

La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la “píldora del día después”: ¿liberalismo posesivo o respeto a la ley natural?

Julio Alvear Téllez

Becario de Alban Office de la Unión Europea
Profesor Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Vanessa Cisterna Rojas

Académica chilena, miembro de ISSA, International Society for the Study of Argumentation

I. La complejidad de una cuestión de constitucionalidad insuficientemente enunciada

Una gran polvareda precedió a la dictación de la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre la “píldora del día después”. Y, asimismo, otra le siguió. Al parecer, había algo más en juego que el valor constitucional de una determinada política pública de Gobierno, cristalizada en un decreto administrativo. Subyacía algo más que el alcance de la protección de derechos fundamentales básicos, como la vida, la educación o el principio de igualdad. La sede jurisdiccional requerida se había transformado sin quererlo en árbitro de una disputa cuyos presupuestos trascienden el derecho, pues trasuntan las opuestas concepciones de hombre y de sociedad que palpitan en el alma de nuestro país.

Estas dos concepciones se manifiestan en Chile de manera extremadamente compleja pues responden a influencias de muy diversa índole, no del todo fáciles de aquilatar en su justa medida. Pero coinciden con la realidad de otras naciones en cuanto a la ocasión en la que suelen entrar en lucha: el derecho a la vida.

El 5 de marzo de 2007, un grupo de 36 diputados, de una reconocible orientación política, presentó al Tribunal Constitucional un requerimiento a fin de que se *“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”*. Sin embargo, el Tribunal no lo admitió a tramitación por motivos formales, entre otros,

porque *“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”*.”¹

Con fecha 24 de marzo del mismo año, los requirentes subsanaron los defectos, especificando las disposiciones contenidas en las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad” contra las que dirigen su acción de inconstitucionalidad:

i) En primer lugar, se impugnan las disposiciones de la **“Sección C: Tecnología anticonceptiva”**,² 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 de 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”*. La acción de estos métodos produce una alteración endometrial que actúa impidiendo la anidación del individuo ya concebido, lo que en sí mismo violaría el derecho a la vida garantizado en el art. 19 N° 1 la Constitución Política.

ii) En segundo lugar se objetan las normas de la **“Sección D: Anticoncepción en población específica”**, en razón de que 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, vulneraría el inciso tercero del N° 10 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

iii) En tercer lugar, se impugna el **Punto 1 “Anticoncepción para adolescentes”**, de la referida sección D, por dos motivos: a) porque admite la administración de la anticoncepción de emergencia bajo la modalidad de la *“Píldora del Día Después como pastilla única y combinada”*, con lo que nuevamente se violaría el derecho a la vida; y b) porque la consejería confidencial que se presta a los adolescentes vulneraría el derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos, reconocido en el inciso tercero del N° 10 del artículo 19 de la Carta Fundamental, ya invocado.

Respecto de las normas citadas, los requirentes plantearon cuatro cuestiones de constitucionalidad:

¹ Cfr. TC, Resolución del 20 de marzo de 2007, Considerando 11°.

² Punto 3.3. *“Anticoncepción hormonal de emergencia”*, y párrafo 4 *“Anticoncepción no hormonal”*, punto 4.1.1. *“Dispositivos intrauterinos”*.

1) El decreto supremo impugnado, al aprobar métodos y mecanismos que afectan la vida del que está por nacer, **está reglamentando directamente una materia que por mandato constitucional requiere de una ley habilitante**, la cual, incluso, en ningún caso podría restringir sustantivamente un derecho fundamental.

2) Dichos métodos y mecanismos **violan el derecho a la vida del embrión, nasciturus** o concebido y no nacido, sujeto de protección constitucional.

3) El decreto impugnado **vulnera el principio de igualdad ante la ley**, en cuanto permite la distribución de un fármaco (*"postinal"* a base de *Levonorgestrel* de 0.75 mg) prohibido por la Corte Suprema el 30 de agosto del 2001, con el sólo expediente de rotular el mismo producto químico con un nombre de fantasía distinto (*"Postinor-2"* y *"Tace"*).

