente las dosis aceptadas para el uso como anticonceptivo"*, pues **"en dosis tan elevadas, este producto es capaz de bloquear el desarrollo del óvulo fecundado en su fase más precoz, impidiendo la progresión del embarazo"**. Añade la resolución que *"Por lo tanto, además de ser anticonceptivo postcoital por su administración, actuaría como abortivo o favoreciendo la expulsión del huevo fertilizado después de su nidación (sic)";* y concluye: **"La legislación vigente en nuestro país no permite la interrupción del embarazo por lo que no procede autorizar el registro de este producto."**

2) Por resolución N°7224, de 24 de agosto de 2001, el Instituto de Salud Pública ordena inscribir en el Registro de Productos Farmacéuticos, Alimentos de Uso Médico y Cosméticos el producto farmacéutico POSTINOR-2 COMPRIMIDOS 0,75 mg., a nombre de Grünenthal Chilena Ltda., para los efectos de su importación y

venta en el país, fabricado y procedente de Fábrica de Productos Químicos Gedeon Richter S.A., de Hungría. El expediente administrativo de esta autorización contiene el "Folleto para Información Médica" aprobado por el Instituto de Salud Pública para este producto (Postinor-2), que se inicia con una "Descripción" del siguiente tenor:

"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. Administrado a mediados del ciclo puede inhibir la ovulación."

3) A solicitud de Laboratorios Recalcine S.A. por cuenta de Laboratorios Lafi Ltda., mediante resolución N°1643, de 28 de febrero de 2003, el Instituto de Salud Pública ordena inscribir en el Registro de Productos Farmacéuticos, Alimentos de Uso Médico y Cosméticos el producto farmacéutico Levonorgestrel comprimidos recubiertos 0,75 mg., a nombre de Laboratorios Lafi Ltda., para los efectos de su fabricación y venta en el país (la resolución N° 11270, de 22 de diciembre del mismo año autorizó como nueva denominación de este producto la de TACE COMPRIMIDOS RECUBIERTOS 0,75 mg.). Entre los antecedentes que constan en el expediente administrativo del proceso de autorización, se encuentra el "Folleto de Información Médica" aprobado para dicho producto, el cual se inicia con un párrafo denominado "Farmacología" que expresa lo siguiente:

"El mecanismo de acción de los anticonceptivos de emergencia no ha sido claramente establecido, sin embargo, la evidencia científica sugiere que la inhibición o retraso de la ovulación es el principal mecanismo de acción.

*También se piensa que podrían prevenir la fertilización, por alteración del transporte de los espermios y/o del óvulo. **Además se ha sugerido que podrían prevenir la implantación por***

alteración del endometrio, no obstante, los anticonceptivos de emergencia no son eficaces una vez que el proceso de implantación ha comenzado.

Es importante notar que la anticoncepción postcoital no está destinada a reemplazar el uso regular de anticonceptivos, ya que los efectos a largo plazo del uso repetido y frecuente de los regímenes anticonceptivos de emergencia son desconocidos."

4) El 23 de mayo de 2003, mediante resolución N°3484, el Instituto de Salud Pública ordena inscribir en el Registro de Productos Farmacéuticos, Alimentos de Uso Médico y Cosméticos el producto farmacéutico Levonorgestrel 0,75 mg. a nombre de Tecnofarma S.A., para los efectos de su importación y venta en el país, fabricado por Blispack S.A. en Argentina (por resolución N°1626 de 23 de febrero de 2006 se autorizó como nueva denominación de este producto la de GLANIQUE COMPRIMIDOS 0,75 mg.). Entre los antecedentes que constan en el respectivo expediente administrativo se indica, tanto dentro de la "Monografía Clínica Farmacológica" como en el "Folleto de Información Médica", lo siguiente:

*"Se desconoce el modo de acción exacto de Levonorgestrel. En las dosis utilizadas, levonorgestrel podría bloquear la ovulación, impidiendo la fecundación si la relación sexual ha ocurrido a las horas o días precedentes a la ovulación, es decir en el período durante el cual el riesgo de fecundación es el más alto. **Podría impedir igualmente la implantación.** Por el contrario es ineficaz si el proceso de implantación ha comenzado."*

5) Por resolución N°6542, de 23 de agosto de 2006, el Instituto de Salud Pública autoriza la inscripción en el Registro de Productos Farmacéuticos, del producto LEVONORGESTREL COMPRIMIDOS 0,75 mg. a nombre de Laboratorio Bestpharma S.A., para los efectos de su importación y venta en el país, fabricado y procedente de China. En el expediente respectivo rola el

"Folleto para la Información Médica" aprobado para este producto, el cual, bajo el título "Farmacología Clínica" expresa:

"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. Administrado a mediados del ciclo puede inhibir la ovulación."

A continuación, bajo el subtítulo "Mecanismo de Acción" señala:

"No se conoce el mecanismo de acción exacto de levonorgestrel. Se piensa que la contracepción hormonal de emergencia se produce básicamente a través de la prevención de la ovulación y fertilización por una alteración en el transporte de los espermios y/o óvulos. **Eso también puede producir cambios en el endometrio que dificultan la anidación.** Se ha estimado que levonorgestrel previene el 85% de los embarazos esperados. La eficacia parece declinar en función del tiempo transcurrido después de la relación sexual (95% dentro de las 24 horas, 85% en 24-48 horas, 58% si se usa entre las 48 y 72 horas). La eficacia después de las 72 horas no se conoce."

Estos elementos de convicción, algunos tan recientes como agosto de 2006, emanados de los propios laboratorios que fabrican o importan estos fármacos, revisados en el proceso de registro por el organismo técnico encargado por la ley de autorizar la circulación de medicamentos, y que informan al cuerpo médico chileno que el producto que podrán prescribir los facultativos **"es un progestágeno, que inhibe la implantación del óvulo en el endometrio"**, el cual, aunque no se conoce su mecanismo de acción exacto **"... puede producir cambios en el endometrio que dificultan la anidación..."**, me bastan no sólo para fundar una duda razonable sobre sus efectos abortivos, sino para formarme la convicción de que es algo bastante real que la anticoncepción de

emergencia puede interceptar el óvulo ya fecundado e impedir su implantación, destruyendo una o muchas vidas humanas en su etapa más temprana.

B. El espacio para el aborto en la Constitución de Chile y la anticoncepción de emergencia.

Desde hace varias décadas otras naciones, especialmente del Hemisferio Norte, han concluido que, bajo sus constituciones, es posible despenalizar el aborto en mayor o menor medida e incluso completamente, reconociendo en este último caso a las mujeres un derecho al aborto más o menos amplio y, consecuentemente, excluyendo o restringiendo la protección constitucional de la vida del no nacido durante toda la gestación o en parte de ella; otras naciones concluyeron que el legislador estaba facultado para regular estas materias y modificaron su legislación con resultados similares. Así, en la variedad de las naciones del Mundo, hoy es posible encontrar sistemas jurídicos que castigan cualquier forma de aborto; otros que no castigan ninguna, por considerar que el derecho de la mujer a decidir su maternidad es absoluto, y aquellos que han diseñado diversas fórmulas para resolver eventuales conflictos de intereses entre los derechos de la mujer y los del hijo no nacido que lleva en su vientre, fundamentando dichas fórmulas en consideraciones de distinta naturaleza, como la indicación médica por peligrar la vida de la madre o la violación, por ejemplo.

Creo que el conflicto sobre la anticoncepción de emergencia pone en vigencia la cuestión del aborto en la Constitución chilena, esto es, el debate para dilucidar si nuestro actual sistema constitucional excluye absolutamente cualquier posibilidad de que el legislador admita formas despenalizadas de aborto o, si puede hacerlo en ciertos casos, cuáles serán estos y qué condiciones deberán cumplirse, o si, por el contrario, en la Constitución puede encontrar fundamento un derecho absoluto de

las mujeres a abortar por el simple deseo de hacerlo, el cual no podría ser limitado por la ley o bien, si existiendo tal derecho su alcance es más limitado, quedando entregados sus límites al legislador.

Para formarme una idea a lo menos general acerca de si, de conformidad al ordenamiento constitucional chileno, resulta lícito algún tipo de aborto que pudiera autorizarse por el legislador, examine los antecedentes de la norma contenida en el párrafo segundo del N°1 del artículo 19 de la Constitución ("La ley protege la vida del que está por nacer").

En la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución la idea de lo que llegaría a ser el actual párrafo segundo del artículo 19 N°1 de la Constitución comienza a analizarse a partir de la sesión 84^a, celebrada el 4 de noviembre de 1974, especialmente a indicación del comisionado señor Guzmán, quien señaló que *"siempre ha echado de menos la consagración del derecho a la vida como el primero de todos los derechos"*, agregando que en su opinión lo que *"sí queda excluido de suyo -y habría que mencionarlo- es el aborto. El derecho a la vida evidentemente excluye y hace ilícito el aborto"*.

En sesión 87^a, de 14 de noviembre de 1974, se exponen las opiniones de los comisionados en relación al tema: Ovalle indica que *"en cuanto al aborto, no es partidario de él, pero no cree que deba ser materia constitucional. El aborto está condenado indirectamente al consagrar el derecho a la vida"*. Silva Bascuñan *"se inclina mucho más a mantener silencio y que se desprendiera la condenación del aborto de la filosofía que ya se colocó como básica en el capítulo primero, y se guarde silencio en este otro aspecto"*.

Durante el debate se delinear claramente dos posturas: quienes son partidarios de prohibir expresamente cualquier conducta abortiva (especialmente Guzmán y Silva Bascuñan) y

aquellos que o no son partidarios de referirse al tema (Ovalle) o derechamente lo entregan a la regulación del legislador (Ortúzar y Evans). Guzmán enfatiza su oposición agregando que *"lo que le mueve a rechazar el aborto es la dignidad del ser humano, lo mismo que lo motiva a rechazar el homicidio (...) el aborto no es más que una forma de homicidio y en su concepto éste no es legítimo, porque atenta contra la dignidad del ser humano, del cual otro ser humano no puede disponer"*.

El análisis del punto continúa en sesión 88^a a la que se invita al profesor José Luis Cea Egaña, quien expresa que *"el aborto es un crimen y por lo tanto un atentado contra el primero y más fundamental de los derechos del hombre: el derecho a la vida"*, concluyendo que *"salvo el caso del aborto terapéutico -que podría ser perfectamente reglamentado en la legislación penal- no es lícito, no es legal, ni mucho menos constitucional, atentar contra él"... "considera, en definitiva que lo lógico es que el constituyente consagre explícitamente el derecho a la vida, como el primero y más fundamental de los derechos del hombre, y reservar al legislador penal -tal vez con el criterio que la moderna técnica penal señale, introduciendo alguna modificación a la normativa penal- la reglamentación del aborto terapéutico y la proscripción del aborto no terapéutico..."*. El Presidente, señor Ortúzar, manifiesta su acuerdo con la opinión de *"dejar entregada a la ley la protección de la vida del que está por nacer, autorizando, en forma flexible, el aborto terapéutico cuando estén en pugna el derecho de la madre con el derecho del hijo"*.

En sesión 90^a, de 25 de noviembre de 1974, se analiza cuál será el campo de acción que se le reconoce al legislador. Silva Bascuñán precisa que *"entiende que cuando se está estableciendo en la Constitución que debe protegerse la vida del que está por nacer, de ninguna manera se concede libertad al legislador para determinar, soberana y arbitrariamente, de qué manera va a*

protegerla, de modo que no le parece que pueda argumentarse que el legislador quedó libre para hacer lo que desea en materia de protección de los derechos del que está por nacer". Ortúzar expresa que "en realidad lo que no se quiso hacer en la Constitución fue ni hacer permisible el aborto terapéutico ni condenarlo, y si no se ha hecho permisible ni se ha condenado es porque se le ha entregado al legislador la protección de la vida del que está por nacer, tal como ocurre hoy día en la disposición del Código Civil, y estima que nadie podría afirmar que el aborto terapéutico constituye delito, porque no está consignado como tal". Más adelante manifiesta que "en resumen, entiende que se ha querido hacer una diferencia entre el precepto que consagra el derecho a la vida y la disposición que entrega al legislador el deber de proteger la vida del que está por nacer. Agrega que en el primer caso, se trata de consagrar en forma absoluta el derecho a la vida, y en el segundo, se desea dejar cierta elasticidad para que el legislador, en determinados casos, como, por ejemplo, el aborto terapéutico, no considere constitutivo de delito el hecho del aborto. Señala que, a su juicio, la única solución lógica sería ésta, pues no significa imponer las convicciones morales y religiosas de los miembros de la Comisión a la comunidad entera, a la cual va a regir la Constitución Política."

Silva Bascuñan manifiesta que "considera que es un avance del constituyente establecer no sólo el precepto de protección del derecho a la vida, sino también la protección de la vida del que está por nacer porque eso será un buen argumento para que el legislador no abra la posibilidad a la legalización excesiva del aborto. Estima que es evidente que ahí no hay una prohibición directa y absoluta, pero existe una disposición implícita que se fortalece si acaso se incluye en la Constitución dicha frase, y le parece que queda más sólida la condensación implícita de todo

abuso del legislador si se coloca esa frase que si no se incluye. Declara que es partidario de establecer dicha expresión, porque el legislador tendrá, en esta forma, mucha inclinación por sostener esta posición defensiva de la vida del que está por nacer, y por ello es ardiente partidario de mantener la frase en la Constitución."

Evans, por su parte, precisa "que no tiene inconveniente en que se conserve la frase a que alude el señor Silva Bascuñán, si se deja constancia en el Acta que ello se hace tanto por las opiniones que él acaba de exponer, cuanto porque esa frase implica un mandato flexible para no sancionar penalmente formas de aborto terapéutico en que haya mediado una decisión responsable del padre o del facultativo, y en ese sentido, solicita que quede constancia de la opinión del señor Silva Bascuñán y de la suya."

Ovalle precisa, por su parte, "que para él esta norma, como señala el señor Evans, es flexible, pero esa flexibilidad no la entiende tan limitada como lo aprecian los señores Silva Bascuñán y Evans -y no repetirá los argumentos que expuso en la sesión anterior- y sólo desea señalar que la entiende de la siguiente manera: el legislador deberá tratar con acopio de antecedentes, informes técnicos y estudios concretos que el constituyente no puede, necesariamente, tener a la vista, por su tarea de carácter general, el problema del aborto, pero no podrá hacerlo con la liberalidad con que, por ejemplo, se ha abordado este problema en los países nórdicos, porque es deseo del constituyente que lo considere en forma restringida."

A continuación el Presidente, señor Ortúzar, expresa que "no tiene inconveniente en aceptar que se deje constancia en el Acta, de las sugerencias formuladas por el señor Silva Bascuñán y complementadas por el señor Evans, pero en el entendido, también, de que al referirse a esta forma de aborto -el aborto

terapéutico- se está señalando la forma principal que, probablemente, podrá considerar el legislador, pero no se atrevería a afirmar que es la única, por las razones señaladas por el señor Ovalle, y porque cree que debe situarse en el caso de que, si el día de mañana ocurriera una violación, incluso una violación masiva de alumnas de una escuela, y que siendo legisladores los miembros de la Comisión, tuvieran que entrar a establecer la posibilidad de considerar como lícito, en ese caso, el aborto, declara que en esa situación se encontraría frente a un grave problema de conciencia, porque si le ocurriera en lo personal, con respecto a una hija, tendría el problema de conciencia, y probablemente, si los antecedentes del violador fueran los de un anormal, degenerado o delincuente, etcétera, se inclinaría incluso a autorizar ese caso de aborto.”.

Al concluir el debate sobre este punto el Presidente, señor Ortúzar, señala que “considera que se ha avanzado bastante, porque, como expresaba el señor Silva Bascuñán, se está estableciendo ya una pauta en la Constitución, y por norma general, se está condenando el aborto, y no podría dictarse una ley que lo hiciera permisible, pero el legislador determinará si hay casos tan calificados, como el del aborto terapéutico, principalmente, que puedan no ser constitutivos de delitos, y en este sentido acepta la proposición.

A continuación, solicita el asentimiento de la Comisión para que, sin perjuicio, naturalmente, de las opiniones emitidas por cada uno de sus miembros integrantes, quede constancia en el Acta, en los términos expresados, de las observaciones formuladas por los señores Silva Bascuñán y Evans.”. Así se acuerda.

Terminado el debate el señor Guzmán hace presente su opinión contraria al precepto aprobado, dejando constancia que no se pliega a ninguna de las interpretaciones que se han dado.

Años más tarde, en sesión 407ª, de 7 de Agosto de 1978, se discutirá nuevamente el punto, al debatirse en la Comisión el texto de su Informe Final, el cual incluía una referencia al aborto. El señor Guzmán se opuso a ella y también a un párrafo propuesto por el Presidente, señor Ortúzar, que señalaba: *"De este modo el legislador con mayor flexibilidad, podrá contemplar los casos en que el aborto debe tener carácter delictual. Una condenación absoluta en el texto constitucional habría necesariamente comprendido los casos de aborto terapéutico y otros en que la concepción puede haber sido la consecuencia de acciones violentas no consentidas, situaciones que desde un punto de vista moral o social pueden ser apreciadas de diferentes maneras, según sean las creencias o principios religiosos de quienes las juzguen"*.

En definitiva, en el Informe Final preparado por la Comisión se precisa sobre la materia lo siguiente:

"La Comisión estimó que la consagración del derecho a la vida implica necesariamente la protección del que está por nacer, porque, si bien la existencia legal de la persona comienza con el nacimiento, no es menos cierto que ya en la vida intrauterina tiene una existencia real, que debe serle reconocida. Se constitucionaliza así un principio que, por lo demás, contempla nuestro Código Civil desde su dictación.

La Comisión estimó, sin embargo, conveniente dejar entregada al legislador la protección de la vida del que está por nacer"

El proyecto de la Comisión de Estudio fue revisado posteriormente por el Consejo de Estado. Lo relativo al derecho a la vida se debatió en sesión N° 58, celebrada el 12 de diciembre de 1978. En dicha ocasión el señor Ortúzar explica por qué se ha establecido el derecho a la vida del que está por nacer. El consejero Juvenal Hernández *"hace presente sus dudas en cuanto a las ventajas de trasladar a la Constitución una norma del derecho*

privado, como es la protección del que está por nacer. Teme que esta innovación pueda dar lugar a debates, interpretaciones desaconsejables”.

Frente a esta observación y otras que formulan el Presidente y los consejeros señores Ibáñez, Philippi, Huerta y Coloma, el señor Ortúzar *“insiste en la conveniencia de aprobar la norma propuesta u otra semejante, con el objeto de desvirtuar los cargos que se formulan a Chile en cuanto al respeto de los derechos humanos”.*

En definitiva, por once votos (de la señora Ezquerra y de los señores Urrutia, Izurieta, Barros, García, Carmona, Ortúzar, Cáceres, Philippi, Medina y Coloma) contra seis (de los señores Presidente, Vicepresidente, Huerta, Figueroa, Hernández e Ibáñez) se mantiene el párrafo segundo del artículo 19 N° 1.

Aunque no hay registros del trámite en la Junta de Gobierno, ésta mantuvo sin modificaciones el texto contenido en el proyecto elaborado por la Comisión y aprobado por el Consejo de Estado, que es el actualmente en vigor.

La doctrina nacional es nutrida y variada en relación con el campo de acción que la Constitución abre al legislador en materia de aborto, pues las tesis van desde la licitud del aborto terapéutico hasta su antijuridicidad o, en su caso, inexistencia.

Los antecedentes me llevan a pensar, sin embargo, que estando actualmente penalizada toda forma de aborto (por el Código Penal y el Código Sanitario), de prosperar una modificación legal que pretendiera abrir espacios de licitud a la práctica de alguna clase de aborto, será porque el legislador ha tenido la prudencia de ponderar que incursiona en un campo que el constituyente quiso deliberadamente hacerle restrictivo y exigente, y habrá limitado su iniciativa a casos tan calificados y justificados que podrán conciliarse con el contexto valórico y normativo de la Constitución.

Arribo a la conclusión señalada compartiendo la posición de don Enrique Evans, quien postuló que la Constitución confiere un mandato flexible pero restrictivo al legislador, y expresó que *"lo que ni la ley ni la autoridad podrían autorizar o tolerar, sin infringir la Constitución, es la práctica del aborto común"* (Los Derechos Constitucionales, Segunda Edición, Tomo I, Pág. 114).

Por las mismas razones creo que la anticoncepción de emergencia es inconciliable con la Constitución, pues la única justificación para su implantación es *"disminuir los embarazos no deseados y sus consecuencias"* (pág.78); y basta para tener acceso a ellas *"no desear"* el embarazo o, lo que es lo mismo, *"desear"* utilizarla.

Como creo que la Constitución podría tolerar muy calificados casos de aborto, siempre que lo dispusiera justificadamente el legislador y se tratara de situaciones conciliables con el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales, no puedo imaginarme el caso en que la Constitución permita que, por acto administrativo, se haga lo que se prohíbe a la ley, como autorizar abortos que pueden justificarse únicamente en el *"deseo"* de una mujer de no embarazarse después de una relación sexual, aún más si lo hace mediante la instauración de un sistema público destinado a promover y facilitar los medios para la práctica generalizada y masiva, y sin más justificación que la voluntad de la mujer, de esa clase de abortos.

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

Creo, en definitiva, que en una comunidad democrática, la trascendencia de un tema tan sensible para la sociedad, llamado a tener un alto impacto en las creencias y preferencias ideológicas y éticas de las familias y de la juventud, y que irremisiblemente producirá un cambio en la forma de vida a la que estamos acostumbrados, demanda ser discutido en el Congreso Nacional por los representantes más directos del pueblo, que recogerán el sentimiento y abrirán espacios de participación a la sociedad civil, sobre la que esta clase de decisiones produce sus efectos.

Por estas razones y por las que señala la sentencia, he concurrido a declarar inconstitucional la anticoncepción de emergencia.

VOTO DISIDENTE DEL MINISTRO SEÑOR JUAN COLOMBO CAMPBELL.

El Ministro señor Juan Colombo Campbell (Presidente), estuvo por rechazar el requerimiento en todas sus partes, fundamentando su voto en los siguientes términos:

PRIMERO.- Que los requirentes solicitan la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Supremo Reglamentario N° 48 del Ministerio de Salud, "por cuanto fija, aprueba y hace suyo" el texto denominado "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad".

SEGUNDO.- Que el Decreto impugnado fue dictado por la Presidenta de la República en cumplimiento de la sentencia rol N° 591 de esta Magistratura, que declaró inconstitucional, en el voto de mayoría y por motivos de forma, la Resolución del

Ministerio de Salud N° 184, de 2006, que aprobó el mismo cuerpo normativo.

TERCERO.- Que del escrito de "cumplimiento de lo ordenado" se desprende que los requirentes finalmente refieren su impugnación al uso de los métodos anticonceptivos denominados "píldora del día después" y "dispositivo intrauterino", lo que se señala claramente en las letras a) y b) de la página 3 de dicho escrito, de fecha 24 de marzo de 2007.

CUARTO.- Que los requirentes, tanto en su primera presentación como en el escrito antes señalado, solicitan que se declare la inconstitucionalidad de "todo o parte" del decreto supremo citado, por los fundamentos que invocan.

Con el mérito de los antecedentes tenidos a la vista, que constan en el proceso, y en armonía con la petición de la parte peticionaria, esta Magistratura resolverá que limitará su decisión, como ya se dijera en la primera parte de la presente sentencia, a la petición formulada en la letra a) de la página 3 del escrito de fecha 24 de marzo de 2007, o sea a la solicitud de inconstitucionalidad del uso de la denominada "píldora del día después", por los fundamentos que ya se han expresado anteriormente.

QUINTO.- Que, a juicio de este disidente, la decisión de este Tribunal se debe limitar a emitir pronunciamiento, en esta oportunidad, sobre la petición relacionada con la denominada "píldora del día después", entre otras razones, en atención a que los dispositivos intrauterinos se encuentran regulados por cuerpos normativos que no caben dentro del ámbito del decreto impugnado, por lo cual se encuentra precluida la oportunidad para someterlos ahora a control de constitucionalidad por esta vía.

En atención a lo expuesto, este juez disidente de la mayoría se limitará en su voto a pronunciarse acerca de la constitucionalidad del decreto en la medida que contiene normas

acerca de dicho método de anticoncepción de emergencia, lo que significa que por esta vía no corresponde cuestionar la constitucionalidad ni pronunciarse acerca de las políticas gubernamentales en materia de salud reproductiva implementadas por alrededor de medio siglo en nuestro país, las cuales además se encuentran plenamente vigentes y en aplicación.

SEXTO.- Que, en este sentido, siguiendo la doctrina fijada en la sentencia recaída en el proceso rol N° 220, de fecha 13 de agosto de 1995, es necesario recordar que la Constitución Política está construida para organizar jurídicamente al Estado y para garantizar los derechos individuales. En relación a estos últimos, a partir del artículo 1° reconoce el hecho jurídico del nacimiento al disponer "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos" y que "el Estado está al servicio de la persona humana".

Por su parte, el Capítulo Tercero, que se refiere a los derechos y deberes constitucionales, asegura en el artículo 19, N° 1°, "el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona", señalando más adelante que encomienda al legislador la protección de la vida que está por nacer.

Lo anterior se desprende del enunciado del artículo 19, que expresa: "La Constitución asegura a todas las personas...".

Siendo así, y a la luz de la controversia expuesta en los considerandos 5° a 7° del voto disidente de los Ministros señores Correa Sutil y Fernández Fredes, que se transcribe a continuación de la presente disidencia, los derechos fundamentales asegurados por la Constitución se refieren a la protección de los atributos que las personas tienen, amparándose, por ejemplo, su igualdad ante la ley, la igual protección en el ejercicio de sus derechos, el respeto de su vida privada y pública, su libertad y seguridad personal, su propiedad, entre muchos otros, sin que quepa margen

de duda alguno que su titularidad corresponde a personas, que son reconocidas como sujetos de derechos.

SÉPTIMO.- Que, en este entorno, cabe igualmente considerar que quienes ejercen funciones públicas -los gobernantes- como los habitantes de la nación -los gobernados- tienen los derechos y deberes que la Carta les asegura y en los casos en que cualquiera los exceda, surge el conflicto constitucional, que se produce cuando un órgano público o una persona, con su acción u omisión, genera como resultado la infracción de preceptos o principios contenidos en la Constitución Política.

Precisamente en esta oportunidad, a juicio de los requirentes, estamos enfrentados a un conflicto de esta especie, en el que, según su petición, el gobernante al dictar el decreto sub lite estaría violentando, conforme lo señalan, normas y principios garantidos por la Constitución. Dicho conflicto, como ya se viera, debe entenderse restringido a la constitucionalidad del uso de la denominada "píldora del día después" en el sistema de salud pública, en el marco de la normativa impugnada, puesto que la decisión de esta Magistratura se circunscribirá exclusivamente a dicho punto.

OCTAVO.- Que, al efecto, cabe concluir, como primer antecedente fundante en este proceso, que el Constituyente garantiza los derechos de la persona humana nacida, mas no estableció el inicio de la protección jurídica de la vida del que está por nacer, sin perjuicio de utilizar la fórmula de enviar un mensaje al legislador para implementar a futuro su protección.

Como normas complementarias relevantes para un acertado enfoque de esta materia, debe comenzar por recordarse que el Código Civil, en su Libro I, se refiere a las personas y las clasifica en naturales y jurídicas. Su Título II, en relación a las personas naturales, regula dos hechos jurídicos: el nacimiento y la muerte, bajo el acertado concepto de "principio y

fin de la existencia de las personas". Define a las personas naturales en su artículo 55, como todo individuo de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición, disponiendo en su artículo 74 que "la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.". En su inciso segundo establece que "la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.".

Como puede observarse, tomando en consideración el avance del conocimiento científico al momento de establecerse la preceptiva del Código Civil, se encuentra de esa forma justificada la terminología utilizada en dicho cuerpo legal. En cambio, los avances de la ciencia médica se reflejan en el artículo 6° de la Ley N° 20.120, que dispone que "el cultivo de tejidos y órganos sólo procederá con fines de diagnósticos terapéuticos o de investigación científica. En ningún caso podrán destruirse embriones humanos para obtener las células troncales que den origen a dichos tejidos y órganos," normas de rango legal cuya interpretación y aplicación no corresponde, por ahora y en este caso, a esta Magistratura.

NOVENO.- Que de las disposiciones legales antes citadas se colige que la protección de la vida por nacer parte del supuesto de que ella existe y que la Constitución Política delega en el legislador precisar el instante y las condiciones en que dicha protección debe comenzar a operar. Frente a la certeza de la vida del que está por nacer, de acuerdo al artículo 75 del Código Civil, se le otorga al órgano jurisdiccional la facultad de dictar las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que de algún modo peligrare.

DÉCIMO.- Que, hasta ahora, en nuestra legislación se ha dado cumplimiento a la referida norma constitucional, regulando la materia en el artículo 119 del Código Sanitario, que dispone:

“No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto.”

La infracción a dicho artículo se sanciona como delito en los artículos 342 y siguientes del Código Penal, que castigan las diversas figuras típicas de aborto.

DECIMOPRIMERO.- Que el momento a partir del cual se comete el delito de aborto no está establecido en el Código Penal, y es un punto de discusión en la doctrina especializada, exigiéndose por una parte de la doctrina (M. Garrido, “Derecho Penal”, tomo III; Politoff, Matus y Ramírez, “Lecciones de Derecho Penal”) un estado de embarazo consolidado. Cabe señalar en concordancia con ello que, más allá de la dogmática jurídica, la figura de aborto exige la interrupción de un embarazo, que de por sí ha de estar consolidado para poder ser objeto de protección penal, consolidación que sólo se podría dar por establecida a partir del día 14 de la concepción, según lo señala un estudio especializado de Fernando Zegers Hochschild, titulado “MECANISMO DE ACCIÓN DEL LEVONORGESTREL COMO ANTICONCEPTIVO DE EMERGENCIA”, publicado en la Revista del Centro de Estudios Públicos N° 95, año 2004, en orden a que el embarazo sólo estaría afianzado con la implantación del cigoto en el endometrio, lo que ocurriría alrededor de 14 días después de la concepción. De acuerdo a lo expuesto, para concluir la protección a partir del momento de la concepción derivada del acto sexual, no resultan conducentes ninguna de las normas legales ni constitucionales señaladas, por lo cual para ello se requiere una certeza que supere las concepciones clásicas acerca del inicio de la vida, lo que, como diremos, genera un conflicto científico más que jurídico,

teniendo en cuenta que ni la Constitución ni la ley precisan el instante del inicio de la vida humana.

DECIMOSEGUNDO.- Que, sin perjuicio de ello, y concordando además con lo expuesto en los considerandos 34° a 42° de la disidencia de los Ministros señores Correa Sutil y Fernández Fredes, al alegar un "efecto abortivo" los requirentes están aludiendo a un hecho que, de ser efectivo, se encontraría contemplado como típico por el Código Penal, lo cual hace que sea aún mucho más relevante el cumplimiento del onus probandi por su parte, más aún cuando el aborto en la legislación chilena está penado y estamos en presencia de un acto de autoridad, específicamente un decreto firmado por la Presidenta de la República y la Ministra de Salud que, a juicio de los requirentes, promovería la distribución de medicamentos de efectos abortivos.

DECIMOTERCERO.- Que, de acuerdo a las consideraciones antes expuestas, el inicio exacto de la vida humana e incluso, en determinadas condiciones, el momento de la muerte, es un tema en el cual no hay consenso, dentro del cual la moral, las ciencias y las distintas profesiones de fe plantean sus tesis, tema que, por ende, no se encuentra ni puede estar resuelto completamente por el derecho, al enmarcarse entonces en el plano del ejercicio de la libertad de conciencia, reconocida por la propia Carta Fundamental, y por otra parte también en el plano de la investigación científica de la biología, a menos que por sentencia se niegue tal derecho fundamental, se imponga con efecto de cosa juzgada una determinada concepción excluyente de las otras y de la misma forma se zanje en sede jurisdiccional un debate científico.

DECIMOCUARTO.- Que, por otra parte, con los antecedentes expuestos puede afirmarse que el Estado debe velar, como se lo exige la Constitución, por la protección de la vida de las

personas naturales, entendidas en el contexto antes mencionado y a la luz de lo dispuesto en el fundamental y primario artículo 1° de la Carta Fundamental, que dispone que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, en concordancia con su artículo 19, número 1°.

Lo hace directamente a través de su poder público para prevenir las acciones de terceros que pudiesen poner en riesgo tal derecho y reconoce, a su vez, el derecho a la protección de su salud conforme al artículo 19, N° 9°, con el objeto de que, en caso de enfermedades, se preserven sus vidas y en el caso de la vida por nacer, a través del mandato ya aludido y la legislación que lo concreta.

De lo anterior se desprende que la protección de la vida desde el punto de vista de la salud, está en manos de la ciencia médica, y en ese contexto la determinación del inicio y el término de la vida humana mediante el conocimiento y la investigación, es labor de los profesionales que la ejercen.

DECIMOQUINTO.- Que del mérito de este proceso no se desprende con nitidez alguna que exista consenso en la ciencia médica acerca de la oportunidad precisa en que se inicia la vida humana. De otra parte, la Carta Fundamental no otorga más elementos de juicio ni orientaciones suficientes que las ya mencionadas, de tal forma que ello no puede determinarse en una sentencia que les dé aplicación.

Ello conduce a que debe reflexionarse que es la medicina la ciencia que debe precisar los momentos del nacimiento y la muerte de la vida humana, oportunidades fácticas que no pueden ser determinadas por medio de la decisión de un tribunal y que escapan al control de la jurisdicción. Cabe igualmente considerar al respecto que la muerte sí está regulada por el Derecho, que exige la intervención de un médico que la constate en un certificado que servirá como único antecedente al Registro Civil

para así dar efectos legales al término de su vida. En cambio, a lo menos en este proceso, no consta que algún médico pueda emitir un certificado profesional médico acerca de la existencia de antecedentes que demuestren un hecho incierto y no consensuado para la ciencia que profesan, cual es que se ha iniciado la existencia de una vida humana, alternativa que en algún momento podrá dilucidar el tema que ha convocado a este Tribunal en el presente proceso.

DECIMOSEXTO.- Que, en la actual fase de desarrollo de este debate, debe reflexionarse cuál es la real y profunda naturaleza del conflicto planteado en el requerimiento, para concluir que si estamos enfrentados a un conflicto de intereses de relevancia jurídico constitucional, este Tribunal debe emitir un pronunciamiento como se lo ordena el artículo 76, inciso segundo, de la Carta Fundamental. Por el contrario, si por la argumentación y los antecedentes se concluye que estamos enfrentados a un conflicto médico, ético o religioso, en ninguno de tales eventos este Tribunal puede resolverlo en ejercicio de su jurisdicción.

DECIMOSÉPTIMO.- Que, en efecto, cabe recordar que la jurisdicción, como función pública, es conceptualizada como el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada los conflictos de relevancia jurídica, lo que permite resolver un requerimiento tendiente a obtener una decisión de este Tribunal, en caso de conflicto entre la Constitución y el decreto, lo que no es posible de hacer con los fundamentos y elementos de juicio que obran en esta causa.

DECIMOCTAVO.- Que es por ello que a la jurisdicción sólo le corresponde resolver conflictos de derecho, definidos como aquellos en los cuales el parámetro de juzgamiento esté constituido por normas jurídicas, en este caso de rango

constitucional. En el caso sub lite, los requirentes sustentan además su pretensión en normas de orden moral y en algunas de las corrientes de la ciencia médica, más allá de las normas constitucionales invocadas.

DECIMONOVENO.- Que se desprende de lo expuesto que el conflicto sometido a la resolución de esta Magistratura no se encuentra regulado por el sistema jurídico, siendo un tema que se desarrolla dentro del marco de la libertad de conciencia y de creencias, no existiendo, como ya se dijera, consenso científico respecto de los hechos relativos al mismo.

VIGÉSIMO.- Que en razón de lo anterior necesariamente deberá concluirse 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.

Existe consenso unánime en este fallo acerca del reconocimiento y protección de la vida humana, en torno a la cual gira toda la regulación jurídica acerca de su existencia, derechos y deberes. En este ámbito y para este caso cabe considerar si a la autoridad le es constitucionalmente lícito dictar el decreto, tal como lo hizo.

Para ello, debe tenerse en cuenta, en este sentido, que las normas impugnadas en ninguna parte establecen la obligación de las personas de utilizar el método anticonceptivo en cuestión, ni tampoco potestades para el Estado a efectos de imponer su uso compulsivo. Es decir, se confiere una posibilidad de uso del mismo, acompañado de consejería para los adolescentes que la soliciten, en el marco de la libertad de opción informada, lo que se encuentra amparado por diferentes garantías constitucionales, tales como la libertad personal, la libertad de conciencia y el respeto por la vida íntima de las personas.

VIGESIMOPRIMERO.- Que teniendo en cuenta que el presente conflicto surge producto de la dictación de un decreto, resulta necesario precisar el concepto de acto administrativo, que se encuentra definido por la Ley N° 19.880 en su artículo 3°, que lo conceptúa de la siguiente forma:

"Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.

Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones.

El decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro "Por orden del Presidente de la República", sobre asuntos propios de su competencia.

Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión."

En su inciso final la norma citada dispone:

"Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional."

En el mismo orden, cabe tener presente lo dispuesto por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, Ley Orgánica del Ministerio de Salud:

“Artículo 4°.- Al Ministerio de Salud le corresponderá formular, fijar y controlar las políticas de salud. En consecuencia tendrá, entre otras, las siguientes funciones:

...

2.- Dictar normas generales sobre materias técnicas, administrativas y financieras a las que deberán ceñirse los organismos y entidades del Sistema, para ejecutar actividades de prevención, promoción, fomento, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de las personas enfermas.

...

8.- Formular, evaluar y actualizar los lineamientos estratégicos del sector salud o Plan Nacional de Salud, conformado por los objetivos sanitarios, prioridades nacionales y necesidades de las personas

...

14.- Establecer, mediante resolución, protocolos de atención en salud. Para estos efectos, se entiende por protocolos de atención en salud las instrucciones sobre manejo operativo de problemas de salud determinados. Estos serán de carácter referencial, y sólo serán obligatorios, para el sector público y privado, en caso de que exista una causa sanitaria que lo amerite, lo que deberá constar en una resolución del Ministerio de Salud.”.

“Artículo 7°.- Al Ministro corresponderá la dirección superior del Ministerio.

Deberá, igualmente, fijar las políticas, dictar las normas, aprobar los planes y programas generales y evaluar las acciones que deben ejecutar dichos organismos y demás integrantes del Sistema.”.

En el ámbito de estos conceptos precisados por el legislador, lo que deberá decidirse es si la Presidenta de la República y la Ministra de Salud, al dictar el decreto que se

impugna, actuaron dentro del marco constitucional, o si, por el contrario, lo excedieron, toda vez que de la disposición transcrita se desprende claramente que los actos administrativos deben ajustarse al sistema jurídico que los autoriza, y en lo específico a sus normas habilitantes, como lo ordenan los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, lo cual, en caso de no cumplirse, implica una vulneración en contra de la Constitución y la ley.

VIGESIMOSEGUNDO.- Que de la simple lectura de las normas reproducidas anteriormente se infiere con nitidez que el Ministerio de Salud sólo se ha limitado a actuar dentro del marco dispuesto por dichas normas legales, a fin de que éstas puedan producir plenos efectos jurídicos mediante su ejecución por la autoridad respectiva, en este caso, el Ministerio de Salud. Como lo señalara este disidente en su voto particular de la sentencia del proceso Rol N° 591, en el presente caso la actividad del Órgano Gubernamental aparece enmarcada dentro de las atribuciones denominadas por el artículo 32, N° 6, de la Carta Fundamental como "Potestad Reglamentaria de Ejecución". De esta manera una - la ley - y otro - el acto administrativo de ejecución de la misma- conforman un solo todo jurídicamente armónico, están indisolublemente unidos y en conjunto versan sobre la materia relativa a la dictación de normas técnicas y fijación de políticas de salud reproductiva. Pretender desvincular las normas habilitantes de las normas reglamentarias objetadas, es negar una realidad jurídica evidente.

Esta realidad normativa, el intérprete de la Constitución no puede ignorarla, pues se impone como una absoluta necesidad para resolver adecuadamente sobre la constitucionalidad de los preceptos en juego, a la luz de las disposiciones constitucionales.

VIGESIMOTERCERO.- Que, sin embargo, esta tesis no es absoluta, pues en el evento de que el acto administrativo sometido a control se apartara de las normas legales habilitantes conforme a las cuales se dicta, se produce la desvinculación de uno y otra, ya que dejan de constituir un todo concordante y sistemático para transformarse en partes de una relación ley-acto administrativo que se contrastan y se repudian por exceder el acto del marco legal que lo hace nacer, violándose, en ese caso, los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, al dictarse un acto que excede la normativa habilitante. En esta hipótesis, desaparece el fundamento de la tesis que se ha venido desarrollando y, por ende, se exceptúa de ella, porque en ese caso el acto administrativo puede ser objetado, en conformidad con lo prescrito en el artículo 93, N° 16, de la Carta Fundamental, ya que su enjuiciamiento constitucional se efectuaría sin que ello importe una intromisión de este Tribunal en un acto legislativo que no ha sido llamado a controlar de conformidad a sus atribuciones.

VIGESIMOCUARTO.- Que, en consecuencia, es menester examinar el contenido de las fuentes legales más relevantes, que habrían facultado la dictación del acto administrativo cuestionado, con el propósito de establecer si el mismo contiene o no la correspondiente contrapartida de habilitación legal, previa y suficiente, que exige la Carta Fundamental en relación con el dominio legal, por una parte, y la potestad reglamentaria del Presidente de la República que lo habilite para ejecutarlas, por la otra.

Que en este orden de cosas, el artículo 3° de la Ley N° 19.880 puede ser considerado como norma habilitante, al definir el marco y extensión de lo que es un acto administrativo en general, y en particular un decreto supremo. Por otra parte, y en concordancia con la aludida norma, el DFL N° 1, en sus preceptos

ya citados, otorga al Ministerio de Salud el poder de decisión aludido por la Ley N° 19.880 en su artículo 3°, y en específico otorga potestades al Ministerio de Salud, en tanto cuanto autoridad administrativa, para fijar políticas, normas de carácter técnico, planes y protocolos de atención.

VIGESIMOQUINTO.- Que, contrastando el acto administrativo impugnado con la normativa legal en que se enmarca, cabe concluir que se encuentra acorde con la misma, en armonía y concordancia con ella.

VIGESIMOSEXTO.- Que con estos antecedentes cabe concluir entonces que el acto administrativo impugnado es un mero acto de ejecución del DFL 1, enmarcado dentro del mismo, y que no es contrario a la Constitución, quedando de manifiesto entonces que si la impugnación de constitucionalidad de este proceso sobrevive a dicho análisis, lo que en realidad se estaría impugnando es el conjunto de preceptos legales que habilitan a la autoridad competente para dictar el acto impugnado.

VIGESIMOSEPTIMO.- Que si bien la reforma constitucional introducida por la Ley N° 20.050 confirió a este Tribunal competencias para controlar la constitucionalidad de leyes vigentes, esta Magistratura se encuentra afecta al principio de juridicidad contenido en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, por lo cual sólo puede ejercer dichas competencias en los casos y formas establecidas por la Constitución y las leyes. Es por ello que, en sede de control de actos administrativos y habiéndose arribado a las conclusiones antes señaladas respecto de la concordancia entre el acto impugnado y su normativa legal habilitante, el entrar a calificar la constitucionalidad de la preceptiva legal que rodea al acto impugnado implica una extralimitación de funciones y una intromisión en un acto legislativo, manifestación de voluntad de los órganos representantes del pueblo soberano, cuya

constitucionalidad no ha sido cuestionada ante esta Magistratura de acuerdo a lo dispuesto por la Carta Fundamental.

VIGESIMOCTAVO.- Que el criterio de análisis de constitucionalidad de actos administrativos antes reseñado ha sido seguido y aplicado de forma constante por esta Magistratura en sus sentencias, viniendo al caso citar por ejemplo los roles 124, 254, 282, 370 y 388.

VIGESIMONOVENO.- De esa forma 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.

TRIGÉSIMO.- Que, efectuado el análisis anterior, corresponde determinar en este minuto, por otra parte, a quién corresponde la carga de probar los hechos constitutivos del conflicto constitucional sub lite. En concordancia con lo expresado en los considerandos números 34° a 42° del voto disidente de los Ministros señores Correa Sutil y Fernández Fredes, es un principio general de derecho universalmente aceptado la carga de probar los hechos que se alegan en un proceso y de acreditar los derechos invocados. En este sentido, en este proceso constitucional resulta de cargo de los requirentes acreditar las supuestas infracciones que denuncian al derecho a la vida, entre otras normas constitucionales, lo que, en mérito de los antecedentes de informes científicos que obran en el proceso, no han hecho, lo que genera como efecto inmediato que no cabe dar lugar a su solicitud de inconstitucionalidad.

TRIGESIMOPRIMERO.- Que, además de ello, este Tribunal ha seguido de forma reiterada en el tiempo el criterio de la conformidad a la Constitución de las normas controladas, también denominado "presunción de constitucionalidad", por la cual las normas emanadas de los poderes públicos, en tanto expresión de la soberanía del pueblo, valor fundamental de un régimen republicano, se entienden ajustadas a la Constitución mientras no se acredite lo contrario.

TRIGESIMOSEGUNDO.- Que, dando por reproducidos los razonamientos expresados en el considerando 84° del voto disidente de los Ministros señores Correa Sutil y Fernández Fredes, tanto de lo ya expresado como del mérito del proceso se desprende que debe ser descartada la alegación vertida en estrados por los requirentes en orden a que esta Magistratura, en tanto órgano del Estado, tendría un supuesto "deber de abstención", en orden a que mientras no se acredite que la píldora del día después no es abortiva no cabría dar lugar a su distribución.

TRIGESIMOTERCERO.- Que, compartiendo además lo expresado en los considerandos 21° a 24° del voto disidente de los Ministros señores Correa Sutil y Fernández Fredes, no puede dejar de manifestarse a este respecto que en términos procesales dicho argumento es inadmisibles, al invertir la carga de la prueba y desconocer la presunción de constitucionalidad, sin perjuicio de contener la falacia argumentativa de conminar a la prueba de un hecho negativo, lo que resulta evidentemente imposible.

TRIGESIMOCUARTO.- Que, en síntesis, si los requirentes alegaron que la píldora del día después era abortiva y que atenta en contra del derecho a la vida debieron acreditar sus dichos a este respecto, *condictio sine qua non* para la procedencia de su requerimiento.

VOTO DISIDENTE DEL MINISTRO SEÑOR HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE.

El Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake estuvo por rechazar el requerimiento en todas sus partes, fundamentando su voto en los siguientes términos:

Que en este proceso se discute sobre dos asuntos de capital importancia:

1. La existencia, rango y entidad de los derechos del embrión preimplantacional, y
2. El eventual conflicto entre un interés constitucionalmente protegido y otros derechos fundamentales, como los de orden reproductivo y sexual.

Esta disidencia sostiene que el nasciturus no es titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, que la Carta Fundamental no prohíbe el aborto, que los mencionados derechos reproductivos tienen reconocimiento constitucional y, por último, que el interés preponderante -si existiere un conflicto de valores de relevancia constitucional- recae en los derechos fundamentales de la mujer.

MARCO CONSTITUCIONAL.

Las constituciones deben ser entendidas hoy como normas abiertas, lo que, en el sentido que nos convoca en esta sentencia, permite la diversidad cultural, de creencias y de expresión. En dichas normas el principio rector es la libertad de las personas y el libre desarrollo de la personalidad, resultando ajena al régimen constitucional entonces toda creencia o doctrina que busque la imposición de su pensamiento o valores de forma excluyente respecto de las otras. Un fallo de esta Magistratura, en tanto garante del orden constitucional, no debe tener como

sustento o referencia concepciones religiosas o morales singulares y que son profesadas por los solicitantes en ejercicio del régimen de libertades que el propio sistema constitucional les asegura, resultando evidente que no pueden ser usadas para imponerse a los otros miembros de la comunidad. La noción primigenia y más elemental de libertad en un régimen republicano consiste en la libertad como ausencia de dominación, planteada inicialmente por Benjamin Constant en su clásica obra "*De la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos*". Según este concepto mínimo y básico de libertad, su dimensión negativa sería la capacidad de hacer lo que se desea sin interferencias de otros, especialmente de la autoridad, el goce pacífico de la independencia privada; en síntesis, la libertad como no dominación, que en el ámbito de una concepción liberal y republicana, como la que inspira la moderna noción de derechos fundamentales, se traduce en el ejercicio de las libertades fundamentales de todo ser humano: la libertad individual, la libertad religiosa, de conciencia y de creencias, la libertad de trabajo. Asimismo, ella se traduce en la no interferencia de la autoridad estatal en materias que están fuera de la órbita de la gestión de los asuntos públicos, como ocurre en el respeto por la vida privada y la inviolabilidad del hogar. Es en este sentido que si el inicio de la vida y su protección es un tema fuertemente influido, sino totalmente, por las concepciones religiosas, metafísicas y morales de las personas, los órganos del Estado no pueden imponer opciones sin lesionar dichas libertades, privando a las personas del derecho a optar por los métodos anticonceptivos que deseen, en imposición de una determinada moral. En definitiva, debe ser la ciencia del derecho la que guíe la resolución del presente conflicto.

SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL NASCITURUS.