4) La facultad, prevista en el decreto citado, de otorgar consejería a menores adolescentes sin el consentimiento ni conocimiento de sus padres, implica **vulnerar el derecho preferente y el deber constitucional que tienen éstos a la educación de sus hijos**.

El Tribunal Constitucional no quiso pronunciarse sobre el punto 3, por considerar que, en definitiva, los requirentes no tipificaron de manera clara de qué modo se podría discriminar a los embriones en la impugnación aludida.³ Asimismo, rechazó que la consejería de adolescentes, sin consentimiento ni conocimiento de los padres, implicara una violación al derecho preferente de los padres a educar a los hijos, porque esencialmente la primera no impediría lo segundo.⁴

Por lo anterior, el conflicto constitucional quedó circunscrito a *"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"*.⁵

³ Vid. Considerando Decimoséptimo.

⁴ Vid. Considerandos Decimotercero a Decimosexto. Es este un punto gravísimo que, por razones de espacio, no podemos analizar acá, mereciendo un estudio especial. La argumentación del TC alude también a un pretendido *"derecho de los adolescentes"* a la consejería, sin justificarlo.

⁵ Considerando Decimoctavo.

De cualquier forma, y previo a la delimitación recién citada, el persistente y a veces acalorado debate que se suscitó a través de la prensa –las “*cartas al director*” de “*El Mercurio*”, por ejemplo–⁶ sobre una cuestión en principio entregada a nuestro Tribunal Constitucional, revela de qué manera afloraron las concepciones de vida superpuestas a una controversia netamente jurídica.

La tramitación de la acción de inconstitucionalidad también dio cuenta de la confrontación de posiciones. Ello se vio claro tanto en el género de argumentaciones como en la identidad de las instituciones que las aportaron, en pro o en contra de la pretensión jurisdiccional en comento. Si por un lado la Pontificia Universidad Católica de Chile, la Universidad de los Andes y la Universidad Católica de la Santísima Concepción presentaron informes que avalan, desde el punto de vista científico, la postura de los requirentes, la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile acompañó, por el contrario, otro informe en el que intenta señalar que el método anticonceptivo en cuestión “*no es abortivo, ya que no actúa sobre el huevo fecundado sino antes de que ocurra la fecundación*”. Si la Pontificia Universidad Católica presupone en su informe la posición católica tradicional en torno al problema, el documento de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile respira a veces una moral sexual antitética de signo claramente marcusiano.

Es oportuno señalar que frente a la acción de inconstitucionalidad referida, 49 diputados de signo político contrario al de sus patrocinantes, solicitaron al Tribunal Constitucional su rechazo. Entre las causales que invocaron, hay dos que hemos de citar aquí de paso, pues reflejan hasta qué punto sus promotores fueron sorprendidos por una iniciativa que sentían que vulneraba más sus convicciones políticas que el derecho nacional. Los 49 diputados expresan, en primer lugar, que “*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 como por 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*”. Como se ve, negar competencia al Tribunal Constitucional aduciendo su transformación en una “cuarta instancia” no resiste un análisis jurídico serio.

Por otra parte, argumentaron que 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; como si la promoción

⁶ En el curso de un mes, desde el 2 de abril hasta el 4 de mayo del presente año, el matutino publicó la impresionante cifra de 49 cartas y artículos de opinión sobre el tema.

estatal de la regulación artificial de la natalidad no fuese de suyo una "pauta valórica" "impuesta" por el Estado, desde el Gobierno de Frei Montalva, como reconocen.⁷

Asimismo, en la tramitación de la acción de inconstitucionalidad, las ONGs también se hicieron presentes. Mientras, la Red por la Vida y la Familia aportó antecedentes que apoyan la postura de los requirentes, Aprofa solicitó que se rechace la pretensión jurisdiccional. Y mientras cerca de 300 personas que se calificaron como "usuarias de métodos anticonceptivos" presentaron en autos su testimonio de reconocimiento a las políticas del Ministerio de Salud en cuestión, apoyadas por un conocido estudio jurídico, autoridades de la Iglesia Católica también hicieron oír su voz, secundadas por la Fundación de Estudios Evangélicos, que presentaron un informe jurídico de los profesores Alejandro Silva Bascuñan y Francisco Cumplido C.