A.- CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Que los derechos fundamentales pueden ser conceptualizados en forma amplia, como lo hace Luigi Ferrajoli, señalando que son *"aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas"*, y más específicamente como *"el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional"* (H. Nogueira, Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales, Ius et Praxis, v.11, n.2, Talca, 2005).

Desde esta perspectiva, la titularidad de los denominados derechos fundamentales está radicada en la persona o en grupos determinables de personas. Esos derechos subjetivos, en virtud de los cuales se exige una determinada conducta a los poderes públicos, conforman una esfera de autonomía de la persona, garantía frente al poder estatal, que no puede ser interferida.

Los derechos, en cuanto valores sustantivos y autónomos, emanados de la dignidad del ser humano, deben ser diferenciados claramente de las denominadas garantías, que en tanto instituciones jurídicas de carácter adjetivo, técnicas o herramientas, procuran el aseguramiento de los derechos. De esta premisa derivan una serie de efectos, pues como institutos adjetivos y accesorios al derecho garantizado, las garantías se diferencian del mismo. El derecho es propio de la persona y la garantía es una parte del ordenamiento, un enunciado normativo

con una función específica, que no siempre se traducirá en una dimensión subjetiva como la ya enunciada. Nuestra Constitución recoge el principio de titularidad de los derechos en la persona, es decir, en ella se consagra sin duda alguna la dimensión subjetiva de los derechos, según se lee con facilidad en su artículo 1º, que dispone que las "personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos" y en su artículo 19, en el cual se contiene el catálogo de derechos que se asegura "a todas las personas".

Es decir, para constatar si se produce la infracción constitucional invocada por los requirentes respecto del derecho a la vida, ha de estarse en presencia, como presupuesto básico, de un derecho fundamental, cuya titularidad y ejercicio corresponda a un ser humano determinado como persona, derecho que además, para ser justiciable, debe encontrarse garantizado por instituciones apropiadas.

B.- EL NASCITURUS NO ES TITULAR DE DERECHOS CONSTITUCIONALES.

Así, procede entonces determinar la titularidad del derecho a la vida y su ejercicio, para lo cual ha de recurrirse no sólo a la normativa constitucional, sino al ordenamiento jurídico en su conjunto, pues aquélla, al contrario de lo señalado por los requirentes, no enuncia concepto alguno de persona, ni menos a partir de qué momento se tiene tal estatus jurídico. En este sentido, la única norma que puede dar alguna luz al respecto es la del artículo 1º, que contiene un reconocimiento de la dignidad humana y los valores fundamentales de libertad e igualdad que de ella derivan, a partir del nacimiento de las personas. Desde ese prisma, el derecho considera persona, en cuanto titular de dignidad y de derechos fundamentales emanados de ella, al ser

humano ya nacido, y así lo ha considerado nuestro ordenamiento, recogiendo dichos principios en los artículos 55 y siguientes del Código Civil al diferenciarse existencia natural de existencia legal, y también por parte del orden penal, al no concebir el tipo de aborto como un delito contra las personas, sino como un delito en contra del orden de la familia. En síntesis, claramente son distinguibles dos valores: la vida humana consolidada y plena, amparada por el derecho a la vida, por ser persona y sujeto de derecho el titular de ella, y, por otra parte, la denominada "vida por nacer", que no está reconocida como persona, y que puede llegar a tener un cierto estatuto jurídico de protección y de titularidad de derechos eventuales, condicionados al nacimiento.

Dicha distinción se encuentra también en la proclamación del derecho a la vida en nuestra Constitución, que lo atribuye a personas, es decir, a sujetos de derecho, en un momento que se fija a partir del nacimiento. En efecto, y reconociendo claramente la diferencia respecto de la vagamente denominada "vida por nacer", la Constitución sólo dice que el legislador la protegerá. En este sentido, si el derecho a la vida aparece como un derecho fundamental y, por ende, de carácter subjetivo y de titularidad de la persona, la protección de la vida por nacer no parece ser una garantía del derecho a la vida, pues opera en un espacio temporal en el cual no existe el derecho que sería objeto de tal garantía. Por otro lado, la vaga expresión "que está por nacer" no precisa mucho el significado de esta disposición que, al no ser garantía, es solamente un mandato al legislador. "Por nacer" puede entenderse aquello sobre lo cual existe cierto margen de predictibilidad razonable que va a nacer y se va a transformar en un ser humano al momento de concluir el parto, certeza que claramente no se tiene al momento de la concepción, ni aun en los primeros meses de gestación. La Constitución no

contiene un mandato explícito y directo de protección a todo germen de vida prenatal, sino que exhorta al legislador a proteger, dentro del margen de autonomía que éste posee, aquella sobre la que efectivamente exista algún grado de certeza sobre su viabilidad, mandato que aparece sobradamente cumplido por el legislador en las citadas normas del Código Civil.

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.

En virtud del principio de autonomía del legislador, recogido por la jurisprudencia de este Tribunal en repetidas ocasiones, podemos decir desde la perspectiva de la teoría constitucional que *"el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta y esta libre actuación requiere en muchos casos (aunque no, claro, en todos) que el enunciado de esos preceptos constitucionales permita un ancho haz de interpretaciones*

diversas. No de interpretaciones jurídicas, sino de interpretaciones políticas, es decir, de maneras diversas de entender el texto constitucional cuyos enunciados han de construirse, por tanto, con conceptos de valor de un alto grado de abstracción" (Francisco Rubio Llorente, "SEIS TESIS SOBRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EUROPA", en "La Forma del Poder, Estudios sobre la Constitución", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997). Lo anterior significa que el legislador puede hacer diferentes interpretaciones acerca de la norma en cuestión, con mayor o menor intensidad de protección, dentro de un margen de opciones bastante amplio, a partir de conceptos altamente abstractos y no unívocos, como en este caso el de "vida por nacer", que no tiene el mismo significado para todos los sectores de la sociedad. Así como se han establecido las normas pertinentes del Código Civil y del Código Penal, ellas pueden ser modificadas, reemplazadas o dejadas sin efecto por el legislador en virtud del principio de autonomía antes mencionado.

EL ABORTO NO ES UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL.

Para fundar la interdicción constitucional del aborto, se especula frecuentemente con la historia del establecimiento de la norma invocada por los requirentes.

Anotemos, en primer término, que en materia de hermenéutica constitucional, la trascendencia del elemento histórico es descartada en la doctrina constitucional contemporánea, que se orienta centralmente por la búsqueda de la finalidad de la norma, situada dentro de un sistema normativo, cuya concreción dependerá de las necesidades jurídicas, a su vez condicionadas e influidas por el contexto sociopolítico y cultural de cada época. De esta suerte, las convicciones íntimas de los redactores del texto original de la Carta de 1980 aparecen subordinadas a la finalidad

y razón de la norma, tal cual ésta se entiende y aplica en las diversas circunstancias.

En segundo lugar -y para manifestarlo de una vez por todas-, los presupuestos mínimos de un Estado constitucional y democrático como el actual son incompatibles con la atribución del carácter de historia fidedigna a las actas de los órganos asesores de la Junta Militar, como la llamada Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, máxime teniendo a la vista que, con variadas y sustanciales reformas, hoy nos rige un texto constitucional refrendado por órganos expresivos de la soberanía popular. Sin perjuicio de ello, y con el solo propósito de demostrar la inexactitud de la consolidada argumentación en contrario, cabe exponer que la aludida comisión jamás llegó a la conclusión que se le pretende adjudicar.

Así, en su sesión número 90 discutió latamente el alcance de la protección a la vida por nacer, sin que existiera consenso en torno al significado de ello. Cabe destacar que en dicha sesión el señor Jaime Guzmán sostuvo, sobre la base de argumentos de orden moral y religioso, como se hizo ver por los demás intervinientes, que la protección era absoluta, sin excepciones, y que la madre debía tener al hijo "aunque éste salga anormal, aunque no lo haya deseado, aunque sea producto de una violación o aunque de tenerlo, derive en su muerte", moción que finalmente no fue aceptada por el resto de los miembros. Tras mucho discutirse el tema en el seno de la comisión, centrado el debate en el denominado aborto terapéutico, el señor Enrique Ortúzar expresó que al referirse a esa modalidad, "se está señalando la forma principal que, probablemente, podrá considerar el legislador, pero no se atrevería a afirmar que es la única". El mismo comisionado estimó "indispensable dejar entregado al legislador la protección de la vida del ser que está por nacer, porque si la Constitución derechamente lo hiciera, estaría abocándose a un

problema sumamente conflictivo y delicado como es el del aborto”, indicando que “la ventaja del texto reside precisamente en que aclara el pensamiento de la comisión, ya que de otra manera podría prestarse para interpretar que la Carta condena en cierto modo el aborto. Recuerda que cuando se discutió el punto, la mayoría llegó a la conclusión de que no podían imponerse creencias religiosas propias en una materia tan delicada y trascendente como una norma de la Constitución” (sesión número 407).

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 éste 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, éstas pueden ser modificadas o derogadas, incluso despenalizándolo.

De igual manera, el derecho a la vida de que gozan las personas se entiende universalmente como el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella, forma recogida, por ejemplo, en el Pacto de San José de Costa Rica. Ello se traduce en la existencia de causales de justificación, como el estado de necesidad y la legítima defensa.

Puede afirmarse entonces que no existe fundamento para sostener, como lo hacen los requirentes, que el aborto goza de una proscripción constitucional, más aún si de la propia Carta Fundamental la misma no se desprende de ninguna norma, lo que es especialmente relevante teniendo en cuenta el principio de autonomía del legislador, la reserva legal en materia penal y la

tipificación del aborto en el Código Penal, cuerpo de rango legislativo.

Por último, los requirentes aluden además al Pacto de San José de Costa Rica, que protege el derecho a la vida "en general, a partir del momento de la concepción".

El alcance de dicha frase se encuentra en los trabajos preparatorios de dicho tratado, de cuyas actas consta que en la segunda sesión plenaria de la Conferencia de San José, las delegaciones de Estados Unidos y Brasil consignaron la siguiente declaración:

"Estados Unidos y Brasil interpretan el texto del párrafo 1 del artículo 4 en el sentido de que deja a la discreción de los Estados Parte el contenido de la legislación a la luz de su propio desarrollo social, experiencia y factores similares" (Conferencia Especializada Americana sobre Derechos Humanos, Acta de la segunda sesión plenaria, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p.ó).

De igual manera, en las sesiones de preparación del texto en San José se reconoció que la frase "en general, a partir del momento de la concepción" dejaba abierta la posibilidad de que los Estados Partes en una futura Convención incluyeran en su legislación nacional "los casos más diversos de aborto". (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p.159).

Lo antes expuesto fue reafirmado por la Comisión Interamericana en el caso conocido como "Baby-boy vs. Estados Unidos", mediante la resolución 23/81, de 6 de marzo de 1981.

ACERCA DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER.

Si bien en el catálogo del artículo 19 de la Carta Fundamental no se encuentra explícitamente recogido el derecho al

"*libre desarrollo de la personalidad*", no obstante es posible identificar la existencia de cláusulas generales de *dignidad de la persona* (art. 1º, inciso primero, y art. 5º, inciso segundo) y de *libre desarrollo de la personalidad* (art. 1º, inciso cuarto). En este último precepto aparece como elemento intrínseco, en cuanto la primacía de la persona humana, como valor fundamental, nos obliga a concluir que su libre desarrollo personal debe alcanzar la mayor realización espiritual y material posible, a cuyo cometido el Estado debe contribuir creando las condiciones sociales necesarias, con pleno respeto de los derechos y garantías constitucionales. De la misma forma, se garantiza la integridad física y síquica, la libertad personal, la libertad de creencias y el derecho a la vida privada, conjunto de derechos que atribuyen a la mujer libertad para decidir cuándo desea vivir o no la maternidad, de forma libre y consciente.

En este sentido, el uso de anticonceptivos y el derecho a disponer de la maternidad por parte de la mujer es un tema antiguo y ya zanjado en el derecho constitucional comparado en el tercer tercio del siglo XX.

Ya sea por la vía del libre desarrollo de la personalidad o por aplicación del inciso segundo del artículo 5º, es un imperativo para esta Magistratura tener presente como parte integrante del parámetro de control de constitucionalidad del decreto cuestionado, lo dispuesto por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, ratificada por Chile y vigente, publicada en el Diario Oficial de 9 de diciembre de 1989, en tanto es un tratado de derechos fundamentales, por lo cual su contenido restringe al poder del Estado y es límite al ejercicio de la soberanía y, por ende, de las potestades de este Tribunal.

En el artículo 1 de dicha Convención se establece que se entenderá por discriminación en contra de la mujer "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera."

Dicho concepto debe ser tenido especialmente en cuenta a la hora de establecer el alcance del mandato de protección a la vida por nacer, pues es precisamente en la mujer en quien recaería la obligación irrestricta de aceptar el estado de embarazo, derivada del planteamiento de los requirentes. De ello se desprende que cualquier interpretación de dicho deber que implique restringir el ejercicio de cualquier derecho fundamental por causa de dicha supuesta obligación, fundada en el mandato de protección de la vida por nacer, es contraria a dicho tratado internacional y consecuentemente se opone al artículo 5° de la Constitución, constituyendo además una discriminación por sexo, por lo cual la interpretación de los requirentes acerca del deber de protección de la vida por nacer, al pugnar con el derecho internacional, no es admisible.

Asimismo, dicha Convención establece en su artículo 10, letra h), que los Estados se obligan a asegurar "acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia" -marco en el cual no cabe duda se encuentran las normas sobre salud reproductiva y anticoncepción de emergencia-, sin perjuicio de establecer en su artículo 12.1 que "los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación

contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieran a la planificación de la familia”, agregando en su artículo 14 que se adoptarán todas las medidas para lograr el goce de “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 les permitan ejercer estos derechos”.

Cualquier interpretación que menoscabe dichos derechos a consecuencia del embarazo debe ser descartada, por constituir una discriminación fundada en las características sexuales de la mujer.

EVENTUAL CONFLICTO ENTRE EL INTERÉS PROTEGIDO DEL NASCITURUS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LA MUJER.

Aclarado que el nasciturus no es un sujeto que goce de titularidad de derechos fundamentales, cabe recalcar que no nos encontramos en frente de un conflicto de derechos fundamentales, sino ante un aparente conflicto entre un interés de relevancia constitucional, protegido por un mandato de acción legislativa, y un derecho fundamental. En efecto, sólo podríamos hablar de un conflicto real, y no aparente, si la tensión se produjere entre dos intereses o entre dos derechos, cuyo no es el caso.

Los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo cumplen la función de ser el límite del poder del Estado y de constituir, además, su justificación, gozando, en razón de su función, de las máximas jerarquía y fuerza normativa dentro del sistema constitucional.

Ello implica que los derechos delimitan la órbita de acción del Estado y aquella esfera de ejercicio de libertad que no puede

ser interferida por el mismo, de manera tal que sólo en un ámbito ajeno al ejercicio de lo que se denomina el núcleo esencial de dichos derechos podrá el Estado intervenir.

Lo anterior resulta fundamental a efectos de discernir cuál es la frontera del mandato al legislador para proteger la vida del que está por nacer, pues si dicho límite está dado por los derechos fundamentales, el Estado no puede traspasarlo, ni siquiera a pretexto de proteger un interés constitucionalmente relevante, pues si tal acto implica la negación o vulneración de un derecho fundamental, el medio utilizado es ilícito, además de negar y vulnerar la jerarquía de los derechos fundamentales, poniendo sobre ellos, de forma errada, un interés constitucional que es de menor relevancia que los mismos.

Incluso prescindiendo de lo razonado precedentemente, procede concluir que en ejercicio de ese mandato de acción legislativa, y realizando una ponderación de bienes protegidos, debe tenerse presente como premisa básica que el Estado no puede invadir el espacio de la vida privada y de la libertad de conciencia, y sobre todo, la esfera del libre desarrollo de la personalidad, concretada específica y detalladamente en los derechos reproductivos y sexuales de la mujer, derechos fundamentales que limitan el poder del Estado y que gozan de preponderancia y mayor fuerza normativa frente al resto de los intereses constitucionales, por lo que cualquier medio utilizado en desmedro de ellos resulta contrario a la Constitución.

En el mismo marco de ponderación, cabe señalar que si el derecho a la vida admite situaciones de inexigibilidad, tales como la legítima defensa o el estado de necesidad, en las que la privación de la vida está amparada por el derecho, con mayor razón es dable concluir que la vida por nacer, protegida con menor intensidad y ponderada frente a derechos fundamentales de la mujer, admite situaciones en que sus supuestos de protección

decaen, entre las cuales se encuentra, desde ya, el ejercicio legítimo de derechos fundamentales de naturaleza reproductiva, sin perjuicio de otras de fuente netamente penal, como la *lex artis* médica en el ejercicio legítimo de la medicina y la carencia del elemento malicia exigido por el tipo de aborto.

Aun en el caso de reconocerse el rango de derecho fundamental a la protección de la vida por nacer, la misma debe ser ponderada con los derechos fundamentales de la mujer.

En ese orden, el primer efecto del supuesto derecho es la obligación de la mujer de soportar el estado de embarazo, hipótesis que tampoco es absoluta, pues al colisionar derechos fundamentales, en este caso debe ponderarse la finalidad, medios utilizados e idoneidad de la protección de la vida por nacer; es decir, los medios empleados deben ser proporcionales al resto del ordenamiento constitucional, aptos y proporcionados a la entidad y relevancia de la vida por nacer y al ejercicio de los derechos de la mujer embarazada. Resulta de toda obviedad que en embarazos inviábiles, en situaciones de riesgo de la vida e integridad de la mujer y, en general, frente a la afectación de otros derechos fundamentales relevantes, la protección absoluta de la vida por nacer en desmedro de ellos resulta desproporcionada e incluso puede llegar a ser ineficaz.

La mujer, además de sus derechos reproductivos, goza del derecho a la integridad síquica, derechos fundamentales de titularidad cierta e indiscutida, todo lo cual puede verse gravemente alterado por un embarazo no deseado y, aun más, por la coacción del Estado para soportarlo a pesar de ello. La exigibilidad de los derechos fundamentales de la mujer y la eventual exigibilidad de los derechos supuestos de un indeterminado titular denominado "vida por nacer", aparecen evidente y claramente diferenciados. 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.

Este disidente no caerá en la tentación de pretender zanjar por la vía de la jurisdicción el debate ético científico acerca del inicio de la vida, cuestión que debiera estar claro que no corresponde al derecho dirimir, a pesar de la pretensión de los requirentes.

Efectivamente, a partir del caso Roe v/s Wade, de los años 1970, en Estados Unidos, estudiado mundialmente, encontramos jurisprudencia acerca de las alegaciones sobre el inicio de la vida a partir de la concepción y respecto de los alcances de la autonomía reproductiva de la mujer. En dicho caso el Estado de Texas alegó que el inicio de la vida era la concepción y la Corte Suprema Federal, en relación a la posibilidad de establecer en sede jurisdiccional el momento del inicio de la vida, señaló que "si los médicos, los teólogos o los filósofos son incapaces de ponerse de acuerdo al respecto, los tribunales no están en condiciones de especular con la respuesta" ("LAS SENTENCIAS BÁSICAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS", BELTRAN DE FELIPE, MIGUEL, BOE, MADRID, **AÑO** 2006, PAG. 419).

Este Ministro no enunciará las diferentes concepciones acerca del inicio de la vida, pues no es una materia propia de esta sentencia y además nuestro régimen constitucional proclama la libertad de conciencia y de creencias, por lo cual entrar en dicha tarea implicaría abdicar de la laicidad y la neutralidad de los órganos y los espacios públicos, que deben abstraerse de invadir dicho campo, más aún en un régimen republicano como el que proclama el artículo 4° de la Constitución.

EFFECTOS REALES DE LA DECISIÓN JURISDICCIONAL.

Que esta Magistratura ha declarado "que el intérprete constitucional -guiado, como está, por el propósito de asegurar la primacía efectiva de la Carta Política- no debe desatender los efectos reales que sus decisiones pueden tener para el funcionamiento pleno de las instituciones que gobiernan el Estado de Derecho". Agregó que "el ordenamiento constitucional es un sistema normativo, que regula poderes públicos, reconoce y ampara derechos subjetivos y fundamenta, en fin, la cohesión y equilibrio político y social. La exclusión de una norma legal es consecuencia de la ruptura de ese ordenamiento, para restablecerlo en plenitud. Dicha finalidad no se logra si la expulsión del precepto legal puede acarrear efectos aún más nocivos que los que produce su pervivencia. Una decisión de tal envergadura requiere, pues, la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal. Si deviene una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma" (consideraciones decimonovena y vigesimotercera, fallo Rol 558).

El efecto real de la declaración de inconstitucionalidad impetrada es lesivo de la esencial función de administrar el Estado, que incumbe al Ejecutivo, perturbando gravemente la formulación y ejecución de políticas públicas de salud. Importa, desde luego, una regresión notoria en el sistema de protección de la salud reproductiva.

Representa, también, una incoherencia atribuir riesgos abortivos a medidas de anticoncepción reconocidas universalmente, cuyo empleo -en un tiempo muy próximo al de la relación sexual- tiene por una de sus finalidades esenciales precaver la ocurrencia efectiva de abortos en una etapa avanzada de la gestación.

Por último, la prohibición de la entrega gratuita a los usuarios de un fármaco en el área pública de salud mientras subsiste su distribución comercial, rompe el elemental principio de la igualdad de derechos.

La declaración jurisdiccional que suprime la norma genera, pues, una situación más gravosa socialmente que su subsistencia y provoca otros efectos contrarios a la Constitución.

VOTO DISIDENTE DE LOS MINISTROS SEÑORES JORGE CORREA SUTIL Y FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES:

Los Ministros señores Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes estuvieron por rechazar el requerimiento en todas sus partes. Concuerdan únicamente con lo razonado en los considerandos 1° a 17° del fallo y para disentir tienen presentes las siguientes consideraciones:

I. Presentación.

1. Votamos por validar el Decreto Supremo 48 del Ministerio de Salud, de 2007, en todas sus partes, pues, por los motivos

que expondremos, hemos llegado a la convicción de que los métodos de anticoncepción hormonal de emergencia que se contienen en la sección 3.3. del Decreto aludido, no atentan en contra de la vida del que está por nacer ni contra la dignidad humana.

Definir el concepto de persona, a quien la Constitución garantiza el derecho a la vida, y precisar el sentido y alcance de la norma que declara que la ley protege la vida del que está por nacer, así como la diferencia entre ambas reglas, contenidas en el numeral 1° del artículo 19 de la Carta Fundamental, es una tarea compleja, como dan cuenta los múltiples debates y posiciones que se han argumentado en este proceso, en la jurisprudencia y en la doctrina que se centran en el lenguaje de esas dos normas, en su finalidad o propósito, en su historia fidedigna y en su sentido concordante con otros preceptos de la Ley Fundamental y del sistema jurídico como un todo. No son, sin embargo, las posiciones acerca de ese debate las que nos llevan a concordar esta disidencia, sino la convicción de que la evidencia invocada por los requirentes y la acumulada o mencionada en este proceso no permite sostener siquiera una duda razonable acerca de que los dos métodos de anticoncepción hormonal de emergencia contenidos en la sección 3.3. del Decreto Supremo impugnado sean capaces de impedir el desarrollo de un embrión humano. En los capítulos que siguen desarrollamos cómo llegamos a tal convicción. No negamos que los científicos sostengan una polémica respecto de los efectos del sistema anticonceptivo hormonal de emergencia, pero la existencia de tal polémica no es suficiente para sostener que exista una duda razonable acerca de los efectos antianidatorios o impeditivos del desarrollo del embrión humano. Tampoco lo son las leyendas o rotulaciones de los respectivos productos. Las dudas razonables respecto de los efectos nocivos de un producto farmacológico, cuando el mismo ha sido ya

válidamente autorizado por autoridad competente, no pueden fundarse en la mera formulación de una duda, en la constatación de la existencia de un debate o en una leyenda que declara como no descartable un efecto en un rótulo; sino en la existencia de evidencia científica que así lo justifique. De muchos productos farmacéuticos podría decirse mañana que atentan en contra de la vida. Lo mismo podría afirmarse de productos alimenticios. Para prohibir la distribución de productos debidamente autorizados por los órganos competentes, a esta Magistratura no podría bastarle que alguien manifieste una duda, señale que existe una polémica o haga ver que los mismos productos advierten que un efecto es posible. El adecuado funcionamiento de las instituciones democráticas y de los organismos competentes de decisión exige, a juicio de estos disidentes, que quienes impugnan la distribución de tales productos convenzan, con evidencia científica, que ellos son efectivamente capaces de atentar en contra de la vida. En la especie, no lo logran y por eso disentimos del fallo.

II. **Los problemas constitucionales a resolver.**

2. Que, tal como ha quedado detalladamente relatado en la parte expositiva, la requirente ha pedido declarar la inconstitucionalidad de parte del Decreto Supremo N° 48 del Ministerio de Salud, de 2007 (en adelante el Decreto o la norma impugnada), en razón de que, a su juicio, la oferta y distribución pública de los sistemas de anticoncepción hormonal de emergencia que esa norma jurídica ordena realizar a los profesionales del sistema público de salud, incluso a menores desde los 14 años, sin el consentimiento ni conocimiento de sus padres, vulnera el derecho a la vida y también, en el caso de aplicarse respecto de menores de edad, el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos. Al

precisar su requerimiento, esa parte señaló que dirigía su acción de inconstitucionalidad en contra de "a) *El uso de la llamada Píldora del Día Después, ya sea a través de la entrega de una sola pastilla de progestina pura, generalmente levonorgestrel al 0,75% mg., o a través de la combinación de píldoras, método denominado "Yuzpe" ...*". Estos dos sistemas, únicos impugnados en la especie, consisten, conforme a los propios capítulos del Decreto Supremo en contra del cual se recurre, en "*...píldoras de levonorgestrel solo o píldoras combinadas de etinil-estradiol y levonorgestrel. En ambos regímenes se usan las mismas hormonas que contienen algunos anticonceptivos hormonales orales de uso regular, pero en dosis más altas y en un plazo de tiempo definido*" (página 79 de las Normas). Ambos sistemas tienen en común que se trata del mismo compuesto: el levonorgestrel, que se ingiere, en el primer caso, en una dosis pura de 1,5 mg. o en dos dosis de 0,75 mg. espaciadas en 12 horas; mientras en el segundo se combina ese mismo elemento, en dosis de 0,5 mg con 0,1 mg de etinil estradiol, para ingerirse dos unidades de tal combinación, espaciadas cada 12 horas (página 79 del documento que contiene las Normas). Las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad especifican que este último régimen combinado no está disponible en Chile en esas dosis, aunque puede obtenerse, como alternativa, sumando 4 píldoras anticonceptivas combinadas de determinada composición, las que están disponibles en el mercado como anovulatorios.

En suma, lo que se ha impugnado entonces es que el Decreto ordene a los profesionales del sistema público de salud aconsejar y distribuir dos específicos métodos de anticoncepción hormonal de emergencia post coitales a base de levonorgestrel puro o de la combinación de éste con etinil estradiol. En adelante, y con el puro objeto de poder aludir a ambos de manera breve, emplearemos

la expresión "anticoncepción de emergencia". También aludiremos a ellos como los fármacos que se ordena aconsejar y distribuir. Los trataremos así de manera indiferenciada hasta el análisis de la evidencia respecto a sus efectos, pues ella presenta importantes diferencias entre uno y otro.

3. La ciencia ha acreditado, conforme a abundante prueba que no está en debate, que los dos sistemas anticonceptivos de emergencia ya referidos tienen, desde luego, un efecto anticonceptivo, consistente en impedir la ovulación de la mujer, requisito indispensable de la fecundación. Se encuentra asimismo postulado, aunque con algunas dudas y debate acerca de con cuánta eficacia, que los mismos sistemas retardan o dificultan la migración de los espermios hacia las trompas. Ello también es un efecto que dificulta la fecundación. Ni las partes, ni experto alguno de los que han depuesto o han sido referidos en este proceso, han sostenido que estos efectos anticonceptivos, que consisten en evitar la fecundación, puedan atentar en contra de la vida y ser contrarios a la Constitución. Lo que los requirentes y algunos expertos sostienen, y ello funda la acción en contra del Decreto Supremo en cuestión, es que los fármacos que se ordena aconsejar y distribuir tienen, además de los efectos anticonceptivos ya referidos, y cuando ya no son aptos para impedir la ovulación por haberse ella producido, la capacidad de impedir el desarrollo normal del huevo fecundado o cigoto, antes que éste se anide en el cuerpo de la mujer. Existe también prueba suficiente y no sujeta a debate que los sistemas de anticoncepción de emergencia no tienen efecto alguno sobre el huevo fecundado, una vez que éste se ha adherido ya al cuerpo de la mujer.

4. Parece claro entonces que para acoger el presente requerimiento se necesita dar por establecido que los

sistemas cuestionados tienen la capacidad de impedir que se anide el huevo fecundado o de impedir por cualquier otra vía su normal desarrollo o, a lo menos, sostener que existe evidencia científica que genere una duda razonable acerca de ello. Acreditado este primer requisito, el presente requerimiento exige, a juicio de estos disidentes, para ser acogido, sostener además que un huevo humano fecundado o cigoto es titular del derecho a la vida consagrado por la Constitución o que con la interrupción de su desarrollo anterior a la implantación se vulnera la norma constitucional que reza que "la ley protege la vida del que está por nacer."

5. Que, desde luego, existe controversia acerca de cuál de las dos reglas, la que garantiza el derecho a la vida de las personas o la que ordena al legislador proteger la vida del que está por nacer, ambas contenidas en el numeral 1° del artículo 19 de la Constitución, debe aplicarse de preferencia al caso y, si se estima que ambas, acerca de cómo deben armonizarse. Unos sostienen que el asunto debe examinarse de preferencia conforme al inciso segundo que, siendo una regla especial y diversa, establece un deber para el legislador, pero no un derecho al no nacido; mientras los otros argumentan que el no nacido es persona, titular de la garantía constitucional, por lo que se le aplica el inciso primero y tiene plena dignidad y derecho a la vida, siendo la regla segunda no una especial que debe primar, sino una mera reafirmación del derecho a la vida, esta vez de los no nacidos. En esta polémica jurídica, las posiciones se sustentan principalmente en argumentos surgidos del debate habido en la comisión que primero propuso estas normas para la Constitución de 1980 y en discusiones legislativas posteriores en que el Senado ha dejado constancia acerca de

cómo los entiende, elementos llamados a atenderse por quien quisiera resolver esta cuestión.

6. Que, por su parte, el sentido del inciso primero del numeral 1° del artículo 19 de la Carta es también polémico, pues exige determinar el alcance de la expresión "persona", a quien la Carta Fundamental hace titular del derecho a la vida, problema en el que se imbrica un nuevo debate, esta vez médico, filosófico y antropológico, acerca de si el individuo de la especie humana, con identidad genética propia y diversa a la de sus padres, que la ciencia ha probado existe en los embriones, aun antes de implantarse, lo transforma en persona, titular del derecho a la vida, o si éste es un concepto moral que exige de otros caracteres que vendrán a actualizarse más tarde.
7. Que tampoco es pacífica la inteligencia que ha de darse al inciso segundo que, aunque redactado en términos descriptivos (la ley protege), no cabe sino atribuirle un sentido y finalidad prescriptiva (que obliga o limita al legislador en cuanto a lo que puede hacer con el que aún no nace). Desde luego, se debate el sentido y alcance de las expresiones "vida del que está por nacer" y también el alcance de la protección a la que se obliga al legislador. Los unos sostienen que tal deber de proteger es más débil que el derecho a la vida del inciso primero, por lo que la Constitución permite al legislador autorizar algunos tipos de aborto, mientras los otros rebaten que cualquier aborto atenta en contra de la vida de una persona garantida incluso para los no nacidos en el inciso primero, que la regla del inciso segundo no relativiza, sino que reafirma.
8. En caso que se concluyera que la consejería, promoción y distribución de los sistemas hormonales de anticoncepción de emergencia atentan en contra del derecho a la vida, del que

son titulares las personas, o en contra de la regla que ordena al legislador defender la vida del que está por nacer, para acoger el requerimiento sería necesario aún saber si tal efecto podría justificarse, como se sostiene por algunos, en un derecho preferente de las mujeres a decidir acerca de su propia maternidad, en las finalidades públicas de salud relativas a evitar abortos clandestinos, con sus secuelas y riesgos también para la vida, esta vez de las madres, o en el derecho preeminente de igualdad entre las mujeres ricas y pobres, dado que los métodos cuya consejería y distribución por el sistema público se encuentran impugnados en esta causa están disponibles en el comercio, más allá del alcance de este fallo.

9. Que, en cambio, para rechazar la cuestión de constitucionalidad planteada no es indispensable el análisis de todas las cuestiones indicadas en los cinco considerados que anteceden, pues si se concluye, como hace este voto disidente, que no se ha acreditado de manera suficiente que los anticonceptivos de emergencia, en cualquiera de las modalidades en que los trata el Decreto Supremo, tengan la aptitud de enervar el desarrollo del embrión humano antes de su anidación, basta ello para el rechazo del requerimiento. En efecto, si no existen antecedentes suficientes para estimar que los métodos impugnados atentan en contra del embrión, mal podría vulnerarse el derecho a la vida de una persona, el deber de protección de la vida del que está por nacer que se impone al legislador y menos habría que contrastar aquello con otros fines constitucionales.
10. Antes de demostrar cómo es que en este caso no se ha acreditado que los anticonceptivos de emergencia tengan capacidad de dar muerte a un embrión, este voto parte por el análisis y dilucidación de las razones esbozadas por las

partes para no entrar al fondo del asunto. Si bien el Tribunal las ha ya rechazado, en virtud de los razonamientos contenidos en los considerandos Octavo a Decimoprimeros del fallo, con los que concordamos y suscribimos, nos ha parecido que la argumentación de este voto, en los aspectos de fondo, hace necesario efectuar un análisis más detenido de las mismas. Estas cuestiones preliminares serán analizadas en el capítulo III que sigue y, por las razones que se exponen en él, estos disidentes concurren con la mayoría del Tribunal a desecharlas. Los razonamientos contenidos en el capítulo que sigue deben considerarse entonces como razones complementarias a aquellas expuestas en los considerandos referidos del fallo para desestimar las cuestiones preliminares y como elementos fundantes del voto acerca del fondo del asunto, según se emplearán más adelante.

III. Rechazo de las cuestiones preliminares planteadas por las partes.

1. Consideración de la cuestión de si la regulación es materia de ley.

11. Que, tal como se ha desarrollado en la parte expositiva, los requirentes han alegado que el derecho a la vida sólo puede ser limitado por ley y que, en consecuencia, en este caso, la Presidenta de la República ha vulnerado tal principio, al pretender regular esta materia a través de un Decreto Supremo. Esta petición ha sido reiterada de modo particularmente enfático por la Fundación Instituto de Estudios Evangélicos, que ha sido escuchada en la causa (véase al respecto la minuta de exposición del abogado Patricio Zapata). En esencia, el argumento se sustenta en las siguientes afirmaciones: a) que el Decreto impugnado regula, restringe o limita la vida del que está por nacer; b) que el

de la vida es un derecho reconocido por la Carta Fundamental, y c) que la Constitución autoriza (con restricciones) al legislador a regular y limitar los derechos que consagra, pero tales limitaciones y regulaciones le están reservadas al legislador, por lo que no puede la Presidenta de la República hacerlo a través del Decreto impugnado. De estas tres premisas, el requerimiento concluye que el Decreto ha invadido materias propias de ley, infringiendo, por este solo hecho, la Carta Fundamental, pues no cuenta siquiera con habilitación legal para ello. Este voto analizará esta solicitud como una de previo pronunciamiento.

12. Que, desde luego, este argumento debe ser desechado pues los requirentes que lo formulan no tienen legitimación activa para hacerlo. La causal invocada sólo puede ser alegada por la mayoría de cualquiera de las Cámaras, lo que no ha ocurrido en la especie. En efecto, el inciso decimonoveno del artículo 93 de la Carta Fundamental, que regula la impugnación de la constitucionalidad de un Decreto Supremo, dispone que este Tribunal "sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras." Y luego añade que "en el caso de vicios que **no se refieran** a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento." (En ambos casos, el énfasis ha sido añadido). En consecuencia, el Tribunal no puede entrar a conocer la alegación de que el Presidente ha excedido su potestad reglamentaria autónoma y ha invadido materias de ley, sino a requerimiento de la mayoría de cualquiera de las Cámaras, lo que no ocurre en la especie. Ello ya sería suficiente por si mismo para desechar esta alegación. Sin embargo, hay también dos motivos de fondo para llegar a igual conclusión, de los que cabe dejar constancia.

13. Que, además, acoger este planteamiento implicaría desatender un fallo anterior de este Tribunal, el que, en la causa rol 591, examinando una resolución ministerial que estableció exactamente el mismo contenido normativo que el actual Decreto Supremo impugnado (la aprobación de las mismas normas nacionales de regulación de la fertilidad), lo invalidó por estimar que tal contenido era propio de un decreto supremo presidencial. Así, en sentencia de fecha 11 de enero de 2007, dijo "(q)ue lo razonado en considerandos anteriores, incluidas las opiniones de destacados tratadistas que forman parte de este proceso, y de la simple lectura de la resolución exenta impugnada, es posible concluir que, en realidad, reúne los elementos configurativos de un decreto supremo reglamentario...". Para concluir que el contenido normativo de entonces que, como reiteramos, era idéntico al del Decreto ahora impugnado, este Tribunal razonó que "... ese acto administrativo contiene un conjunto de normas, cuyo alcance es nacional o de aplicación general a todos los destinatarios de ellas; y dotadas de carácter permanente, es decir, que no agotan o pierden vigencia por su aplicación en un caso determinado. Sin embargo, tal Resolución Exenta carece de las demás exigencias que la Constitución contempla para los decretos supremos reglamentarios, porque fue dictada por la Ministra de Salud, en circunstancias que hacerlo se halla prohibido, **pues correspondía que fuese suscrita por la Presidente de la República** y, además, debió ser sometida previamente al trámite de toma de razón en la Contraloría General de la República, atendida su naturaleza esencialmente reglamentaria. Habiéndose omitido estos dos requisitos esenciales **para la formación válida** de un reglamento, fuerza es concluir que la Resolución Exenta N° 584 quebranta la Constitución, en su aspecto formal, lo que así será declarado

por este Tribunal.” (Considerando 33, énfasis añadido). Si bien los que suscribimos este voto discrepamos, en su oportunidad, de la decisión y del razonamiento citado, no juzgaríamos razonable que esta Magistratura declare primero, en sentencia vinculante, que un determinado contenido normativo no es válido por no estar suscrito por la Presidenta de la República como un Decreto Supremo y, cuando la Presidenta cumple con ese requisito para darle validez al mismo contenido normativo, conforme a lo resuelto por el Tribunal, éste decidiera que tampoco es válido por no estar contenido en una ley.

14. Que debe también desecharse este planteamiento para acoger el requerimiento por el motivo de forma que se analiza, pues él supone previamente dar por acreditados a lo menos dos de los planteamientos de fondo del requerimiento, como es que los métodos impugnados efectivamente son capaces de afectar el derecho a la vida del que está por nacer. En efecto, la petición en análisis tiene como supuesto básico que el Decreto Supremo impugnado contiene una restricción o limitación al derecho a la vida, pues sólo así es posible sostener que la cuestión no puede sino establecerse por ley. Aceptar esta alegación exige entonces dar por acreditadas dos cuestiones de fondo: desde luego, que los fármacos que se ordena aconsejar y distribuir afectan el derecho a la vida del embrión que aún no se ha anidado en el cuerpo de la madre y, en seguida, que éste es persona de aquellas cuya vida está protegida por el inciso primero o que es vida que está por nacer. Si no se concluye primero que esos requisitos se verifican, no es posible sostener que el Decreto Supremo impugnado esté restringiendo o limitando una garantía constitucional. En consecuencia, para aceptar esta razón se requiere necesariamente avanzar hacia el fondo de la

cuestión, lo que lleva también a descartar esta alegación como cuestión previa a entrar al fondo del asunto.

2. **La alegación de que no puede volver a discutirse una cuestión resuelta por sentencia ejecutoriada.**

15. El Gobierno, por su parte, ha planteado que esta Magistratura debe rechazar el requerimiento, absteniéndose de resolver el fondo del asunto, por cuanto lo que se impugna del Decreto Supremo es que ordene a los profesionales del sistema público de salud aconsejar y distribuir gratuitamente un fármaco cuya circulación se encuentra permitida por autoridad competente, como es el Postinor-2, a través de la Resolución N° 7.224, de fecha 24 de agosto del año 2001, del Instituto de Salud Pública, acto que fue cuestionado mediante acción de nulidad de derecho público y expresamente validado por sentencia judicial de la Corte Suprema que se encuentra ejecutoriada, todo ello en la causa 1039-2005. En este sentido, a juicio del gobierno, *"ya se evaluó su eventual afectación al derecho a la vida, descartándose que tuviera ese impacto."* Así, considera que esta Magistratura no podría acoger el requerimiento por cuestionamientos que ya fueron resueltos. Al efecto, alega que *"ni el decreto impugnado, ni el texto normativo que aprueba, tienen la capacidad jurídica o el propósito final de autorizar o registrar determinadas píldoras ni mecanismos de anticoncepción; [ya que] esto se hizo antes del acto impugnado, en una decisión separada vigente plenamente y no vinculada de modo alguno con el D. S. N° 48."* Agrega que lo que los requirentes impugnan es una autorización que ya no puede volver a discutirse y que el decreto impugnado no hace sino describir.

16. Que el planteamiento anterior debe ser también desestimado, por cuanto lo que está válidamente autorizado y

no puede volver a discutirse es la libre circulación del fármaco "Postinor 2", que contiene levonorgestrel en dosis de 0,75 mg. Sin embargo, tal acto no valida que el Estado, a través del sistema público de salud, aconseje su uso y distribuya gratuitamente el producto. A nuestro juicio, de la autorización previa del mismo fármaco que ahora se ordena distribuir surge para esta Magistratura un deber de deferencia para con las autoridades técnicas competentes en la esfera de sus atribuciones y cuyo alcance analizaremos más adelante. Igualmente puede sostenerse que no se puede dejar de considerar las razones por las cuales la Corte Suprema validó la circulación del fármaco; de ello resultará igualmente necesario que este Tribunal se haga cargo de eventuales desigualdades que podrían producirse si no se autoriza la distribución gratuita de un fármaco que sí se encuentra disponible en el mercado. Todo ello es razonable, pero nada de ello impide que esta Magistratura se forme su propio juicio acerca de los efectos que produce el consumo del fármaco cuya circulación está autorizada. La validez de una situación inamovible, como es la circulación de un fármaco, no legitima, por sí misma, una nueva y diversa norma que dispone que el producto sea promovido por el Estado. Ante la afirmación de que los actos de aconsejar el uso y distribuir gratuitamente los fármacos, ordenados por el Decreto impugnado, violan la Carta Fundamental, estos disidentes concuerdan en que esta Magistratura está obligada a examinar la constitucionalidad del Decreto, en cuanto ordena actos (aconsejar el uso y distribuir gratuitamente) diversos a aquellos que fueron autorizados por la resolución administrativa validada por sentencia judicial ejecutoriada (la circulación del fármaco).

3. **La alegación de estar resolviendo una cuestión de hecho, que además constituye una duda científica y se adentra en un debate moral y religioso.**
17. Que el Gobierno también ha planteado que la cuestión a resolver requiere determinar si es efectivo que la ingesta del fármaco altera *"las funciones del endometrio impidiendo la anidación de embriones. Afirmar tales efectos -continúa en su alegación esa parte- implica afirmar una realidad empírica, algo que acontece, un fenómeno externo, y como tal es un asunto de verificación científica respecto del cual existen opiniones encontradas."* De esta afirmación, el Ejecutivo concluye que, siendo éste un Tribunal Constitucional, está llamado a resolver conflictos constitucionales que, sobre todo en control abstracto como el que se da en la especie, deben consistir en controversias jurídicas y no en asuntos de hecho, ni menos en contiendas científicas. Esta conclusión se sustenta, además de en la premisa ya referida, en dos argumentos. El primero dice relación con que, siendo éste un asunto de hecho, exigiría de una actividad probatoria que el procedimiento regulado para este Tribunal no contempla. El segundo es que el Tribunal, destinado a resolver conflictos de constitucionalidad, no estaría llamado a decidir cuestiones de esta entidad fáctica y científica, al igual como tampoco deben hacerlo los tribunales de casación. Al efecto, se cita jurisprudencia de este Tribunal que, a juicio del gobierno, implicaría una línea jurisprudencial previa en el sentido de que los hechos constituyen un límite al control abstracto de constitucionalidad.
18. Que el planteamiento anterior contiene dos aseveraciones que a juicio de estos disidentes resultan ser verdaderas, cuales son: a) que para decidir si la ingesta de los fármacos

que el Decreto impugnado ordena recomendar y distribuir afecta o no el derecho a la vida de una persona (inciso primero) o desprotege la vida del que está por nacer (inciso segundo), hay que necesariamente decidir antes cuál es el efecto que produce el fármaco sobre el embrión gestado y no anidado, y b) que ésa es una cuestión de hecho, biológica, que incluso ocurre al interior del cuerpo de la mujer, que no pueden responder ni el derecho ni la moral, sino la ciencia, pues se refiere a la ocurrencia de un hecho: los efectos - mortales o no- del fármaco sobre el embrión no anidado. Ambas afirmaciones son ciertas, pero no lo es la conclusión que de ellas extrae la parte que las formula, pues la existencia de una polémica acerca de elementos fácticos no es impedimento para que este Tribunal, ni siquiera en sede de control abstracto, siga obligado a pronunciarse. Como se expone a continuación, una cosa es la duda científica, que puede incluso ser base de la decisión jurisdiccional, y otra diversa es la controversia jurídica sometida a la decisión del Tribunal.

19. Que a esta Magistratura se la ha requerido legalmente para que examine la constitucionalidad de un Decreto Supremo respecto del cual los requirentes alegan se trataría de una norma que infringe la Constitución. Ello es materia de competencia de este Tribunal, pues el numeral 16 del artículo 93 de la Carta Fundamental así lo establece, al disponer que *"son atribuciones del Tribunal Constitucional:...16° Resolver sobre la constitucionalidad de los Decretos Supremos, cualquiera sea el vicio invocado..."*. Conforme a la Constitución y a su ley orgánica, este Tribunal no puede excusarse de emitir fallo cuando ha sido legalmente requerido en negocios de su competencia. La existencia de polémica acerca de un elemento fáctico que subyace en la decisión

jurídica no ha sido establecida ni por la Carta Fundamental, ni por la ley, como una razón para que este Tribunal se abstenga de resolver una cuestión sometida a su conocimiento. Analizaremos a continuación si existen razones, no ya jurídicas, que no las hay, como se ha demostrado, sino de naturaleza institucional o lógica para no hacerlo.

20. Que lo que esta Magistratura debe resolver es la cuestión de constitucionalidad de un Decreto Supremo. No hacerlo implicaría necesariamente validar la constitucionalidad del Decreto. Si -como argumenta el gobierno- esta Magistratura estableciera la doctrina de que debe abstenerse de pronunciamiento de constitucionalidad cada vez que para ello deba antes formarse convicción acerca de un hecho, se llegaría necesariamente al resultado de que serían inexpugnables los Decretos Supremos que infrinjan la Constitución, a condición de que se sustenten en algún hecho relevante sobre el cual el Tribunal deba convencerse para decidir la cuestión de constitucionalidad. Ello ocurriría con buena parte de los decretos -o con las leyes, que para estos efectos debieran correr la misma suerte- respecto de los cuales se alegue que infringen el derecho a la salud o al medio ambiente libre de contaminación o tantos otros, cuya cautela no se encuentra excluida de nuestra competencia y que, por lo general, y típicamente, requieren previamente de una cierta convicción acerca de la existencia de hechos.

21. Que la jurisprudencia de este Tribunal citada en la respuesta del Gobierno es concluyente en el sentido de que éste no es un órgano llamado a establecer hechos como lo hacen los tribunales del fondo, esto es, de una manera vinculante para etapas procesales posteriores o para otros juicios. Tampoco lo hará en esta oportunidad. No pretenderá darle o negarle valor jurídico a una determinada versión

sobre circunstancias fácticas acerca de los efectos de los fármacos que se ordena aconsejar y distribuir. Este Tribunal no está llamado a establecer, ni para efectos de otros juicios, ni menos para la ciencia, cuál es el efecto que sobre el embrión no anidado produce la ingesta de uno u otro fármaco. Ello es muy diverso a formarse una determinada convicción acerca de tales hechos como presupuesto necesario del juicio de constitucionalidad del Decreto impugnado. Esto último no le está vedado a esta Magistratura, ni por la ley, ni por su naturaleza, ni es causal para excusarse de cumplir con sus tareas de resguardo constitucional.