¡El derecho a la vida! Pareciera que en una sociedad que se autodenomina "de los derechos humanos" este sería el punto de consenso primigenio. Pero no es así. El consenso aparente acerca de los derechos humanos esconde, como se ve, disensos perturbadores. Son los disensos entre quienes defienden la vida y quienes escogen opciones menos luminosas, a veces atrapados por lo que Mary Ann Glendon llama la tendencia individualista a proclamar retóricamente derechos infinitos.⁸ De esa tendencia ha nacido en la sociedad chilena, desde aproximadamente unos quince años, el polo antiteísta, receloso de la tradición, pregonero de la moral liberal progresista, tan del gusto de ciertas corrientes jurídicas constituidas en auténticos consulados latinoamericanos del pensamiento político anglosajón de "avanzada".

Al calor de las controversias suscitadas por esta tendencia de raíces nihilistas inconfesadas, propia del mundo burgués de la buena vida, del consumo fatalista

⁷ La contestación *in radice* de las técnicas de control artificial de la natalidad por ser contrarias al orden natural y a la Ley de Dios es doctrina de la Iglesia Católica, sistemáticamente formulada desde los tiempos de Pío XII. Es la encíclica *Humanae vitae* de Paulo VI, del 25 de julio de 1968, el documento más célebre al respecto, y también el más polémico, pues pese a los argumentos bastante razonables que incluye, se enfrentó a la corriente clerical progresista que pretendía deslavar la tradición magisterial pontificia sobre la moral conyugal, especialmente en los EEUU, Alemania y Francia. Con el tiempo, la línea magisterial de la Iglesia no cambió, pero la corriente innovadora ha tomado cuenta de gran parte de la estructura de la Iglesia, desfigurando la auténtica noción de pecado y demoliendo la ascesis cristiana, por lo que los católicos en general, sumidos en el naturalismo, ya no tienen ni convicción ni les parece que tienen fuerza para seguir la postura tradicional tan fuertemente opuesta al mundo moderno. A lo sumo, son una mayoría obligados a ser minoría.

⁸ Cfr. Glendon, Mary Ann, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, N.Y., 1991; especialmente los capítulos 2 y 7 ("*The Illusion of Absoluteness*" y "*Refining the Rethoric of Rights*").

y del lucro interminable,⁹ se viene relativizando el valor de los más sagrados derechos: el de la familia y el de la vida. En este último ámbito, se ponen en duda dos aspectos indiscutibles en su propia área metodológica: el dogma jurídico –“La Constitución, en Chile, protege la vida del que está por nacer– y la evidencia científica –“los fármacos que tienen como base el levonorgestrel de 0,75 mg pueden producir efectos abortivos”.

II. La decisión del Tribunal Constitucional

Con fecha 18 de abril de 2008, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la acción de constitucionalidad que le fue planteada. Se diría que la división de la sociedad también alcanzó a afectar el consenso dentro del cual dicho órgano acostumbra resolver las cuestiones que le son sometidas. Pues a pesar de que la sentencia fue favorable al derecho a la vida del *nasciturus*, se registraron tres votos disidentes.

A este propósito, es curioso observar que la postura más nítidamente desfavorable al *nasciturus* no proviene de alguna persona o institución externa al Tribunal, sino de uno de sus propios miembros. En efecto, en su voto disidente, el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake llega a sostener 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*”. Estos postulados, por cierto, no son novedosos, y más que reflejar nuestra realidad constitucional parecen inspirarse, en su núcleo implícito, en ideas parecidas a las sustentadas hace décadas por autores como Warren, Singer, Tooley o Hoerster.

Centrémonos por ahora en la resolución que nos ocupa. La extensión y la heterogeneidad de los tópicos abordados por la sentencia del Tribunal Constitucional es bastante amplia. Es necesario, por tanto, que la estudiemos organizando las materias de tal modo que no perdamos su trabazón sistemática a expensas del esfuerzo sintético. Por ello, hemos entresacado los párrafos que nos han parecido más expresivos y los hemos agrupado en distintas secciones.