22. Que la existencia de una controversia tampoco es impedimento para que un tribunal resuelva acerca de un hecho como hacen los tribunales del fondo en sus sentencias definitivas o interlocutorias o se forme convicción acerca del mismo, aunque no lo resuelva, como debe ocurrir en este caso y como se ha resuelto en casos anteriores, como los que cita el fallo en su considerando Noveno. Por el contrario, la gran mayoría de las resoluciones judiciales exige convencerse de hechos acerca de cuya veracidad las partes controvierten. La circunstancia de que el hecho relevante consista en un proceso biológico que se produce sobre un ser microscópico y ello ocurra al interior del cuerpo de la mujer, puede hacer más difícil determinar lo que a su respecto se afirma, pero no cambia en nada la necesidad de resolver acerca de la infracción constitucional que se alega. Muchos tribunales resuelven cotidianamente cuestiones sobre la base de formarse convicción acerca de hechos dudosos, que tampoco dan por establecidos. Así, por ejemplo, diariamente se permite o deniega la libertad de un procesado sobre la base de estimar su peligrosidad para la sociedad. En tal tipo de resoluciones se decide respecto de la libertad de una persona sobre la

base de una estimación y sin que el hecho -peligrosidad para la sociedad- se dé por establecido como tal; se autorizan o prohíben determinados emprendimientos, juzgando sus efectos probables sobre el medio ambiente; se estima el grado de demencia de una persona para determinar cuán responsable cabe hacerla de sus actos. No es extraño sino habitual en el derecho juzgar formándose una determinada convicción acerca de hechos polémicos, sobre la base de pruebas presentadas o incluso juzgar acerca de la plausibilidad de hechos futuros e inciertos. En algunos casos, el tribunal establece formalmente que un hecho ocurrió o no ocurrió y tal afirmación resulta indiscutible. Ello no lo hace este Tribunal, sino típicamente sólo los jueces del fondo. En otros casos, los tribunales deben formarse convicción acerca de hechos discutidos o probables para poder resolver las cuestiones de derecho. En estos casos, los tribunales no resuelven definitivamente si el hecho ocurrió o no, no resuelven una duda fáctica, no requieren dar carácter de verdad jurídica a un supuesto, ni menos resolver una polémica para la ciencia, pero en ellos resuelven un problema jurídico previa convicción sobre un hecho fáctico. Ello deberá ocurrir en la especie.

23. Que precisamente por ello y para dar solución a estos casos en que sólo es posible cierto grado de certeza, la reflexión jurídica ha ido construyendo una serie de valiosos tópicos jurídicos, de tradición milenaria, como son la cuestión acerca de a quién le corresponde probar los hechos, cuándo es debido, posible o prohibido a un juez presumir la existencia de un hecho y complejas categorías conceptuales acerca de los diversos grados de certeza que resultan necesarios para convencerse de la existencia de un hecho y emplearlo como supuesto del juicio jurisdiccional o para

darlo por establecido con análogos propósitos. Así, la graduación empieza típicamente con la fundada sospecha de que algo ha ocurrido, y ella resulta suficiente para adoptar ciertas decisiones, como la detención, sigue con las presunciones y, en el otro extremo, termina con la convicción más allá de toda duda razonable, pasando por una serie de otras categorías de convicción análogas o intermedias.

24. Que es efectivo que las reglas procesales aplicables al control abstracto de constitucionalidad no contienen propiamente una fase de prueba respecto de los hechos acerca de los cuales el Tribunal deba formarse convicción. Sin embargo, el inciso primero del artículo 30 de la Ley Orgánica de este Tribunal faculta a esta Magistratura para "*decretar las medidas que estime del caso tendientes a la más adecuada sustanciación y resolución del asunto que conozca.*" El Tribunal decretó, con fecha 7 de septiembre de 2007, que ambas partes pudieran acompañar informes de expertos. En base a ese mismo precepto, se tuvo también presente las presentaciones escritas de más de 26 organizaciones o personas. Entre ellas, informes de las Facultades de Medicina de las Universidades de Chile y Católica de Chile. Cada una de esas organizaciones que así lo pidió fue recibida en audiencia pública por el Tribunal Pleno y a ellas concurrieron a exponer fundadamente sus convicciones varios de los más connotados científicos nacionales en cuestiones reproductivas. Se acompañaron o se refirieron en tales presentaciones escritas y orales las investigaciones publicadas a este respecto. ¿Qué otra prueba podía rendirse a este respecto? Sobre los hechos en cuestión no hay testigos, tampoco caben confesiones de las partes, ni inspecciones del Tribunal. Sobre el hecho en cuestión la convicción debe lograrse analizando la prueba reunida, efectuada en

laboratorios o por medio de estudios estadísticos u otro método científico válido. La que está publicada ha estado disponible para ser consultada por el Tribunal y la no publicada es, por ahora, constitutiva de meros rumores a los que no cabría dar fe.

25. Una variante de la alegación anterior ha consistido en sostener que el hecho de que en este debate se entrecrucen cuestiones morales y religiosas respecto al comienzo de la vida y a su dignidad es un impedimento para resolver esta impugnación. Ello tampoco es así, pues, como se ha demostrado, se trata de una controversia propia de la competencia del Tribunal, que se suscita en el orden temporal. Como se ha dicho, a esta Magistratura se la ha requerido legalmente para que examine la constitucionalidad de un Decreto, en materia de su competencia, y conforme a la Constitución y a su ley orgánica no puede excusarse de hacerlo. La polémica moral o religiosa acerca de lo que es la vida humana y su comienzo -o fin- no es, ni en la Carta Fundamental, ni en la ley, razón válida para que éste, ni ningún otro tribunal, se abstenga de resolver una cuestión. Por el contrario, el derecho, en cuanto garantiza la vida y la dignidad de la persona, ha estado desde siempre, y cada vez más intensamente, llamado a resolver cuestiones en que necesariamente debe precisarse el comienzo o el fin de la existencia humana. Por mucho que en ello se entretejan debates morales y religiosos, el derecho no podría renunciar a la defensa de los derechos a la vida y a la dignidad humanas que la Constitución ha consagrado y le ha encomendado resguardar cuando es requerido legalmente en negocios de su competencia, todo lo cual, como se ha dicho, se verifica en la especie.

4. **La excepción de estar resolviendo una cuestión de mérito.**

26. Vinculado a lo anterior, esta Magistratura debe también resolver si, como lo sostiene el Ejecutivo, debe abstenerse de entrar al fondo del asunto, por tratarse de una cuestión de mérito. A juicio de esa parte, la distribución del fármaco acarrea una serie de beneficios relacionados con la disminución de embarazos no deseados, particularmente entre adolescentes de los sectores más vulnerables de la sociedad. En su opinión, ante tales beneficios, la eventual existencia de una duda acerca de los efectos de la anticoncepción de emergencia cuestionada no obliga al gobierno a abstenerse de su consejería y distribución de los fármacos respectivos y, a todo evento -y ello es lo importante de analizar ahora, tal debate entre el deber de abstención por la duda de estar afectada la vida y los beneficios de salud e igualdad que acarrea la política de su distribución es típicamente una decisión de mérito, que deben tomar -conforme a líneas jurisprudenciales de este Tribunal- los órganos electos con responsabilidad política.

27. Que esta cuestión planteada por el Gobierno tampoco representa un impedimento para entrar al fondo del asunto. A nuestro juicio, tales argumentos sirven para convencer que quienes sostengan que el fármaco que el Gobierno se obliga a distribuir a través del decreto impugnado afecta la vida, de un modo contrario a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 19 de la Constitución, quedan obligados a evaluar si tal distribución permite alcanzar otros bienes que la política se propone y si ello permite o no justificar el riesgo para el derecho a la vida; pero no puede pretenderse que la doctrina acerca de las cuestiones de mérito llegue a legitimar que las autoridades políticas puedan a través de

políticas públicas -que ciertamente sólo ellas están llamadas a formular- infringir la Carta Fundamental. Tal doctrina implicaría sostener que toda vulneración de un derecho debería ser validada, sin siquiera entrar al fondo del asunto, a condición de que existan beneficios públicos derivados de la medida que atenta en contra del derecho fundamental. Cuando es legalmente requerida, esta Magistratura debe controlar la adecuación de ciertas normas a la Constitución. El hecho de que tales normas formen parte de una política pública que se sustenta en juicios de mérito, no la inhibe de su deber de control.

28. Que, en atención a lo expuesto en los considerandos que anteceden y a lo que se expone en las consideraciones generales del fallo, resulta ineludible a estos disidentes desestimar las alegaciones de que este requerimiento debe acogerse o rechazarse sin necesidad de entrar al fondo del asunto y adentrarse en él.

IV. La consejería y distribución de los fármacos para la anticoncepción de emergencia y el derecho a la vida.

1. Supuestos que deben verificarse para acoger el requerimiento.

29. Que, a juicio de estos disidentes, para acoger el requerimiento de inconstitucionalidad de una parte de un Decreto Supremo sería necesario concluir, como se ha explicado en los considerandos 4° a 8° que anteceden, lo siguiente: a) que los fármacos aptos para la anticoncepción de emergencia, la píldora del día después y el Yuzpe, que el Decreto ordena recomendar y distribuir, son, cada uno de

ellos, capaces de producir la muerte de un embrión no anidado, o que, a lo menos, sobre ello existe una duda de cierta entidad; b) que el embrión humano es, aún antes de su anidación en el cuerpo de la mujer, una persona, de aquellas a quienes la Constitución asegura el derecho a la vida, y/o que el embrión humano, aún antes de su anidación en el cuerpo de la mujer, es vida que está por nacer, y que disponer de él viola la norma en que la Constitución manda al legislador protegerle, y c) que estas formas de atentar en contra del derecho a la vida resultan injustificables por otros motivos.

30. Que los supuestos exigidos para acoger el requerimiento que se han consignado en el considerando anterior tienen entre sí un vínculo lógico y consecuencial que determina el orden de su examen. Para efectos de este voto, baste con establecer que el requisito indicado en la letra a) del razonamiento anterior es condición necesaria y primera de los siguientes. En efecto, si los fármacos, que el Decreto Supremo impugnado ordena aconsejar y distribuir gratuitamente, tienen capacidad de evitar la anidación del embrión y, con ello, interrumpir su desarrollo y darle muerte, será necesario examinar los supuestos que siguen, pero, en cambio, si se concluye que ninguno de ellos tiene esa potencia o no existe siquiera duda suficiente de que la tengan, entonces no tendrá sentido, para lo que se va a resolver, determinar la entidad de la vida del embrión no implantado y su debida protección jurídica. En consecuencia, lo primero que debe analizarse es la cuestión del efecto que produce el consumo de la llamada píldora del día después o del Yuzpe sobre el embrión no anidado.

1. **Examen del primer supuesto: Los efectos de los fármacos sobre el no nacido. Cuestiones previas**

indispensables de considerar acerca del asunto planteado.

31. Que lo primero que debe aclararse y enfatizarse es que la naturaleza de la pregunta establecida en el considerando anterior es fáctica. Se trata de determinar cuál es el efecto que, sobre un embrión no anidado, produce un fármaco al interior de una mujer. Esta cuestión fáctica no puede responderse con razones éticas, morales, jurídicas o filosóficas. Ante ella, los únicos criterios de verdad son empíricos. Las convicciones acerca de aspectos fácticos han de formarse sobre la base de pruebas científicas. Por su parte, las meras opiniones, aunque ellas sean sustentadas por científicos de renombre, no constituyen pruebas de un hecho.

32. Lo segundo que debe precisarse y enfatizarse es que éste, como todo Tribunal, debe adquirir convicción acerca de esta cuestión fáctica con los antecedentes disponibles en el proceso.

33. Lo tercero es precisar la pregunta. El debate entre las partes y la información disponible en el proceso permiten tener por establecidos algunos hechos no discutidos, cuales son:

a) que tanto la píldora del día después como el Yuzpe son anticonceptivos eficaces. En efecto, y según se justificará más adelante, no existe debate entre las partes ni entre los expertos que expusieron en el Tribunal, en el sentido de que estos fármacos tienen capacidad anticonceptiva, en cuanto dificultan la ovulación.

b) que estos fármacos no afectan la vida del embrión una vez implantado o, al menos, que no existe evidencia alguna de ello.

Lo que las partes controvierten es el efecto que la píldora y el Yuzpe producen o pueden producir sobre el embrión en la

etapa previa a su anidación. Los requirentes y varios expertos sostienen que estos medicamentos, además de efectos anticonceptivos, tienen la capacidad de dar muerte al embrión antes de su implantación o de evitar su anidación o adherencia al cuerpo de la mujer, lo que impide su desarrollo y produce su muerte o, que, a lo menos, existe una duda razonable acerca de tal efecto. La parte del gobierno y otros expertos sostienen que no existe antecedente alguno que permita sostener que la píldora, además del efecto anticonceptivo, tenga capacidad de afectar al embrión entre que éste surge, con la fecundación, y el momento de su anidación.

Este último es el hecho en debate que habrá de ser objeto de análisis a continuación: el efecto de la píldora y del Yuzpe sobre el embrión humano o cigoto que se forma al momento de la fecundación del óvulo por el espermio y hasta antes de la implantación o anidación del mismo en el cuerpo de la mujer. Para los requirentes, los fármacos cuyo uso se ordena aconsejar y distribuir son capaces de matar al embrión o de impedir su anidación en ese lapso. Para el gobierno, tal efecto no existe. Si se acepta la primera tesis sobre este asunto de hecho, tendrá sentido seguir con las restantes cuestiones que se han identificado, tales como si el embrión no anidado es persona, si su vida tiene protección constitucional, si tal protección es absoluta o mayor que los derechos de la mujer sobre su propio cuerpo, etc. Si, en cambio, se determina que tal efecto no se verifica, ello es suficiente para desechar el requerimiento, sin necesidad de dilucidar ninguna de las restantes preguntas.

1. **La afirmación de que existe al menos la duda de que los fármacos cuyo uso se ordena aconsejar y distribuir puedan impedir la implantación del embrión o de darle muerte antes de que la**

implantación se verifique. Peso de la prueba y estándar de certeza.

34. Antes de entrar al análisis mismo de la evidencia capaz de producir convicción acerca del hecho en análisis, resulta necesario determinar qué es lo que se debe probar para acoger o rechazar el requerimiento y a quién le corresponde el peso de producir la prueba que sea capaz de generar convicción, todo lo cual se analiza en los considerandos que siguen de este apartado.
35. Que para invalidar un Decreto Supremo por causa de inconstitucionalidad deben existir razones de peso suficientes. Tal declaración es un hecho extraordinario. Ello ocurre no tanto por efecto de una presunción de constitucionalidad de la norma, como por la necesidad de buen funcionamiento de la democracia y del gobierno. Los órganos establecidos por la Constitución tienen una determinada legitimidad y un ámbito de competencia, por lo que ha de partirse del supuesto de la validez de sus actos. Con ello no se dice nada preciso aún acerca de la carga ni del grado de convicción que debe generar la prueba acerca de un hecho alegado, sino sólo que ni éste ni ningún Tribunal Constitucional en el mundo debiera invalidar una norma sin estar convencido primero de la inconstitucionalidad que se alega y sin dar argumentos suficientes para demostrarla.
36. Que para que se verifique el primer elemento que venimos analizando como necesario para producir la convicción acerca de la inconstitucionalidad del Decreto impugnado, es indispensable, como se ha dicho, llegar a la convicción de que la ingesta de los fármacos que se ordena distribuir sí tiene o puede tener efectos mortales sobre el embrión concebido y no anidado. Ese es el primer hecho debatido que debe analizarse. Corresponde determinar primero qué debe

probarse y quién debe hacerlo, para luego analizar qué grado de certeza debe alcanzar la prueba. Para el gobierno, son los requirentes quienes deben acreditar el efecto mortal de los fármacos; para los requirentes, es el gobierno quien debe acreditar el efecto inocuo de la píldora del día después y del Yuzpe. Analizaremos y daremos respuesta a esta cuestión, pero no sin antes reiterar que, en quienquiera que recaiga el peso de la prueba, no puede olvidarse el hecho ya anotado en el considerando anterior: acoger el requerimiento es lo que requiere de una determinada convicción por parte del tribunal, la convicción del efecto mortífero de la píldora y del Yuzpe (o su duda razonable según analizaremos a continuación). Si tal convicción no se verifica, no puede acogerse lo pedido.

37. Que para determinar a quién corresponde el peso de la prueba, es necesario precisar el estado jurídico en que se encuentra el hecho debatido que se analiza en este apartado. El fármaco que la norma impugnada ordena aconsejar y distribuir se encuentra debidamente autorizado por Resolución N° 7224 del Instituto de Salud Pública, de fecha 24 de agosto de 2001. Tal Resolución fue impugnada de nulidad de derecho público, argumentándose precisamente que tenía o podía tener los efectos abortivos que también se alegan en esta causa, y la Corte Suprema, en sentencia que se encuentra ejecutoriada y que fue pronunciada por la Tercera Sala, integrada por los Ministros señores Enrique Tapia, Ricardo Gálvez, Domingo Yurac, Milton Juica y el Abogado Integrante señor Manuel Daniel, rechazó tal acción de nulidad, considerando, entre otras cosas, que los hechos acreditados en instancias anteriores, los que ella no podía modificar en sede de casación, no constituían prueba suficiente de que el medicamento autorizado a circular afectare un derecho

constitucional. Si bien esta Magistratura no está obligada por ese razonamiento hecho por la Excma. Corte Suprema, sí lo está a considerar que lo impugnado es un Decreto Supremo que ordena informar y aconsejar acerca de y a distribuir gratuitamente un fármaco cuya circulación se encuentra autorizada por el órgano competente y, en el caso del levonorgestrel puro, además validada por un fallo ejecutoriado. A juicio de estos disidentes, no es posible a esta Magistratura partir, sin más, del supuesto que ese fármaco es apto para interrumpir el embarazo y mortal para el embrión. Ese es un hecho que debe probarse, por parte de quienes impugnan la norma que ordena distribuir el mismo fármaco debidamente autorizado. Partir del supuesto contrario haría imposible el gobierno, en este caso, haría inviable la política de autorización de medicamentos, pues habría que presumir que todo fármaco es capaz de producir la muerte mientras el propio órgano técnico no acredite lo contrario. Ello llevaría a la situación absurda y políticamente inviable de transformar a los tribunales en el verdadero órgano técnico -que no lo son- llamado a autorizar los medicamentos. Esta conclusión no significa que lo que resuelva el órgano técnico del gobierno deba tenerse siempre como cierto y definitivo. Quiere decir simplemente que quien lo impugne debe acreditar su error o invalidez y para ello debe, mediante pruebas, a lo menos sembrar un cierto grado de duda -que ya se analizará cuánta debe de ser- acerca de los supuestos que llevaron al órgano técnico a sus conclusiones científicas de no ser el fármaco mortal o lesivo para la salud.

38. Que a la misma conclusión acerca de la carga de probar se llega si se parte del supuesto -generalmente aceptado- de que debe probarse aquello que resulta extraordinario,

contrario a la lógica o a la forma habitual de ocurrir los hechos. Ante un fármaco que circula con las correspondientes autorizaciones y cuyos efectos no son apreciables por los sentidos, lo extraordinario consiste en considerar que el mismo es dañino para la vida.

39. Que la parte de los requirentes ha hecho ver que, tratándose de la vida, la conclusión debiera ser la inversa, que su protección es de tal trascendencia que el hecho que debe probarse es que el fármaco es inocuo para el embrión y no que existe un determinado riesgo de producirle la muerte. Esta afirmación es evidente, pero no señala la sede en que debe ocurrir esa prueba. Los llamados a autorizar un fármaco son, en primer lugar, las autoridades del Ministerio de Salud. Ellas deben efectivamente cerciorarse, hasta un cierto grado de certeza, que el fármaco tiene propiedades benéficas para la salud y que no produce efectos secundarios mortales o dañinos para la misma. Sin embargo, una vez que esas autoridades han hecho tales exámenes y autorizan el fármaco, los terceros que aleguen que las autoridades se han equivocado, deben probar el efecto dañino que alegan o, a lo menos, probar un cierto grado de duda acerca de ello. Ello no implica que las autoridades de salud no puedan equivocarse; de hecho, nos enteramos con frecuencia que se ordena retirar del mercado un fármaco que se había autorizado porque la nueva evidencia acredita sus ciertos o probables riesgos para la salud. Tampoco significa que los tribunales no deban examinar la prueba en que se basó la conclusión del efecto no nocivo, ni que puedan, en base a la prueba que se rinda, llegar a una conclusión diversa a aquella a la cual arribaron las autoridades de salud. Sólo significa que lo que se debe probar es el error por quienes lo alegan. La prueba del efecto nocivo del fármaco válidamente autorizado o un cierto

grado de duda acerca de ello es necesaria y corre necesariamente de cuenta de los requirentes.

40. Lo anterior resulta evidente si se tiene presente que, sobre cualquier producto que se ingiere, sobre cualquier fármaco, pero también respecto de cualquier alimento debidamente autorizado, podría alguien plantear la alegación de que es mortal, de que atenta en contra de la vida. Si el producto ha sido ya autorizado por los órganos competentes, resultaría absurdo que éste u otro tribunal lo prohibieran si esa alegación de ser mortal no viene acompañada de suficiente prueba que la sustente.

41. Habiéndose precisado el hecho que debe de acreditarse y a cuál de las dos partes corresponde hacerlo, es necesario ahora dilucidar el grado de certeza que cabe exigir a quien alega el efecto nocivo del fármaco. Los grados de certeza que puede exigirse a determinada prueba pueden ir desde la capacidad de plantear una duda, hasta la certeza absoluta acerca del hecho debatido. Los requirentes argumentan que, en este caso, basta con que la prueba sea capaz de plantear una duda. Señalan que, tratándose de derechos fundamentales, y particularmente del derecho a la vida, debe siempre interpretarse la duda en pro del valor de la vida. Agregan que tratándose del hecho que debe probarse, la prueba completa del carácter abortivo exigiría experimentar con embriones para ver si se les da muerte, lo que está ética y legalmente prohibido. En este sentido, ha de concedérseles la razón, particularmente porque tratándose de la imputación de que un fármaco puede producir la muerte, los efectos del hecho son del todo irreversibles. En consecuencia, a juicio de estos disidentes, bastaría con que la prueba produzca una duda razonable de que el fármaco autorizado pueda producir la muerte de un titular del derecho a la vida (lo que también

está debatido en autos en el sentido de que el cigoto lo sea), para que este Tribunal pueda invalidar el decreto que ordena al sistema público de salud aconsejar su uso y distribuirlo gratuitamente, siempre que se verifiquen las demás condiciones que la Constitución establece, ya desarrolladas para el caso en discusión. Entenderemos por duda razonable aquella que supera una mera conjetura y se apoya en evidencia que la sustenta, aunque no alcance el nivel de certeza absoluta. Decimos que la duda debe ser al menos fundada o razonable, toda vez que, por los motivos que ya se han desarrollado en los considerandos 36° a 41° que anteceden, no basta con que una parte afirme tal efecto dañino. Es necesario que acompañe prueba de la plausibilidad de lo que afirma. **En consecuencia, mientras el adecuado funcionamiento del sistema democrático exige que la afirmación de nocividad del fármaco ya autorizado se acredite, el valor de la vida y el carácter irreversible de la muerte hacen que sea suficiente una duda razonablemente motivada y acreditada.**

42. Que las cuestiones que se acaban de dilucidar acerca del peso de la prueba y del tipo o estándar de convicción que ésta debe producir han todavía de ser distinguidas de otras dos con las que suelen confundirse. La primera consiste en dilucidar de qué muerte -cierta o probable- se trata. Ya está dicho que la discusión acerca de si la tal muerte es la de una persona que es titular del derecho a la vida, como afirman los unos, o de un ente que aún no la tiene o sólo de una parte disponible del cuerpo de la mujer, como sostienen otros, es una cuestión diversa que sólo tendría utilidad analizar si se concluye que sí existe duda razonable acerca de tal efecto sobre el embrión. También es un problema diverso y posterior determinar qué daños se ocasionarían en

caso de restringirse el uso del fármaco potencialmente dañino. A este respecto, la parte del Gobierno ha hecho ver que acoger el recurso llevaría a que se produzcan más abortos clandestinos, a que haya más embarazos adolescentes no deseados entre las mujeres más pobres y a que se afecten los derechos reproductivos de las mujeres. El análisis de estas cuestiones sería necesario a condición de que efectivamente exista duda razonable acerca de la capacidad de la píldora del día después y/o del Yuzpe de producir la interrupción del desarrollo del embrión no anidado, pues, si no hay tal duda, todo ese análisis de ponderar entre riesgos probables se hace enteramente teórico e innecesario para resolver la cuestión jurídica acerca de la inconstitucionalidad del Decreto.

1. Análisis de la prueba disponible en esta causa acerca de los efectos en el embrión no anidado de cada uno de los dos métodos de anticoncepción cuestionados. Introducción al mismo.

43. Tal como ya se ha concluido fundadamente, lo que habrá de dilucidarse en este apartado es si, conforme a la evidencia acompañada en autos, es o no posible dar por acreditada una duda razonable acerca de que la ingesta de la píldora, ya sea en su modalidad de levonorgestrel puro o en combinación con etinil estradiol (método Yuzpe), es capaz de evitar la implantación del embrión humano en el cuerpo de la mujer, de evitar su anidación, impedir su desarrollo y producirle la muerte de cualquier modo. Se ha concluido también que, por tratarse de un hecho, lo único que ha de pesar a su respecto es la evidencia científica y no los argumentos jurídicos o morales. También se ha explicado que el peso de las afirmaciones dependerá de la evidencia científica en que se sustentan y no del prestigio o cantidad

de quienes las suscriban. Por último, se ha concluido que la prueba debe constar en la causa.

44. Las partes fueron invitadas por el Tribunal a probar sus afirmaciones. Al efecto, con fecha 7 de septiembre de 2007, se dictó resolución que textualmente estableció: *"fíjase un plazo de 30 días en el cual las partes podrán acompañar informe de expertos en que se indique con claridad y precisión los efectos que, de acuerdo a la ciencia que profesan, producen los métodos comprendidos en las normas del Decreto Supremo N° 48 del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de 3 de febrero de 2007, que los requirentes impugnan."* Ninguna de las partes acompañó informe alguno en respuesta a esa resolución. A partir de ello sería posible sostener que las partes nada probaron en este expediente sobre los efectos de ninguno de los dos métodos de anticoncepción de emergencia cuestionados y que por lo tanto no está sustentada en evidencia científica documental alguna la duda razonable de que ellos sean capaces de interferir en la vida del embrión. Sin embargo, varias entidades, entre ellas las Facultades de Medicina de las universidades de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile y Católica de la Santísima Concepción, así como el Instituto Chileno de Medicina Reproductiva, la Red por la Vida y la Familia y los médicos Patricio Mena González, Fernando Orrego Vicuña, José Antonio Arraztoa y Maritza Busquets, de la Universidad de los Andes, hicieron llegar informes al Tribunal que se abocan y dan alguna forma de respuesta a la cuestión reseñada en el considerando anterior. Posteriormente, en audiencias públicas realizadas los días 8 y 9 de noviembre de 2007, diversas autoridades científicas concurrieron a exponer ante el Tribunal, dejando copias de sus presentaciones y, a veces, informes más extensos. Entre

ellos, lo hicieron los médicos Horacio Croxatto por el Instituto Chileno de Medicina Reproductiva, Guillermo Galán en representación de la Asociación Chilena de Protección de la Familia, Giorgio Solimano y Ramiro Molina Cartes por la Facultad de Medicina de Universidad de Chile, Patricio Mena González y Fernando Orrego Vicuña por la Red de Organizaciones por la Vida y la Familia, y Sebastián Illanes por la Fundación Instituto de Estudios Evangélicos. En la vista de la causa, los abogados de las partes aludieron también a este debate científico. Por último, como medida para mejor resolver, se trajeron a la vista los expedientes administrativos de los registros sanitarios del ISP de los fármacos Postinal, Postinor-2, Tace, Glanique y Levonorgestrel, además de las resoluciones que sirvieron de antecedente del rechazo del registro de la píldora del día después verificado en la década de los noventa. Por su parte, también se ordenó traer a la vista el expediente judicial de la causa "Centro juvenil Ages con ISP", Rol 5839-2002, del Vigésimo Juzgado Civil de Santiago, sobre la nulidad de derecho público del fármaco Postinor-2. En la última de las causas referidas consta toda la prueba judicial producida al discutirse la anulación de la Resolución que autorizó la píldora, la que es relevante tener a la vista, por la similitud de ambos debates. Lo que es más importante, en varios de los estudios acompañados y en las presentaciones hechas los científicos aluden a una cierta evidencia científica, la presentan, analizan y sacan conclusiones. Las referencias se reiteran, aun entre quienes discrepan, a una cierta cantidad de estudios científicos. Ellos se encuentran publicados y han podido ser consultados por quienes suscriben este voto. En consecuencia, nos ha parecido que es nuestra obligación analizarlos. Si hemos sostenido que sólo la

evidencia científica es capaz de sustentar o descartar la duda razonable, y que ello sólo le corresponde al Tribunal, no nos parece posible otra alternativa.

45. A continuación se listan los estudios referidos en las respectivas audiencias públicas y en los informes acompañados. En esos estudios consta la evidencia científica en que se sustentan las posiciones que se han debatido en esta causa:

1. *Brito KS; Bahamondes L; Nascimento JA; de Santis L; Munuce MJ, The in vitro effect of emergency contraception doses of levonorgestrel on the acrosome reaction of human spermatozoa, Contraception. 2005;72:225-228.*
2. *Croxatto HB, Brache V, Pavez M y cols. Pituitary-ovarian function following the standard levonorgestrel emergency contraception. Contraception 2004; 70:442-50.*
3. *Croxatto, Horacio, Proporción real de casos y condiciones en las que el levonorgestrel previene el embarazo cuando se usa como anticonceptivo de emergencia, Resúmenes de la XII JORNADA NACIONAL DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA, Santiago, 3-5 de Octubre de 2007.*
4. *Dunson TR, Blumenthal PD, Alvarez F y cols. Timing of onset of contraceptive effectiveness in Norplant implant users. Part I. Changes in cervical mucus. Fertil Steril. 1998; 69: 258-66.*
5. *Durand M, Cravioto MC, Raymond EG y cols. On the mechanism of action of short-term levonorgestrel administration in emergency contraception. Contraception 2001; 64:227-34.*

6. Durand M, Seppala M, Cravioto Mdel C, Koistinen H, Koistinen R, Gonzalez-Macedo J, Larrea F. Late follicular phase administration of levonorgestrel as an emergency contraceptive changes the secretory pattern of glycodeilin in serum and endometrium during the luteal phase of the menstrual cycle *Contraception* 2005;71:451-7.
7. Gemzell-Danielsson K, Marions L. Mechanism of action of mifepristone and levonorgestrel when used for emergency contraception. *Human Reproduction Update*, 2004; 10: 341-8.
8. Glasier A. Emergency Postcoital Contraception. *N Engl J Med*, 337:1058 - 64, 1997.
9. [Hamoda H](#), [Ashok PW](#), [Stalder C](#), [Flett GM](#), [Kennedy E](#), [Templeton A](#). A randomized trial of mifepristone (10 mg) and levonorgestrel for emergency contraception. [Obstet Gynecol.](#) 2004; 104(6):1307-13.
10. Hapangama D, Glasier AF, Baird DT. The effects of pre-ovulatory administration of the levonorgestrel on the menstrual cycle. *Contraception* 2001; 63:123-9.
11. Hewitt G, Cromer B., *Obstetrics and Gynecology Clinics of North America*, 2000 Update on adolescent contraception. *Obstetrics and Gynecology Clinics of North America*, 27(1), 2000.143-62.
12. Ho PC y Kwan MS, A prospective randomised comparison of levonorgestrel with the Yuzpe regimen in post-coital contraception. *HUMAN REPRODUCTION*, 1993 Mar; 8(3):389-92.
13. Kesserü E, Garmendia F, Westphal N, Parada J. The hormonal and peripheral effects of d-Norgestrel

- in postcoital contraception. *Contraception* 1974; 10:411-424.
14. Lalitkumar PG, Lalitkumar S, Meng CX, Stavreus-Evers A, Hambiliki F, Bentin-Ley U, Gemzell-Danielsson K. Mifepristone, but not levonorgestrel, inhibits human blastocyst attachment to an in vitro endometrial three-dimensional cell culture model. *Hum Reprod.* 2007, 22:3031-3037.
 15. Landgren BM, Johannisson E, Aedo AR, Kumar A, Yong-en S. The effect of levonorgestrel administered in large doses at different atages of the cycle on ovarian function and endometrial morphology. *Contraception* 39(3):275-289 (1989).
 16. Lavalleur, *Emergency contraception, Obstetrics and Gynecology Clinics of North America*, 27(4), pp. 817, 2000.
 17. Mandelin, H Koistinen, R Koistinen, B Affandi and M Seppala, Levonorgestrel-releasing intrauterine device-wearing women express contraceptive glycodelin A in endometrium during midcycle: another contraceptive mechanism?, *Human Reproduction* 12 (12), 1997.2671-5.
 18. Marions L, Cekan SZ, Bygdeman M, Gemzell-Danielsson K. Effect of emergency contraception with levonorgestrel or mifepristone on ovarian function. *Contraception* 2004; 69: 373-7.
 19. Marions L, Hultenby K, Lindell I y cols. *Emergency contraception with levonorgestrel and mifepristone: mechanism of action. Obstetrics and Gynecology* 2002; 100:65-71.
 20. Massai MR, Forcelledo ML, Brache V, Tejada AS, Salvatierra AM, Reyes MV, Alvarez F, Faundes A,

- Croxatto HB. Does meloxicam increase the incidence of anovulation induced by single administration of levonorgestrel in emergency contraception? A pilot study. *Hum Reprod*, 2007, Feb;22(2):434-9.
21. Mikolajczyk Rafael T, Joseph B. Stanford, Levonorgestrel emergency contraception: a joint analysis of effectiveness and mechanism of action, *Fertil Steril*. 2007 Feb 21; 17320877.
 22. Moggia A, Beauquis A, Ferrari F, Torrado ML, Alonso JL, Koremblit E, Mischler T, The use of progestogens as postcoital oral contraceptives. *Journal of Reproductive Medicine*, August 1974; 13(2):58-61.
 23. Muller AL, Lladós C, Croxatto HB. Postcoital treatment with levonorgestrel does not disrupt postfertilization events in the rat. *Contraception* 67:415-19, 2003.
 24. Novikova N, Weisberg E, Stanczyk FZ, Croxatto HB, Fraser IS. Effectiveness of levonorgestrel emergency contraception given before or after ovulation - a pilot study. *Contraception* 75 (2):112-118, 2007.
 25. Okewole IA, Arowojolu AO, Odusoga OL, Oloyede OA, Adeleye OA, Salu J, Dada OA. Effect of single administration of levonorgestrel on the menstrual cycle. *Contraception*. 2007; 75:372-7.
 26. Ortiz ME, Ortiz RE, Fuentes M, Parraguez VH, Croxatto HB. Post-coital administration of levonorgestrel does not interfere with post-fertilization events in the new-world monkey *Cebus apella*. *Human Reproduction* 19:1352-56, 2004.

27. *Palomino A, Boric A, Gabler F y cols. Efecto de levonorgestrel como anticoncepción de emergencia sobre receptores de endometrio durante la ventana de implantación. Resúmenes de la XVIII Reunión de la Asociación Latinoamericana de Investigadores en Reproducción Humana. Varadero, Cuba, 28-31 Mayo, 2003.*
28. *Paltieli, I. Eibschitz, G.Zozkind et. al. High progesterone levels and ciliari dysfunction- A possible cause of ectopic pregnancy. J. Asist. Reprod. Genet. 17:103 (2000).*
29. *Raymond, Elizabeth G., Laurie P. Lovely, Mario Chen-Mok, Markku Seppälä, Robert J. Kurman and Bruce A. Lessey, Effect of the Yuzpe regimen of emergency contraception on markers of endometrial receptivity, Human Reproduction, Vol. 15, No. 11, 2351-2355, November 2000.*
30. *[Rivera R](#), [Yacobson I](#), [Grimes D](#), The mechanism of action of hormonal contraceptives and intrauterine contraceptive devices. [Am J Obstet Gynecol](#). 1999; 181(5 Pt 1):1263-9.*
31. *Rodrigues I, Grou F, Jly J., Effectiveness of emergency contraceptive pills between 72 and 120 hours after unprotected intercourse. Am J Obstet Gynecol 184:531-37, 2001.*
32. *Speroff, Leon, Seifer, David, Clinical Gynecologic Endocrinology and Inferility, Fifth Edit, 1994.*
33. *Trussell James, PhD and Elizabeth G. Raymond, MD, MPH, Statistical Evidence About The Mechanism Of Action Of The Yuzpe Regimen Of Emergency*

- Contraception, Obstetrics & Gynecology* 1999;93:872-876.
34. Trusell James, Ellerston Charlotte, Dorflinger Laneta, "Effectiveness of the Yuzpe regimen of emergency contraception by cycle day of intercourse: implications for mechanism of action, *Contraception* 2003; 67, 167-171.
35. Ugocsai G.; Rozsa M; Ugocsai P., Scanning electron microscopic (SEM) changes of the endometrium in women taking high doses of levonorgestrel as emergency postcoital contraception, [Contraception](#), Volume 66, Number 6, December 2002 , pp. 433-437(5).
36. Vargas M Tapia A, Henríquez S, Quezada M, Reyes P, Cárdenas H, Noe G, Salvatierra A, Gangi L, Monroe D, Velasquez L, Croxatto HB. Efecto de la administración postovulatoria de levonorgestrel sobre el perfil de expresión de 20.383 genes durante el período de receptividad endometrial analizado por microarreglos de ADN. XIX Reunión Bienal de la Asociación Latinoamericana de Investigadores en Reproducción Humana ALIRH. Cartagena de Indias, Colombia, Mayo 10-13 de 2005.
37. Von Hertzen H. Von Hertzen y P.F.A. Van Look, "Research on New Methods of Emergency Contraception", *International Family Planning Perspectives*, 22-62-68, 1996.
38. Wai Ngai Suk, Susan Fan, Shiqin Li, Linan Cheng, Juhong Ding, Xiaoping Jing, Ernest Hung Yu Ng and Pak Chung Ho, A randomized trial to compare 24 h versus 12 h double dose regimen of levonorgestrel

- for emergency contraception, *Human Reproduction* Vol.20, No.1 pp. 307-311, 2005.
39. Wang, J. Wu, J. Cheng et al., *Effects of Emergency Contraceptive with Mifepristone and Levonorgestrel on the Endometrium of the Time of Implantation*. In: *Proceeding of the International Conference on Reproductive Health*, 1998 mar. 15-19; Mumbai, India.
40. Wellbery, *Emergency contraception*, [Arch Fam Med](#) [???](#) [9 \(7\)](#), [2000](#). [????](#). 00642-6.
41. WHO (OMS) Task Force on Postovulatory Methods of Fertility Regulation. *Randomised controlled trial of levonorgestrel versus the Yuzpe regimen of combined oral contraceptives for emergency contraception*. *Lancet* 1998;352(9126):428-33.
42. Wu, J. Chen, R. Xu, H. Wang et al. *Effects of mifepristone and levonorgestrel on the human endometrium during periimplantation*. En PP Chander, PFA Van Look, eds, *Sexual and Reproductive Health, Recent Advances, Future Directions*. New Age Internacional Publ., New Delhi 2001, pp. 143-148.
43. Yeung, WSB et al, *The effects of levonorgestrel on various sperm function*, *Contraception* 2002; 66:453-457.
44. Young D.C., R.D. Wielhe, S.G. Joshi, A.N. Poindexter III. *Emergency contraception alters progesterone-associated endometrial protein in serum and uterine luminal fluid*. *Obst. Gynecol.*84: 266 (1994).

En lo que sigue, estos estudios serán citados sólo empleando el apellido del primero de los autores y el año de publicación. Los referidos en los numerales 3, 27 y 36 no se encuentran

concluidos y sólo ha sido publicado el curso de la investigación y sus conclusiones provisionales en congresos, por lo que ello habrá de tenerse presente al asignarles fuerza de convicción. Las indicadas en los numerales 39 y 42 corresponden a investigaciones concluidas que nunca fueron objeto de publicación en revista científica, por lo que no pueden ser consideradas como elementos de convicción. Por su parte, las indicadas en los numerales 7, 8, 16, 21, 30, 32, 33, 37 y 40 no dan cuenta de nueva evidencia científica sino que constituyen más bien un análisis de la existente, reseñas bibliográficas o manuales de medicina. En tercer lugar, debe tenerse además presente que los estudios mencionados en los numerales 9, 12, 31 y 38, fueron diseñados para medir la eficacia del levonorgestrel usado como anticoncepción de emergencia, pero no para explicar el modo en que alcanza tal eficacia. En razón de ellos no son relevantes para determinar si el fármaco es o no capaz de afectar la vida del embrión humano. Si bien el estudio de la Organización Mundial de la Salud (WHO, 1998), mencionado en el numeral 41 que antecede, podría considerarse parte de este grupo, no será descartado, por ser uno de los elementos fundantes de un argumento esgrimido por el informe de la Facultad de Medicina de la Universidad Católica que habrá de analizarse.

46. Para un análisis más ordenado de la evidencia científica que fuera referida a este Tribunal, la misma será agrupada en siete categorías, sin perjuicio de tenerse presente que alguna de ella puede ser clasificada en más de una:

1. Evidencia disponible en esta causa que alude a los efectos anovulatorios del levonorgestrel puro, conocido como píldora del día después, o del método Yuzpe;

2. Evidencia disponible en esta causa que alude a los efectos de la píldora del día después o del Yuzpe sobre la migración de los espermios;
3. Evidencia disponible en esta causa acerca del modo de acción de los métodos anticonceptivos de emergencia sobre la base del análisis de su eficacia en la prevención de embarazos y la posibilidad que actúe después de la ovulación;
4. Evidencia disponible en esta causa acerca de los efectos de la píldora del día después en animales;
5. Evidencia disponible en esta causa acerca de los efectos de la píldora del día después o del Yuzpe en el transporte tubario del embrión fecundado;
6. Evidencia disponible en esta causa acerca de los efectos de la píldora del día después o del Yuzpe en la producción de proteínas relevantes para el desarrollo del embrión;
7. Evidencia disponible en esta causa acerca de los efectos de la píldora del día después o del Yuzpe sobre el endometrio y su capacidad de anidar el embrión.

Para una mejor ilustración, el cuadro siguiente contiene un listado de la evidencia disponible y del o de los aspectos en relación a los cuales cada uno fue invocado. Del listado referido en el considerando anterior se han excluido aquellos estudios que no serán considerados en el análisis para alcanzar convicción, por las razones ya expuestas.

 tabla_1
 tabla_2

1. **Análisis de la evidencia disponible en esta causa que alude a los efectos anovulatorios del levonorgestrel solo (píldora del día después) y del método Yuzpe.**

47. La evidencia científica que aparece marcada en la columna "ovulación" del cuadro anterior, fue citada en todo o parte por los científicos que comparecieron ante el Tribunal. Todos ellos concordaron en que tal evidencia acredita, de manera indiscutida, que el levonogestrel, ya sea puro (conocido como píldora del día después) o de la combinación de éste con etinil estradiol (conocido como método Yuzpe), en las dosis ya referidas, tiene la capacidad de inhibir la ovulación de la mujer. Este efecto figura como conclusión de esos estudios y experimentos, lo que parece suficiente para darlo por establecido, dada la convergencia de todas las conclusiones y de la opinión concordante de los científicos expositores. El hecho de que los fármacos cuyo uso el Decreto ordena aconsejar y distribuir sean capaces de producir este efecto inhibitorio de la ovulación es enteramente irrelevante para lo que este Tribunal debe resolver, toda vez que nadie ha sostenido que este efecto pueda ser contrario a la vida de una persona o de quien está por nacer. Nadie en este proceso ha sostenido que el óvulo no fecundado constituya vida humana.

1. Análisis de la evidencia disponible en esta causa relativa a los efectos de los fármacos sobre los espermios y su capacidad de migración.

48. Varios de los científicos que concurrieron a estrados o documentaron al Tribunal manifestaron que también existe evidencia en el sentido de que el levonorgestrel (puro o combinado) produce el efecto de dificultar el transporte de los espermios. Al efecto, citaron los trabajos que han sido marcados en el cuadro anterior como referidos a este tema. Sin embargo, esta evidencia acerca del efecto espermigratorio ha sido cuestionada y es discutida la eficacia del

levonorgestrel en dificultar la sobrevivencia o el transporte de los espermios. Este es un hecho que será considerado más adelante (apartado G, considerando 57), pues resulta relevante, como se dirá, para sostener otras hipótesis acerca de los efectos de los fármacos. Sin embargo, lo que resulta fuera de toda duda y basta para concluir en esta materia es que si fuere efectivo que el levonorgestrel es eficaz para inhibir el transporte de los espermios o dificultar de cualquier otro modo su sobrevivencia en el aparato genital de la mujer, ello no significa que atente en contra de la vida de una persona o desproteja a quien está por nacer, pues nadie ha sostenido que en los espermios exista vida humana que merezca protección constitucional.

1. Análisis de la evidencia disponible en esta causa acerca del modo de acción de los métodos anticonceptivos de emergencia sobre la base del análisis de su eficacia en la prevención de embarazos y la posibilidad que actúe después de la ovulación.

49. Conforme a lo anunciado, cabe, en tercer lugar, examinar la evidencia científica que dice relación con el análisis de los posibles modos de acción de los métodos anticonceptivos sobre la base de estudiar la eficacia en mujeres, según se administre antes o después de la ovulación. Según veremos, la evidencia se funda en estudios estadísticos destinados a dilucidar si existe o no una duda razonable acerca de la aptitud del levonorgestrel puro (o píldora del día después) o de la combinación de levonorgestrel y etinil estradiol (método Yuzpe) de producir efectos posteriores a la fecundación, consistentes en impedir la anidación del embrión o de impedir su desarrollo o darle muerte. Esta evidencia

mide el número de embarazos resultantes en mujeres que han ingerido la píldora, contrastándolo con el número de embarazos probables, estimados según estudios estadísticos generalmente aceptados como la normalidad. Como no hay duda que ambos métodos tienen efectos anticonceptivos que consisten -a lo menos- en evitar la ovulación de la mujer, los estudios estadísticos a que nos referimos importan sólo en cuanto aíslan a un grupo de mujeres que haya ingerido la píldora después de haber ovulado (y de haber tenido relaciones sexuales, por supuesto). En este grupo de mujeres, la píldora ya no tiene capacidad de producir efectos anovulatorios (pues este fenómeno natural ya está producido). Si en este grupo se verificare un menor número de embarazos que el esperado como "normal", sería evidencia de que la píldora podría producir efectos posteriores a la ovulación, que probablemente lo serían sobre el huevo fecundado. Si, por el contrario, el número de embarazos efectivos en este grupo fuere equivalente al esperado en condiciones normales, sería evidencia de que la píldora no tiene aptitud para interferir con el desarrollo del embrión. Para dar valor de convicción a estos estudios, como puede apreciarse, resulta decisiva la confiabilidad del criterio empleado para discriminar el momento de la ovulación.

50. Que son cuatro los estudios que han sido referidos por los expertos que han concurrido al Tribunal o por los estudios acompañados como evidencia relativa a estadísticas de embarazos en mujeres que han ovulado y a quienes se ha administrado algunos de estos fármacos: Landgren, 1989; WHO (OMS), 1998; Novikova, 2007, y Croxatto, esta última, en curso.

51. El estudio de Landgren (1989), citado en relación al tema del epígrafe, da cuenta de haber investigado a mujeres

en distintos grupos del ciclo ovárico, a quienes se administró levonorgestrel 0,75 mg cada 48 hrs. por cuatro veces. El estudio fue particularmente empleado por el Dr. Mena para sostener que el mismo acredita una baja efectividad antiovulatoria de la píldora, lo que daría margen para pensar que su efectividad anticonceptiva se debería a un efecto sobre el embrión. Debe destacarse que en este experimento se administró levonorgestrel en dosis equivalentes al doble de aquella que se prescribe en el decreto impugnado. Además, debe dejarse constancia que el trabajo citado no contiene antecedente alguno que sea indiciario de efectos del fármaco sobre el embrión. De hecho, no fue requisito de la población de mujeres estudiadas en esta experiencia que hubiesen tenido siquiera relaciones sexuales. El estudio no es uno estadístico acerca de la eficacia del levonorgestrel para evitar embarazos, sino acerca de sus efectos en el endometrio y en la ovulación.

52. En el documento acompañado por la Facultad de Medicina de la Universidad Católica se toma pie del estudio de la Organización Mundial de la Salud (WHO, 1998) para afirmar que *"(d) e uno de los estudios disponemos la información de 243 mujeres que tuvieron la relación sexual un día antes o después de la ovulación esperada. De ellas, aproximadamente el 46% ingirió el levonorgestrel en las primeras 24 horas; el 36% entre las 24 y 48 horas y el 19% entre las 48 y 72 hrs. De tal manera que un porcentaje importante de mujeres tomó levonorgestrel uno o más días después de la ovulación esperada en que el único mecanismo posible para explicar su efectividad es el anti implantatorio."* El estudio referido no arriba a la conclusión citada por la Universidad. En él se concluye que el levonorgestrel es mejor tolerado y más efectivo que el método Yuzpe, considerado estándar a esa

fecha. (*"Interpretation: The levonorgestrel regimen was better tolerated and more effective than the current standard in hormonal emergency contraception. With either regimen, the earlier the treatment is given, the more effective it seems to be."*) El documento de la Universidad no usa entonces las propias conclusiones de la evidencia que refiere para sacar las suyas, sino que hace una inferencia de sus datos, inferencia que está basada en el conocimiento de la fecha de la ovulación y el supuesto efecto impeditivo del embarazo de los métodos aun cuando se usen después de la ovulación. A este respecto, debe destacarse que, en el estudio, la fecha de ovulación esperada no fue medida sino que estimada sobre la base de la recordación o memoria de la mujer y predicciones de cuándo ocurriría, lo que la hace insegura. Asimismo, debe dejarse constancia de que el universo de mujeres estudiadas fue escogido de entre aquellas que pedían anticoncepción de emergencia, sin conocerse su fertilidad, ni la existencia efectiva de espermios en ellas. Esto importa por cuanto la ausencia de embarazo en una mujer del estudio no es atribuible a la píldora del día después si ella no es fértil o si no hay espermios en sus genitales.