Desde un punto de vista lógico, la decisión del tribunal presenta una estructura bastante adecuada. Sus antecedentes de hecho y de derecho se van sucediendo

⁹ Un interesante análisis de las tendencias turbadoras de la sociedad actual, en Lipovetsky, Gilles, *Le bonheur paradoxal*, Gallimard, París, 2006; edición en español con el título de *La felicidad paradójica: ensayo sobre la sociedad del hiperconsumo*, de Anagrama, Barcelona, 2007.

unos tras otros, después de haber expresado, de manera clara y distinta, lo que ellos tienen de medular. Nosotros los presentamos a continuación, esquematizados en títulos y párrafos, para facilitar su mejor comprensión:

1. Naturaleza del presente conflicto constitucional. Necesidad de un control concreto de constitucionalidad.

a) "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 aquella de máxima jerarquía positiva".¹⁰

b) "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".¹¹

2. Fuente jurídica que se impugna y su contenido

a) "Lo que se impugna es el Decreto Supremo N° 48, del Ministerio de Salud, de 26 de enero de 2007".¹²

"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".¹³

b) "Que, para los efectos de decidir sobre la constitucionalidad del decreto supremo impugnado (...), 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

¹⁰ Considerando vigésimo primero.

¹¹ Considerando vigésimo primero.

¹² Considerando vigésimo segundo.

¹³ Considerando cuadragésimo.

Fertilidad, integrantes del aludido decreto supremo, y que los parlamentarios requirentes objetan en estos autos".¹⁴

3. Naturaleza de la "anticoncepción hormonal de emergencia"

a) "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".¹⁵

b) Pero hay que precisar. "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".¹⁶ Por ello, "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*".¹⁷

4. Efectos de la "anticoncepción hormonal de emergencia" prevista en el decreto impugnado

a) Es necesario 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".

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".¹⁸

¹⁴ Considerando vigésimo quinto.

¹⁵ Considerando vigésimo sexto.

¹⁶ Cita del informe del Dr. Fernando Orrego. Considerando vigésimo séptimo.

¹⁷ Cita del informe de la Pontificia Universidad Católica. Ídem.

¹⁸ Considerando vigésimo noveno.

b) "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 (...) 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".¹⁹

c) "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".²⁰

5. Los alcances de la controversia científica acerca de los hechos que fundan la cuestión constitucional

a) "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 convenzan 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".²¹

b) "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

¹⁹ Considerando trigésimo primero.

²⁰ Considerando trigésimo segundo.

²¹ Considerando trigésimo segundo.

dispares entre los científicos, lo que ha quedado asimismo en evidencia durante la tramitación del presente proceso constitucional".²²

c) "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".²³

d) "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".²⁴

e) "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".²⁵

6. Trascendencia de una eventual inconstitucionalidad de la política de regulación de la fertilidad del Gobierno, en el orden de los derechos fundamentales

a) "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 orga-*

²² Considerando trigésimo segundo.

²³ Considerando trigésimo quinto.

²⁴ Considerando trigésimo sexto.

²⁵ Ídem.

nismos, 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”*.²⁶

b) *“El problema que se ha venido describiendo adquiere caracteres aun 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.*

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 comercializan²⁷ 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”*.²⁸

7. La controversia científica frente al principio jurídico de la duda razonable

a) Existe *“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”*.²⁹

²⁶ Considerando trigésimo séptimo.

²⁷ Vr. gr. *“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 anhidro, 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”.*

Es interesante también la cita que se hace de la jurisprudencia francesa sobre el punto: *“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”.*

²⁸ Ídem.

²⁹ Considerando sexagésimo tercero.

b) “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”.³⁰

c) *“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”*.³¹

“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”.³²

d) “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.

³⁰ Considerando trigésimo noveno.

³¹ Cita del 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.

³² Considerando sexagésimo cuarto.

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– una eventual vulneración de la Carta Fundamental”.³³

8. Significado dogmático del enunciado del art. 19 de la Constitución Política y su proyección al *nasciturus*

a) “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 trasgresión 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”.³⁴

b) “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”.