53. En la investigación realizada por Novikova (2007), en cambio, la fecha de ovulación se determinó en base a exámenes de sangre, lo que permite conocer con precisión el momento de la ovulación, por lo que el resultado es más confiable. Sobre la base de este método, la investigación en comento realizó seguimientos a 34 mujeres en las que aún no se había producido la ovulación cuando se ingirió el levonorgestrel. Conforme a una tabla de fertilidad aceptada como lo normal en el ámbito científico (Tabla de Wilcox), de esos casos cabía esperar 4 embarazos (para mujeres sin levonorgestrel), de los que se produjeron 0, lo que da cuenta del efecto

anticonceptivo de esa sustancia. En cambio, en los casos en que ya se había producido la ovulación, de un total de 17 mujeres, cabía esperar 3 embarazos según la Tabla de Wilcox (en mujeres sin levonorgestrel) y se produjeron 3, lo que se muestra como evidencia del nulo efecto de la píldora del día después luego de la ovulación y de su consiguiente efecto inocuo en la capacidad de anidación y desarrollo del huevo fecundado.

54. El último estudio estadístico referido está siendo desarrollado por el investigador chileno Horacio Croxatto y se encuentra sólo publicado en congresos. (Croxatto, 2007). En él se han estudiado 224 mujeres de 18-38 años que solicitaron anticoncepción de emergencia dentro de 120 horas después de la relación sexual no protegida y que no estaban usando anticonceptivos hormonales en ese ciclo. La ovulación se determinó, al igual que en el estudio de Novikova, a través de exámenes de sangre, además de ecografías. A través de ese mismo método se pudo determinar si la relación sexual ocurrió dentro del período fértil. De todas las mujeres analizadas, 69 estaban en riesgo de quedar embarazadas por haber tenido relaciones sexuales en el período fértil. De aquéllas, 48 tomaron levonorgestrel antes de la ovulación y 21 después de la misma. Los resultados que se han obtenido hasta ahora son los siguientes: en 5 de estas 48 mujeres no se conoce el desenlace del tratamiento, y en las 43 restantes no hubo embarazo aunque, por la probabilidad acumulada de embarazo (5.54), se esperaba que ocurrieran 5 ó 6. En el caso de las 21 mujeres que tomaron levonorgestrel después de la ovulación, en tres casos no se conoce el desenlace del tratamiento, y de las 18 restantes se esperaba que ocurrieran 3 ó 4 embarazos y efectivamente se han producido 3 embarazos. A partir de estos experimentos, el autor concluye que

"(e)stos resultados preliminares que revelan un 30% de falla del método son concordantes con los hallazgos de Novikova col (Contraception 75:112, 2007) y con nuestra hipótesis [de que el levonorgestrel (LNG) como anticonceptivo de emergencia (AE) sólo previene el embarazo cuando se administra antes de la ovulación] y sugieren que el LNG sólo afecta el proceso reproductivo cuando aún puede interferir con el proceso ovulatorio."

55. Las conclusiones de Novikova fueron criticadas por el informe de la P. Universidad Católica pues "cualquiera conclusión de este tipo carece de consistencia por el escaso número de mujeres estudiadas ..." (página 15) y también en estrados por el Doctor Illanes, ya que la tabla estadística de embarazos esperados en condiciones de normalidad o Tabla de Wilcox está construida sobre una tasa de fertilidad de las mujeres norteamericanas, que, a juicio de Illanes, no sería extrapolable al grupo de mujeres australianas en las que Novikova hace el seguimiento. Illanes señaló que la fertilidad de la población norteamericana es casi la mitad de la fertilidad de la población de Nueva Zelanda. Sin embargo, esta alegación pierde toda capacidad de convicción, pues no afirmó ni acompañó antecedentes para estimar que las mujeres australianas debieran tener una fertilidad más aproximada a las neozelandesas que a las norteamericanas.

56. Que de los cuatro estudios estadísticos enunciados, se concluye que los dos en que la ovulación fue calculada con mayor grado de precisión a través de exámenes de sangre, constituyen evidencia de que, una vez producida la ovulación, la ingesta de la píldora no produce efectos que puedan afectar a un eventual embrión. Si bien no puede decirse que esta evidencia sea definitiva -ni a este Tribunal cabría discernir aquello, que es propio de la ciencia-,

particularmente porque las muestras estadísticas son pequeñas y se encuentra discutida, al menos en un caso, la tasa de fertilidad normal contra la que se compara la muestra, y otro de los estudios se encuentra publicado sólo como investigación en curso, no es menos cierto que esta evidencia apunta en la dirección de reafirmar y no de poner en duda el carácter inocuo de la píldora de levonorgestrel puro que el Decreto ordena aconsejar y distribuir como anticonceptivo de emergencia. Las dudas planteadas respecto a la capacidad de los métodos de interferir con el desarrollo del embrión no se fundan en evidencia de que así ocurra, sino que surgen a partir de la supuesta eficacia de los mismos después de producida la ovulación, pero tales conjeturas se fundan en estudios que determinan la ovulación de manera menos certera que aquellos otros estudios que la miden de manera más precisa y éstos muestran evidencia (no conclusiva) de que no hay efectos del fármaco después de la fecundación.

57. Los Drs. Mena y Orrego argumentaron que la alta eficacia que muestra la píldora en prevenir embarazos no podía explicarse por sus solos efectos anovulatorios y anti espermigratorios. Sobre este último efecto, manifestaron que la evidencia científica, particularmente los estudios de Kesserü y Dunson, eran suficientes para acreditar que él sólo se verificaba entre las 7 horas y los 3 días posteriores a la administración del levonorgestrel. De esta limitación temporal del fármaco para obstaculizar la migración de los espermios dedujeron que la eficacia mostrada por esta sustancia en impedir los embarazos no podría explicarse sólo por este efecto anti espermigratorio o el anovulatorio y sería suficiente para sostener una duda acerca de si el mismo no actúa además sobre el embrión humano. Esta argumentación no es suficiente a estos disidentes para postular la duda

razonable indicada, por cuanto nada en esa argumentación es indicio directo de un efecto sobre el embrión y tampoco ella establece por qué los casos en que no se produce el embarazo no podrían explicarse por el efecto anovulatorio. Como se ha dicho, la evidencia más confiable, esto es, aquella que calculó el momento de la ovulación por métodos más certeros, es indiciaria de que la píldora es enteramente incapaz de disminuir embarazos y, por ende, de afectar al embrión.

58. Por su parte, el informe emitido por la Facultad de Medicina de la P. Universidad Católica de Chile, en sus acápites preliminares (punto 2., finalidad de la anticoncepción de emergencia), sostiene, de un modo más general, que uno de los mecanismos a través de los cuales actúa la píldora consiste en impedir la implantación. A pesar de que el texto afirma que todos los investigadores coinciden en ello, cita sólo 1 texto y refiere a otros 3 autores en ese mismo acápite. El texto citado (Von Hertzen H. and van Look) no corresponde a una investigación que dé cuenta de nueva evidencia científica, sino a un artículo de recopilación o reseña. Su data es de 1996, cuando se había realizado mucho menos investigación que aquella de la que hoy se dispone. Otro tanto ocurre con el trabajo que se cita de Glasier, un trabajo también de recopilación y comentarios que data de 1997. La tercera cita corresponde al Boletín 51 de la OMS, al que nos referiremos más adelante. El único trabajo citado que si bien no aporta nueva evidencia, sí reúne la producida y extrae consecuencias a partir de ella, es el de Trussell, 2003. Este se refiere a la eficacia del método Yuzpe para anticoncepción de emergencia. Su conclusión no es, sin embargo, concordante con lo afirmado por quienes le citan, puesto que explícitamente el estudio concluye que uno de los **mecanismos hipotéticos** de la acción del método Yuzpe, el

inhibir la implantación de un huevo fertilizado, **es improbable que sea el mecanismo** primario de acción. (*These results suggest that one hypothesized mechanism of action of the Yuzpe method, inhibiting implantation of a fertilized egg, is unlikely to be the primary mechanism of action.*) Es distinto formular, a modo de hipótesis cuáles pueden ser los mecanismos de acción de un fármaco que concluirlo o demostrarlo. Lo que el trabajo demuestra es que la hipótesis citada resulta improbable, al menos como mecanismo primario de acción.

59. En consecuencia, la experiencia con mujeres de que dan cuenta los considerandos anteriores es indiciaria de que la píldora del día después no tiene efecto alguno después de producirse la ovulación y, por ende, carece de aptitud para afectar el desarrollo del huevo fecundado. Si bien se ha discutido, con razones no despreciables, que esta evidencia no es concluyente en el sentido indicado, lo importante, para los efectos de resolver la cuestión que nos ocupa, es que la prueba no establece la duda razonable de los efectos mortíferos de la píldora sobre el embrión que pretenden los requirentes.

1. **Análisis de la prueba acerca de los efectos del levonorgestrel puro en animales disponible en esta causa.**

60. Que en las audiencias públicas llevadas a cabo ante este Tribunal, los expertos individualizados en el considerando 44° aludieron a dos estudios fundados en experimentos científicos realizados con animales. Ambos se encuentran publicados y han podido ser consultados por esta Magistratura. El primero, Muller (2003), a través de experimentos con ratas, busca precisar si el levonorgestrel

puede interferir eventos posteriores a la fecundación. El estudio concluye que, en esos animales, la administración del fármaco inhibió la ovulación total o parcialmente, **mientras que no tuvo efecto en la fertilización ni en la implantación** cuando el levonorgestrel fue administrado inmediatamente antes o después del apareamiento, o antes de la implantación. Los autores concluyen que la administración de levonorgestrel, incluso en dosis varias veces mayores que las usadas por mujeres como anticoncepción de emergencia, puede inhibir la ovulación pero no tiene un efecto posterior a la fecundación que deteriore la fertilidad en la rata. (*"It is concluded that acute postcoital administration of LNG at doses several-fold higher than those used for EC [emergency contraception] in women, which are able to inhibit ovulation, had no postfertilization effect that impairs fertility in the rat"*). En el segundo estudio, Ortiz et. al, 2004, se indaga si el levonorgestrel tiene capacidad de prevenir el embarazo a través de la interferencia de eventos posteriores a la fertilización, pero esta vez experimentando en monas cebus apella. En esos animales los autores reportan haber realizado dos experimentos: uno para estudiar los efectos del levonorgestrel en la fertilidad y otro para estudiar los efectos en la ovulación. Para determinar el efecto en la fertilidad, se administró oralmente o por vía subcutánea levonorgestrel 0.75 mg. una o dos veces dentro de las primeras 24 horas posteriores al apareamiento. En estos casos, la administración postcoital tenía por objeto determinar si el levonorgestrel podía interferir en eventos posteriores a la fecundación. Los resultados del experimento demostraron que la tasa de embarazos fue idéntica en los casos tratados con levonorgestrel y en aquellos en que no lo fueron (en que se usó placebo) (54%), descartándose de este

modo que el fármaco interfiera con la implantación. En el segundo experimento, dirigido a estudiar los efectos del levonorgestrel sobre la ovulación, se concluyó en su eficacia anovulatoria. Realizados estos experimentos, los autores concluyeron que en la mona Cebus Apella el levonorgestrel puede inhibir o retrasar la ovulación pero no puede prevenir el embarazo cuando ya se ha producido la fecundación. (*"In Cebus monkeys, LNG can inhibit or delay ovulation but, once fertilization has taken place, it cannot prevent the establishment of pregnancy. These findings do not support the hypothesis that emergency contraception with LNG prevents pregnancy by interfering with post-fertilization events"*).

61. Que las conclusiones de los estudios referidos en el considerando anterior fueron objeto de observaciones entre los expertos que concurrieron a estrados y en uno de los documentos acompañados. Así, los resultados de la investigación de Ortiz fueron cuestionados por el Dr. Mena, quien observó que en los casos en que la mona a la que se le había administrado levonorgestrel quedó preñada, no hubo diagnóstico de la vitalidad del embrión, lo que, a su juicio, constituía un error metodológico, ya que el levonorgestrel podría -según el Dr. Mena- disminuir las proteínas que el embrión necesita para desarrollarse y alcalinizar el líquido uterino a tal punto que puede impedir su sobrevivencia. En ese sentido planteó que el estudio debería haber determinado el momento de aparición de la actividad cardíaca cebus apella, que se debería repetir el estudio prolongando el período de observación hasta que haya posibilidad de latido cardíaco en los embriones y ajustar el tamaño de la muestra para determinar riesgo de aborto espontáneo en los controles no tratados. Por otra parte, en varias presentaciones y en el documento de la Escuela de Medicina de la P. Universidad

Católica también se puso en duda que los resultados en ratas o en monas sean extrapolables a humanas, ya que tienen sistemas hormonales y endometriales distintos. Algunas de estas observaciones críticas fueron respondidas por el Dr. Croxatto, en su exposición ante el Tribunal.

62. Que, como puede apreciarse de lo señalado en los dos considerandos que anteceden, los únicos dos estudios que han sido invocados en esta causa que dan cuenta de experimentos de administración del fármaco cuestionado en animales, han concluido que tiene un efecto antiovulatorio, que es una forma de anticoncepción, y que, en cambio, no tiene ninguna capacidad de afectar la anidación del embrión. Del debate posterior puede colegirse que aspectos metodológicos y de extrapolación de conclusiones a humanos, cuestionan que estos experimentos permitan dar por científicamente establecido que la ingesta de la píldora por mujeres no tenga capacidad de evitar la implantación del embrión. Con todo, lo que resulta decisivo e importante para la decisión de este voto, es que los únicos dos estudios referidos en esta causa que dan cuenta de experimentos con animales son indiciarios de que la píldora no tiene capacidad de afectar la anidación del embrión y que no se ha citado estudio alguno ni se ha hecho ver respecto de los referidos de que exista indicio que el fármaco sea capaz de evitar la anidación del embrión o interrumpir su desarrollo. En consecuencia y ante la única pregunta relevante para esta decisión, de si existen antecedentes para sustentar una duda razonable de que la píldora pueda atentar en contra de la vida, debe concluirse que, hasta donde se puso en antecedentes al Tribunal por las partes y los expertos que concurrieron a él, la experimentación con animales no permite sustentarla.

1. **Análisis de la evidencia disponible en esta causa acerca de los efectos de los fármacos de la anticoncepción de emergencia en el transporte tubario del embrión fecundado.**

63. El Dr. Mena, al exponer ante el Tribunal, afirmó también la existencia de la duda razonable acerca del efecto mortífero de la píldora del día después sobre el embrión, en base a que ella tendría el efecto de paralizar los cilios de la trompa de Falopio, elementos cuyo movimiento ayuda a que el embrión se desplace desde la trompa hasta el útero para implantarse. Conforme a la tesis del exponente, como el movimiento del óvulo es más lento de lo que debería por acción del fármaco, éste no alcanza a llegar al útero en el momento en que el endometrio está preparado para recibirlo. De ese modo, la píldora tendría aptitud para frustrar la implantación. Estos argumentos se fundaron de manera principal en los estudios efectuados por Ugocsai, 2002. El doctor Orrego adujo argumentos similares y concordantes fundándose también en el estudio de Paltieli, 2000. En el mismo sentido se pronunció el Dr. Illanes.

64. Analizados los estudios referidos, ellos no convencen a estos disidentes de que exista una duda razonable acerca del efecto anti implantatorio de los precisos métodos impugnados en autos, por las siguientes razones: primero, porque el estudio de Paltieli se llevó a cabo con progesterona y no con levonorgestrel. En segundo lugar, porque el estudio de Ugocsai se llevó a cabo con dosis de levonorgestrel cuatro a seis veces superiores a las dosis recomendadas (1.5 mg por una sola vez), por lo que no puede ser considerada evidencia suficiente acerca de los efectos de dosis menores, además de estar basado en un estudio sobre sólo tres mujeres. Por último, y lo que resulta más importante, si uno de los

efectos del levonorgestrel fuere la paralización de los cilios, entonces su administración debiera naturalmente derivar en una mayor cantidad de embarazos tubarios o ectópicos, lo que no ha sido probado por evidencia alguna.¹ En consecuencia, tampoco por esta vía se ha logrado establecer una duda razonable de que la píldora del día después tenga aptitud para atentar en contra de la vida del embrión.

1. **Análisis de la evidencia disponible en esta causa acerca de los efectos de la píldora del día después en la producción de proteínas necesarias para el desarrollo del embrión.**

65. El Dr. Mena sostuvo ante el Tribunal que el levonorgestrel disminuye una proteína denominada glicodelina A en el líquido uterino, la que, sostuvo, era importante para el desarrollo del embrión antes de su implantación. Al efecto citó el estudio de Mandelin, 1997. Orrego, por su parte, coincidió con este punto y al efecto citó el estudio de Young, 1994, el que también fue referido por el Dr. Illanes.

66. El estudio de Mandelin no tiene aptitud para provocar en estos disidentes duda acerca de los efectos de los métodos impugnados en el embrión, toda vez que fue efectuado con un DIU liberador de levonorgestrel y existe concordancia entre los expertos en que este método de liberar levonorgestrel, de manera constante al interior del útero, produce efectos del todo diversos a los que provoca la administración oral postcoital y ocasional del mismo fármaco, que es lo que las normas impugnadas ordenan aconsejar y distribuir. A mayor abundamiento, el estudio de Raymond, invocado también por el Dr. Orrego para el análisis del endometrio que se incluye más adelante, luego de experimentar con régimen Yuzpe en 19

mujeres en 2 períodos menstruales, concluye no haber encontrado diferencias significativas entre los ciclos tratados y no tratados, entre otros factores, en el de la glicodelina. Además el punto acerca de si la glicodelina ayuda a proteger o alimentar al embrión antes de su implantación, constituye una afirmación sobre la cual no se acompañó evidencia alguna al Tribunal. Lo que hemos leído en los textos revisados sí indica que ese compuesto inhibe la fecundación. En cuanto al estudio de Young, éste experimenta con régimen Yuzpe, concluyendo que el mismo tiene aptitud para disminuir la proteína endometrial asociada a progesterona. En efecto, el estudio señala que "*High doses ethinil estradiol-norgestrel emergency contraception effectively suppresses progesterone-associated endometrial protein in the midluteal uterus, potentially altering the endometrial environment unfavorably and affecting the survival of the early embryo*". El método empleado por este estudio para arribar a la referida conclusión no tiene aptitud para provocar una duda razonable acerca de los efectos del régimen Yuzpe que el Decreto Supremo impugnado ordena recomendar, ya que mientras las dosis del Decreto son de 0,2 mg de etinil estradiol más 1 mg de levonorgestrel, las dosis con que experimentó Young ascienden a 0,2 mg de etinil estradiol más 4 mg de levonorgestrel. Es decir, la dosis de levonorgestrel sobre la cual se sacan las señaladas conclusiones es cuatro veces mayor que aquella que contempla el Decreto impugnado. En consecuencia, los antecedentes referidos no tienen la fuerza de convicción mínima suficiente para dar por establecida una duda razonable acerca de un efecto mortal o siquiera dañino sobre el embrión del levonorgestrel puro (pues no experimentan con él) ni con el régimen Yuzpe en las dosis que el Decreto ordena aconsejar.

67. Por su parte, los doctores Mena, Orrego e Illanes plantearon en estrados que el levonorgestrel no sólo afectaba al embrión a través de la disminución de la glicodelina A, sino que también el fármaco lograba alcalinizar en tal medida el líquido uterino, que impedía la sobrevida del cigoto. Para afirmar esa idea se apoyaron en el trabajo de Kesserü que concluye que el LNG produce una alcalinización del líquido uterino, después de 4 horas y hasta 48 horas desde que el medicamento es ingerido. Revisado este estudio, constatamos que efectivamente este autor observó un efecto alcalinizador de diversas dosis levonorgestrel sobre 10 mujeres. Concluyó que este ambiente alcalinizado impide enteramente la supervivencia de espermios. (*"Alteration of the genital environment and consequent interference with ascent of the sperm might have a role in the contraceptive mechanism of postcoital d-norgestrel"*).

68. El estudio de Kesserü, en cuanto se refiere a la alcalinización del líquido uterino, será descartado por estos disidentes. El mismo fue realizado hace ya treinta y cuatro años y lo que este investigador observa resulta incompatible y contradicho por múltiple evidencia posterior. Desde luego, entre la restante evidencia puesta a disposición de este Tribunal, no aparece ninguna que en los 34 años posteriores haya hecho seguimiento a esta observación del efecto alcalinizador del levonorgestrel, que aparece así enteramente aislada. El efecto alcalinizador y su consiguiente anulación de los espermios, que Kesserü, con los métodos y tecnología de 1974, observa, en las mujeres con que experimentó resulta contradicho por toda la evidencia posterior que hemos citado en la primera columna del cuadro contenido en el considerando 46. En toda la evidencia más reciente que se ha referido al Tribunal y en las opiniones científicas acompañadas, el

efecto del levonorgestrel sobre los espermios es muy inferior al observado por Kesserü, al punto que hoy se discute, como se ha dicho, si el levonorgestrel efectivamente tiene o no capacidad para afectarlos. La contradicción insalvable entre lo observado por este investigador y aquella, mayor en número, que se ha verificado con posterioridad, nos obligan a dar mayor fe a esta sobre aquella.

1. Análisis de la evidencia disponible en esta causa acerca de los efectos de los métodos de anticoncepción de emergencia sobre el endometrio y su capacidad de anidar el embrión.

69. En su exposición el Dr. Croxatto señaló la existencia de evidencia científica reciente que acredita que la administración del levonorgestrel no produce efecto alguno impeditivo de la anidación del embrión. Al efecto, citó fundamentalmente el trabajo de Lalitkumar, 2007, y las investigaciones de Vargas y Palomino, las que actualmente se encuentran en curso y no han sido publicadas más que en congresos, lo que, como ya se señaló, debe ser considerado para disminuir su fuerza de convicción. Por su parte, Mena, Orrego e Illanes argumentaron que el levonorgestrel produce daños en el endometrio que impiden la anidación del embrión. Al efecto citaron los estudios de Wu, Ugocsai, 2002, y Raymond, 1999. El estudio de Wu, tal como se anunciara con anterioridad, ha sido descartado de este razonamiento porque nunca fue publicado.

70. En el estudio de Lalitkumar se investigan endometrios cultivados in vitro. En 14 de ellos, se administró levonorgestrel, anidándose correctamente embriones en 6 casos, mientras que en 17 en que no se administró esa sustancia anidaron correctamente 10 embriones. Este

experimento acreditaría, según quien lo expuso, que el levonorgestrel no tendría aptitud para impedir la anidación. (*"Levonorgestrel did not impair the attachment of humans embryos to the in vitro endometrial construct. This model could be used to understand endometrial receptivity and embryo-endometrial construct. This model could be used to understand endometrial dialog and to develop new fertility regulating substances"*).

71. El estudio referido en el considerando anterior fue objeto de análisis tanto por el Doctor Mena como por el Doctor Illanes. El primero formuló varias razones por las cuales no debiera considerarse esta experiencia in vitro como suficiente prueba, fundamentalmente porque las condiciones reales del endometrio, especialmente después del acto sexual, eran muy diversas a aquel in vitro con el que se experimentó. Así se pronuncia también el informe de la Facultad de Medicina de la P. Universidad Católica, el que, luego de reconocer que los estudios más recientes que emplean las dosis recomendadas de LNG para la anticoncepción de emergencia no han encontrado evidencia de alteraciones endometriales, lo que ha convencido a la mayoría de los investigadores de que no hay evidencia consistente en cuanto a que el LNG altere la receptividad endometrial, retruca esta percepción generalizada haciendo ver que tales estudios recientes fueron hechos en mujeres que no habían tenido relaciones sexuales (pág. 12 del informe). El Doctor Illanes, si bien aceptó que la diferencia estadística proporcionada por el estudio era indiciaria de un efecto inocuo, cuestionó que lo pequeño de la muestra y la incidencia del azar la hacía irrelevante. (Argumentos similares acerca de que el bajo número de embriones estudiados no permite arribar a conclusiones importantes puede encontrarse en el informe de

la P. Universidad Católica). Illanes fue más allá e hizo ver que la pequeña diferencia en la proporción 10 de 17 casos en que no se administró levonorgestrel y 6 de 14 casos en que sí se administró, podría, si se llevara a grandes números, indicar la conclusión contraria de aquella a la que arriban los investigadores; esto es, que sí podría haber un efecto de la píldora en el endometrio que dificultaría la anidación del embrión.

72. El estudio de Vargas (2005), aún inconcluso, investiga la reacción de la expresión génica del endometrio frente a la administración de levonorgestrel. Después de analizar 20.383 genes, llega a la conclusión preliminar de que la cantidad de genes que se ven afectados por la administración de levonorgestrel es irrelevante (0.05%) para afectar la receptividad endometrial.

73. Por su parte, el estudio de Palomino (2003), aún en curso, analiza mediante biopsias de endometrio el estado del endometrio después de la administración de levonorgestrel 1.5 mg, concluyendo preliminarmente que *"(e)l proceso de ovulación no es interferido por la administración de LNG en período periovulatorio. En conjunto estos datos no muestran modificaciones en la morfología del endometrio y la expresión de PR durante la ventana de implantación"*.

74. En lo que dice relación con la investigación de Ugocsai, valga reiterar lo señalado en el considerando 64° de esta disidencia, de acuerdo al cual la referida investigación no convence a estos disidentes de que exista una duda razonable acerca del efecto dañino que tendrían los métodos impugnados sobre el endometrio, ya que éste se llevó a cabo con dosis de levonorgestrel 4 a 6 veces superiores a aquellas que ordena aconsejar y distribuir el Decreto Supremo impugnado, por lo

que no puede ser considerada evidencia suficiente acerca de los efectos de dosis menores.

75. La investigación de Raymond, 2000, citada por Orrego ante el Tribunal, concluye que el régimen Yuzpe disminuye el grosor del endometrio, lo que, según afirmara el exponente, podría afectar la implantación del embrión. De acuerdo al estudio, la administración de Yuzpe disminuye el grosor endometrial en un 22,6%, pudiendo llegar a medir 7 mm., en circunstancias que su grosor natural es de 9 mm. No se acompañó evidencia alguna de que la disminución del grosor endometrial en 2 mm. pueda disminuir la capacidad de implantación del embrión. De hecho, el propio estudio que se viene mencionando señala que no existe claridad acerca de la relación entre los efectos descubiertos y la acción contraceptiva del régimen Yuzpe. (*"Five statistically significant changes were noted in treated cycles: a reduction in endometrial MUC-1 expression, an increase in endometrial oestrogen receptor, lower proportion of glandular supranuclear vacuoles. The relationship of these findings to the contraceptive action of the Yuzpe regimen is unclear"*).

76. Como puede apreciarse de lo establecido en los siete considerandos que preceden, 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 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.

1. **Los argumentos derivados de información de organismos extranjeros y de rotulación farmacéutica de la píldora.**

77. Que la parte requirente y varios informes acompañados han destacado como prueba del carácter antianidatorio que tendría la píldora (y, por ende, inconstitucional según esa postura) el hecho que ello se afirme como posible o probable por la agencia Food and Drug Administration (F.D.A.) de los Estados Unidos de Norteamérica y por varios de los laboratorios que producen el fármaco. Quienes así argumentan, hacen ver que, una vez definido por la Organización Mundial de la Salud que el embarazo y la vida comienzan con la anidación, las compañías farmacéuticas han dejado de tener inhibiciones en reconocer que la píldora puede impedir la anidación, por entender este fenómeno como previo a ello. Así, destacan que la OMS en su Boletín N° 51 (1999), titulada "Progress in Reproductive Health Research", indica en relación al régimen Yuzpe que **este puede** bloquear la implantación del embrión, lo que no constituye aborto, pues el embarazo sólo puede ocurrir a partir de la implantación. (*The Yuzpe method of emergency contraception works by interrupting a woman's reproductive cycle. Depending on when in the cycle the pills are taken, they can prevent or delay*

ovulation, may interfere with fertilization of the egg, or block implantation in the uterus wall. Medical science considers that pregnancy has begun when the implantation of a fertilized egg in the lining of a woman's uterus is complete. The process of implantation starts about five days after fertilization and is completed about one week later, just prior to the time of the expected menses. Emergency contraceptive pills are ineffective after implantation; they cannot cause an abortion if the woman is already pregnant"). En concordancia con lo anterior, la agencia norteamericana (F.D.A.) señala respecto del fármaco Plan B (levonorgestrel 0.75), que **es posible** que éste pueda prevenir la anidación. ("How does Plan B work? Plan B works like a birth control pill to prevent pregnancy mainly by stopping the release of an egg from the ovary. It is possible that Plan B may also work by preventing fertilization of an egg (the uniting of sperm with the egg) or by preventing attachment (implantation) to the uterus (womb), which usually occurs beginning 7 days after release of an egg from the ovary. Plan B will not do anything to a fertilized egg already attached to the uterus. The pregnancy will continue".) En el mismo sentido se refiere el Laboratorio Duramed Pharmaceuticals al señalado fármaco, haciendo ver que **puede** afectar la implantación. ("Plan B works like a regular birth control pill. It prevents pregnancy mainly by stopping the release of an egg from the ovary, and may also prevent the fertilization of an egg (the uniting of sperm with the egg). Plan B may also work by preventing it from attaching to the uterus (womb). It is important to know that Plan B will not affect a fertilized egg already attached to the uterus; it will not affect an existing pregnancy.").

78. Que cada vez que el Instituto de Salud Pública ha aprobado este fármaco, lo ha hecho obligando al productor a incluir leyendas al modo de folletos de información médica y de información al paciente. Las leyendas pertinentes varían en cada caso. En la última de las resoluciones aprobatorias, dictada para el Laboratorio Bestpharma, se señala que en el folleto de información al médico debe constar lo siguiente: *"El mecanismo de acción de los anticonceptivos de emergencia no ha sido claramente establecido, sin embargo, la evidencia científica sugiere que la inhibición o retraso de la ovulación es el principal mecanismo de acción. También se piensa que podrían prevenir la fertilización por alteración del transporte de los espermios y/o del óvulo. Además se ha sugerido que podrían prevenir la implantación o la alteración del endometrio, no obstante los anticonceptivos de emergencia no son eficaces una vez que el proceso de implantación ha comenzado"*. Por su parte, en el folleto de información al paciente, del mismo medicamento, el Instituto de Salud Pública ha establecido que debe constar la siguiente leyenda: *"Los anticonceptivos de emergencia no deben ser administrados en mujeres que han confirmado su embarazo, principalmente, porque no producirán ningún efecto."*

79. 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.

1. Análisis de la evidencia disponible en los expedientes administrativos que autorizaron la circulación y comercialización de la píldora del día después.

80. Que obran en este proceso los expedientes administrativos correspondientes a los registros sanitarios de los fármacos Postinal, Postinor 2, Tace, Glanique y Levonorgestrel, este último presentado por diversos laboratorios, en el Instituto de Salud Pública, todos ellos tramitados entre los años 1990 y 2006. Todos los expedientes se refieren al registro o al cambio en las condiciones de circulación de fármacos compuestos de levonorgestrel al 0,75, para ser administrados como anticoncepción hormonal de emergencia post coital (lo que hemos denominado en este voto píldora del día después). En estos procesos administrativos

consta la Resolución 8416, del Instituto de Salud Pública de 23 de julio de 1990, que deniega la solicitud por cuanto "*(1) a dosis de Levonorgestrel de 750 mcg (0,750 mg) sobrepasa considerablemente las dosis aceptadas para el uso como anticonceptivo.*" Agrega la Resolución que "*en dosis tan elevadas, este compuesto es capaz de bloquear el desarrollo del óvulo fecundado en su fase más precoz, impidiendo la progresión del embarazo. Por lo tanto -concluye la referida Resolución-, además de ser anticonceptivo postcoital por su administración, actuaría como abortivo o favoreciendo la expulsión del huevo fertilizado después de su nidación (sic)*". El texto transcrito es copia de las conclusiones a las que llega la Comisión para Evaluación de Productos Farmacéuticos Nuevos del Ministerio de Salud en su sesión de fecha 24 de mayo de 1990. En el acta de la Comisión no existe análisis, cita o referencia de la evidencia científica que le permite arribar a ella.

81. La misma Comisión cambia luego de criterio, a partir del 15 de diciembre de 2000, y recomienda autorizar este fármaco. Consta en el acta de la sesión N° 9 de la referida Comisión, celebrada con fecha 15 de diciembre de 2000, que 5 de los expertos votaron a favor de *aprobar el fármaco* y 4 en contra. *Las únicas razones de los primeros que constan en el acta es el "informe positivo del evaluador" y que "demuestra con estudios clínicos eficacia y seguridad en las indicaciones propuestas."* Quienes votaron en contra se limitaron a dejar constancia como razones que "*uno de los posibles mecanismos de acción sería impedir la anidación del óvulo fecundado en el útero. Si se considera la vida desde el momento de la fecundación y no de la implantación del óvulo sería microabortivo. La legislación vigente en Chile no permite la interrupción del embarazo.*" El acta no nos informa qué

evidencia científica le permite a la minoría de esa Comisión afirmar que uno de los posibles mecanismos de acción sería impedir la anidación del óvulo fecundado en el útero. Por su parte, el informe en que se sustenta la mayoría para aprobar, emitido por el Doctor Sergio Lecanellier, sostiene, a esa fecha, *"que el mecanismo de acción del levonorgestrel en la contracepción de emergencia no está totalmente establecido..., pero se sostiene que este método no interrumpe el embarazo, y por lo tanto no produce aborto."* El texto de este informe tampoco analiza o refiere la evidencia científica en que se sustenta, aunque dice acompañar una serie de publicaciones acerca del efecto del Yuzpe, las que no quedaron adjuntas al expediente administrativo que se nos ha acompañado, por lo que no es posible analizarla o identificarla siquiera.

82. A partir de marzo de 1991, consta que el Instituto de Salud Pública, luego de ese informe de la Comisión, ha procedido a autorizar a varios laboratorios la comercialización del fármaco. Más allá de la constancia de las conclusiones a que arribaron en una y otra oportunidad, ni en las actas de las comisiones ni en las resoluciones acompañadas ellas aparecen justificadas, más allá de la afirmación o negación de su capacidad de interferir con el desarrollo del embrión antes de su anidación. No existen fundamentos ni se invoca evidencia científica para sustentar la verdad o falsedad que se sustenta. Ni en las anteriores opiniones de la Comisión ni en las más recientes, ni en ninguna resolución encontramos fundamento alguno que sustente o dé razón de las conclusiones a las que los expertos o las autoridades arriban y que ya han sido referidas. Por su parte, en los expedientes respectivos figuran, además de las solicitudes, pruebas de laboratorio relativas a la

composición del fármaco, su pureza, caducidad, capacidad de disolución y desintegración y otros aspectos análogos y referencias y, en un caso, resumen de alguna literatura científica, acompañada por los solicitantes del registro, la que no difiere de la ya analizada en considerandos anteriores, y otros antecedentes, tales como conclusiones de comisiones de expertos en otros países o de organizaciones como la Organización Panamericana de la Salud, las que son coincidentes en que la píldora no es abortiva y que su función es la de impedir la fertilización previniendo la ovulación o interfiriendo con los espermios, de modo tal que no puedan fertilizar.

83. Consta en estos mismos expedientes que, en sesión sexta del Grupo de Trabajo para Evaluación de Productos Farmacéuticos Nuevos del Instituto de Salud Pública, realizada el 18 de julio de 2001 (sólo consta de ella un documento denominado Pre Acta N° 6 y no el acta misma, ni documento firmado), se acordó recomendar, por unanimidad, el registro del fármaco Postinor 2. No figura fundamentación, salvo en cuanto se asimila a Postinal, ya aprobado.

84. Que de los antecedentes analizados y reseñados en los cuatro considerandos que anteceden puede concluirse que las autoridades del Ministerio de Salud y los integrantes de la comisión que lo asesora en la evaluación de los productos farmacéuticos nuevos han mostrado convicciones y resoluciones que han variado a lo largo del tiempo acerca de los efectos de la píldora. En general, puede afirmarse que hasta el año 2000 la circulación de la píldora fue prohibida por la autoridad sanitaria competente por cuanto la comisión que la asesoraba en la materia concluyó que la píldora interfería con la vida del embrión humano y que, en cambio, a partir del año 2001 hasta hoy el criterio de la autoridad ha sido

autorizarla, fundada en un informe de la misma comisión que considera lo contrario. En uno y en otro caso, la Comisión dejó constancia de su conclusión, pero no de la evidencia científica en que se apoyaba. Habiéndose ya concluido en este voto que no es la existencia de convicciones u opiniones de otros, por respetables que sean sus personas o las posiciones que ocupan, lo que puede dar por establecida una duda razonable acerca de la capacidad de un producto autorizado de producir la muerte de un embrión humano, sino la invocación de evidencia científica que acredite el hecho o la duda razonable de su verificación, esta documentación tampoco tiene esa aptitud de producir tal duda, máxime si los expertos que allí figuran suscribiendo conclusiones, ya no las sustentan desde hace siete años atrás.

1. Conclusiones acerca de la prueba recopilada en autos.

85. Habiendo concluido que sólo sobre la base de evidencia científica y no de constatar el debate entre científicos era posible determinar si existía o no una duda razonable acerca de la capacidad de la píldora de actuar contra las expectativas de vida del embrión humano entre la fecundación y antes de la anidación, nos hemos visto obligados al análisis de toda esa evidencia, en cuanto fue recopilada en estos autos o referida en ellos. En cada uno de los acápites que nos han servido para exponerla y analizarla, hemos concluido que no es suficiente para dar por establecida esa duda, ni para el uso de dos dosis de levonorgestrel puro (píldora del día después), ni para el régimen Yuzpe en las dosis que el Decreto Supremo contempla. Al terminar el análisis de las pruebas aportadas por las partes no nos cabe entonces sino concluir de igual modo.

La evidencia científica analizada acredita que los métodos de anticoncepción hormonal de emergencia son eficaces para prevenir embarazos. También acreditan que ello se debe, en todo o parte, según se discute, a su capacidad de impedir la ovulación en la mujer. También existe evidencia indiciaria de que dificultan el viaje de los espermios al óvulo, aunque ello se discute y no está plenamente acreditado. Ninguno de los dos efectos antes mencionados podría considerarse contrario a la Constitución, pues no lo es prevenir la fecundación. Se discute si los fármacos podrían interferir con el embrión y es difícil una prueba cierta y definitiva por los problemas que conlleva experimentar con embriones. La experiencia con animales conduce a concluir que no hay tales efectos contrarios al desarrollo del embrión, pero se discute si tales conclusiones pueden extrapolarse a humanos. La evidencia que ha medido el efecto del levonorgestrel en otras condiciones del aparato reproductor femenino es indiciaria de que no tiene capacidad de alterar su desarrollo o anidación. Lo mismo puede decirse del Yuzpe, salvo en cuanto se emplee con dosis de levonorgestrel muy superiores a aquella que recomiendan las normas impugnadas. En consecuencia, en esta causa no se ha acreditado la existencia de una duda razonable de que ni uno ni otro de los métodos que la norma cuestionada ordena aconsejar, ni la píldora de levonorgestrel puro que ordena distribuir, son capaces de impedir la anidación de un embrión humano, de impedir su desarrollo o de darle muerte por cualquier otra vía. Hemos querido que esta conclusión, que versa sobre un elemento fáctico, no emane de nuestras propias convicciones morales acerca de la vida, ni del respeto que nos merecen quienes preconizan unas u otras, sino de la evidencia disponible en este expediente, cuyo análisis hemos intentado exponer de modo pormenorizado. Ello no niega que pueda existir otra evidencia al margen de este proceso o que pueda producirse

en el futuro, pero tales posibilidades tampoco podrían conducirnos a dar por establecida una duda razonable, pues, como jueces, creemos estar obligados a adquirir convicción con el solo mérito del proceso.

Por su parte, la rotulación voluntaria u obligada del producto, si bien deja constancia de que se ha sostenido u sugerido que puede tener efecto sobre el embrión, no afirma que ello sea un hecho cierto o una duda razonable. Dejar constancia de que se ha sostenido un hecho no constituye evidencia alguna acerca de la probabilidad de su certeza y, a nuestro juicio, no puede fundar su prohibición por un tribunal, máxime en una materia de esta trascendencia.

Por último, los expedientes administrativos tenidos a la vista acreditan que las autoridades sanitarias respectivas vienen autorizando los productos mencionados desde hace 7 años, fundándose en opiniones de expertos que las asesoran, que opinan que los fármacos no tienen aptitud abortiva.

86. Que cabe destacarse que al concluirse de este modo, se coincide con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia que, en fallo de fecha 28 de noviembre de 2005, rechazó una acción de nulidad de derecho público en contra del registro de la misma píldora que el Decreto ahora impugnado ordena aconsejar y distribuir. Entre las consideraciones de tal decisión, la Corte estableció que *"30°... de lo anterior, fluye como una cuestión vinculante, para la resolución del recurso de casación en el fondo, de acuerdo con los hechos indicados precedentemente y a los cuales este tribunal no está en condiciones jurídicas de modificar, que no está establecido que el fármaco Postinor 2 produzca los efectos dañinos que se invocan en la demanda, para justificar la nulidad de derecho público que permita dejar sin efecto la resolución N° 7.224 de 24 de agosto de 2001, dictada por el*

I.S.P., que materializó el registro para la venta o comercialización del aludido fármaco, elaborado en base al principio activo "Levonorgestrel" 0.75 mg. En síntesis, [continúa la Corte] se adujo por el actor que dicho compuesto amenaza o afecta el derecho a la vida de los concebidos y no nacidos y por ello se pedía la protección jurisdiccional, porque tal fármaco al afectar un embrión, por consiguiente un ser ya concebido, tenía un efecto abortivo que proscribe el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Carta Fundamental y el artículo 75 del Código Civil, que cautela también la vida del que está por nacer", lo que hemos denominado en este voto píldora del día después, **pero tales supuestos no fueron demostrados**. En el considerando siguiente, la misma Corte descartó que la sentencia impugnada en esa oportunidad hubiere transgredido normas jurídicas, razonando al efecto: "31°) Que en estas circunstancias, la sentencia impugnada al expresar que no se demostró que el fármaco "Postinor 2" tenga los efectos abortivos que sostuvo la demanda y al desestimarla por este motivo, no ha podido transgredir las normas antes indicadas, que aseguran la vida del que está por nacer". Luego la Corte razona del siguiente modo: "32°) Que frente a lo concluido anteriormente, **no ha podido transgredirse**, como lo sostiene el recurso, **el estatuto jurídico del embrión humano**, con infracción a lo dispuesto en los artículos 19 N° 1 de la Constitución Política de la República y 75 del Código anteriormente aludido, **puesto que la infracción denunciada, parte del supuesto de hecho, de un compromiso vital a un concebido, no demostrado ante los jueces del fondo, por lo que dicho quebrantamiento no se ha producido**". 34°) Que, como ya se ha explicado, **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". Puede constatarse entonces que la exposición razonada de la evidencia disponible en esa oportunidad, llevó a los Tribunales Superiores de Justicia a una conclusión análoga a la que se arriba en este voto, cual es la de que no se han aportado evidencias de los efectos contrarios a la vida de la denominada píldora del día después. En esa oportunidad no se dio por acreditado el hecho alegado; en este voto se da por no sustentada la duda razonable acerca del mismo hecho.

Ñ. No es necesario el examen de los restantes supuestos.

87. Habiéndose llegado a la conclusión de que la prueba presentada en esta causa no permite afirmar que la píldora del día después tenga efectos mortales sobre el embrión, ni que sobre ello exista una duda suficientemente razonable, no resulta necesario continuar con el análisis para rechazar el requerimiento. En efecto, al haberse concluido del modo en que se ha hecho, ya no es posible sostener que haya atentado en contra de la vida. Siendo ello así, no tendría sentido, para magistrados que formamos parte de un órgano jurisdiccional llamado a resolver este concreto requerimiento en contra del Decreto Supremo, continuar razonando acerca de la naturaleza y derechos del embrión no anidado frente a los conceptos de vida, persona, protección del que está por nacer y demás complejas cuestiones planteadas en esta causa.

V. Conclusiones.

88. En el capítulo III, considerandos 11° a 28°, hemos estudiado las cuatro razones por las cuales las partes han

solicitado a este Tribunal abstenerse de conocer el fondo de este asunto, concluyendo que ninguna de ellas era suficiente y que, por ende, también a juicio de estos disidentes, resulta necesario entrar a determinar el fondo del asunto, materia que queda descrita en los considerandos 2° a 10° que les anteceden. De esos mismos razonamientos se toma el apartado A del capítulo IV, considerandos 29° y 30°, para exponer como es que, para acoger el requerimiento de autos, se requiere dar por establecidas tres premisas: la primera es que los métodos de anticoncepción de emergencia, que el Decreto ordena a los funcionarios del sistema público de salud aconsejar y distribuir, sean capaces de interferir con la vida del embrión, entre el momento en que surge, a partir de la fecundación, y hasta antes de que éste se anide o adhiera al cuerpo de la mujer. Ese momento inicial está determinado porque sólo desde él es posible argumentar que haya vida y el de término, porque la ciencia ha determinado que la píldora no es capaz de producir efecto alguno después de la anidación. La segunda premisa para acoger este requerimiento es que se concluya que la interferencia con la vida del embrión en esa etapa equivale al atentado en contra de una persona, titular del derecho a la vida, y/o que infringe la regla que ordena al legislador proteger la vida del que está por nacer. La tercera y última premisa es que tal acto que vulnera el derecho a la vida no pueda justificarse en virtud de bienes superiores. Establecidas esas tres premisas, este voto razona para demostrar que la primera es requisito necesario para acoger el requerimiento y que, por ende, debe iniciarse el razonamiento de fondo analizando si se cumple.

En el apartado B del capítulo IV, considerandos 31° a 33°, se precisa la pregunta que se deberá responder y se razona para

concluir que siendo la tal pregunta una acerca de si se verifica o no un hecho en la realidad, ella no puede ser respondida ni por la moral, ni por la religión, ni por el derecho, sino por evidencia, en este caso científica, que debe encontrarse acompañada o referida en el proceso. Los considerandos 34° a 42°, agrupados en la letra C del capítulo IV, razonan hasta concluir que mientras el adecuado funcionamiento del sistema democrático exige que la afirmación de nocividad del fármaco ya autorizado se acredite, el valor de la vida y el carácter irreversible de la muerte hacen que sea suficiente una duda razonablemente motivada y acreditada para dar por establecida esta primera premisa.

Los considerandos 43° a 46° presentan la evidencia disponible en esta causa para afirmar o negar la existencia de una duda razonable acerca de la capacidad de los métodos en cuestión de interferir con la vida del embrión humano y anuncian y justifican el modo en que será analizada. Los considerandos que siguen, signados con los números 47° a 86° de este voto, analizan la referida evidencia, agrupada en los apartados ya anunciados. En ese análisis se constata que la abrumadora mayoría de la evidencia científica es indiciaria de que los hechos ocurren de un modo contrario a la duda que se requiere acreditar para acoger este requerimiento; esto es, que la evidencia indica que los métodos anticonceptivos de emergencia que el Decreto ordena aconsejar y distribuir (píldora y Yuzpe) agotan su eficacia antes que la fertilización o concepción se produzca y que no tienen capacidad de interferir en las etapas posteriores de desarrollo del embrión. Si bien esta prueba no es concluyente, ello es irrelevante a esta decisión por cuanto, como se ha demostrado, es la duda contraria lo que debe acreditarse para acogerlo. La evidencia científica que se ha invocado para acreditar que los métodos sí interfieren con el desarrollo del embrión, restándole alimento, alterando negativamente el ambiente en que se

desarrolla, dificultando su traslado o dañando los órganos en que debe implantarse, no tienen aptitud para convencer, según ya se ha demostrado.

Establecido que no se ha presentado evidencia para afirmar una duda razonable de que los métodos y fármacos que el Decreto Supremo 48 del Ministerio de Salud de 2007 ordena aconsejar y distribuir, sean capaces de interrumpir la vida de un embrión humano, no se puede dar por acreditada la primera premisa de las tres que debían necesariamente verificarse para acoger este requerimiento y, por ende, estos disidentes concluyen que no hay razones para declararlo inconstitucional y que el requerimiento debe rechazarse en todas sus partes.

Redactaron la sentencia los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza, Marcelo Venegas Palacios y señora Marisol Peña Torres. La prevención, los votos concurrentes y las disidencias las redactaron sus autores. La que suscriben conjuntamente los Ministros señores Correa Sutil y Fernández Fredes, el primero de ellos.

Notifíquese, regístrese y archívese.

ROL 740-07-CDS.

Se certifica que los Ministros señores Juan Colombo Campbell (Presidente) y Hernán Vodanovic Schnake concurrieron a la vista de la causa y al acuerdo, pero no firman, por encontrarse haciendo uso de su feriado el primero y en comisión de servicio en el extranjero, el segundo.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, don Juan Colombo Campbell, y los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y señor Francisco Fernández Fredes. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

1 Si bien existen casos reportados de embarazos ectópicos en mujeres que han consumido levonorgestrel como anticoncepción de emergencia, no existen estudios que señalen una relación causal entre un fenómeno y otro, ni experiencias que den cuenta de un número estadístico de embarazos ectópicos que pudiere ser indiciario del efecto de la píldora que se viene analizando.