³³ Ídem.

³⁴ Considerando cuadragésimo séptimo.

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”.³⁵

9. ¿El *nasciturus* es persona?

a) “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, aquel invocado por los requirentes como transgredido por la norma reglamentaria que se impugna”.³⁶

b) “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”.³⁷

c) “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”*.³⁸

d) “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

³⁵ Ídem.

³⁶ Considerando cuadragésimo octavo.

³⁷ Considerando cuadragésimo noveno.

³⁸ Considerando quincuagésimo segundo.

que nadie pueda privarlo de ella arbitrariamente, lo que permite apreciar una particular coincidencia entre la norma aludida y aquella que se contiene en el artículo 19, numeral primero, de nuestra Constitución”.³⁹

e) “Que la jurisprudencia de otros tribunales del continente se ha expresado en términos similares a los que se han venido explicando”.⁴⁰

f) “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”.⁴¹

g) “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”.⁴²

10. Naturaleza del derecho a la vida

a) “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”.⁴³

b) “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,

³⁹ Considerando quincuagésimo tercero.

⁴⁰ Considerando quincuagésimo primero.

⁴¹ Considerando quincuagésimo.

⁴² Considerando quincuagésimo cuarto.

⁴³ Considerando quincuagésimo quinto.

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”.⁴⁴

c) “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”.⁴⁵

11. Contenido dogmático y aplicación del art. 19 Inciso 2°: “La ley protege la vida del que está por nacer”

a) “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*”.⁴⁶

b) “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, del Código Orgánico de Tribunales, del Código Sanitario, de la Ley 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, modificada por Leyes N°s 19.741 y 20.152, de la Ley sobre Impuesto a la Renta, Decreto Ley N° 824, de 1974. Asimismo, “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 aun 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*

⁴⁴ Considerando quincuagésimo sexto.

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ Considerando quincuagésimo séptimo.

*su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas”.*⁴⁷

c) “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”.⁴⁸

d) “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”.⁴⁹

12. El *nasciturus* tiene, en sentido propio, derecho fundamental a la vida garantizado por nuestra Constitución

a) “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”.⁵⁰

13. Extensión del principio de la “duda razonable” en el ámbito constitucional y su aplicación al caso sub-lite

a) “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 sexagésimo tercero”.⁵¹

⁴⁷ Considerando quincuagésimo octavo.

⁴⁸ Considerando quincuagésimo noveno.

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ Considerando sexagésimo.

⁵¹ Considerando sexagésimo quinto.

b) "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 ésta la materia comprometida en el presente requerimiento. En tal sentido, parece ineludible 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)".⁵²

c) "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".⁵³

d) "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".⁵⁴

⁵² Considerando sexagésimo sexto.

⁵³ Considerando sexagésimo séptimo.

⁵⁴ Considerando sexagésimo octavo.

14. El TC declara que el decreto impugnado contiene normas que efectivamente pueden llevar a afectar el derecho a la vida del que está por nacer

a) 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.

b) 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).⁵⁵

15. Efectos de la declaración constitucional precedente

"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 que-dará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo*".

⁵⁵ Considerando sexagésimo noveno.

“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”.⁵⁶

16. Resolución del Tribunal

Es interesante insertar aquí, en la íntegra, la resolución del Tribunal: “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”.*

III. La Decisión del Tribunal Constitucional, el sentido común y el respeto a la Ley Natural

Voltaire decía que el sentido común era el menos común de los sentidos. Probablemente porque él mismo era un hombre de poco sentido común. Se hizo célebre por sus apologías de la tolerancia y la libertad de expresión –¿cuestión de retórica?– mientras repartía injurias a quienes no pensaban como él. De cualquier forma, es eso que llamamos “sentido común” lo que permite no disociar la retórica de los derechos de la realidad de los deberes.

⁵⁶ Considerando septuagésimo.

Entre los múltiples aspectos destacables de la sentencia que acabamos de analizar figuran, como se ha podido ver, la precisión conceptual y la relación argumental que sirven de base a la declaración –¡tan de sentido común!– de que el *nasciturus* tiene derecho a la vida.

En el esquema argumental de la sentencia pueden reconocerse algunas nociones equivalentes a lo que la filosofía clásica denominaba “Ley natural”, término viejo de una realidad perennemente estudiada, hoy especialmente por la escuela anglosajona del derecho natural, en su reacción polémica contra la prédica liberal e individualista de los derechos fundamentales.⁵⁷

Al respecto, la sentencia en comento afirma que (i) el titular de los derechos fundamentales –en el caso sub lite, del derecho a la vida– son las personas, en un sentido sustantivo; (ii) que la Constitución “asegura” los derechos, no los establece; por lo que éstos vienen a ser un dato previo que se ha de respetar y promover; (iii) que la vida es una realidad independiente del “decisionismo” jurídico, por lo que su protección constitucional se despliega en todas sus etapas de desarrollo.

En otros términos, la decisión del Tribunal Constitucional *hizo justicia*, por cuanto aplicó rectamente los principios y las normas garantísticas de la Constitución, dando primacía a la persona y al bien común, como criterios de razonabilidad práctica. Este modelo argumental permite, sin duda, otorgar una base sólida a los derechos fundamentales, singularmente al derecho a la vida de los más débiles.

IV. Análisis lógico-formal de los modelos argumentativos de la disidencia al Tribunal Constitucional

El estudio de la sentencia que nos ocupa no estaría completo si no se le contrasta con los argumentos de quienes discordaron, sea de la pretensión de los requirentes, sea de la resolución que la acogió.

A este propósito, realizaremos un análisis lógico-formal de dos discursos argumentativos que tienen en común el apoyo a la distribución de la *píldora del*

⁵⁷ Como autores representativos de esta corriente podemos citar, entre otros, a Germain Grisez, John Finnis, Robert George, Joseph Boyle, William May y Patrick Lee. Con diferencia de matices se destacan también Ralph McInerny, Lloyd Weinreb y Henry Veatch. En el mundo germano sobresale Martin Rhonheimer. Para una visión general sobre las ideas matrices de esta orientación, vid. Finnis, John, *Aquinas, Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, 1998; id., *Natural Law and Natural Right*, Oxford University Press, 1980; George, Robert P., *In Defense of Natural Law*, Oxford University Press, 1999; id., *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford University Press, 1992 y Rhonheimer, Martin, *Natural Law and Practical Reason: a Thomist View of Moral Autonomy*, Fordham University Press, N. Y., 2000.

día después. Se trata, en primer lugar, de la postura presentada por la señora Presidenta de la República en sus observaciones al requerimiento, y, en segundo lugar, de los razonamientos que sirvieron de base a los votos disidentes de los ministros señores Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández. El análisis no será exhaustivo, sino referido al fondo de la cuestión, cual es si el fármaco Levonorgestrel vulnera o no el derecho a la vida del *nasciturus*, en los distintos aspectos formulados en cada posición analizada.

En cada uno de los análisis se presentará un comentario que describe y evalúa brevemente el desglose argumentativo de los diferentes discursos y además el esquema argumentativo que los refleja gráficamente. Veremos el punto de vista (PV) y las razones (R) y subrazones que le sirven de apoyo. Ellos a su vez comprenden su propio esquema de justificación que será ampliado en las páginas subsiguientes, para mantenernos en completa fidelidad al pensamiento formulado en cada ocasión.

1. Evaluación y análisis del esquema argumental formulado por la Señora Presidenta de la República

a) Evaluación

La argumentación presentada por la señora Presidenta de la República (Esquema N° 1), consta de un punto de vista central: *“La píldora del día después no vulnera el derecho a la vida”*. Ello se apoya en siete razones diferentes, resumidas en dos grandes grupos: las evidencias científicas y las jurídicas. Las evidencias científicas se estructuran de manera coordinada: *“El fármaco no tiene efectos posteriores a la implantación del embrión”*, *“No se sabe si el fármaco tiene efecto antiimplantatorio”*, y *“Hasta ahora la Ciencia sólo tiene certezas de un embarazo al momento de la implantación, no antes”*. Las evidencias jurídicas se concentran en la *jurisprudencia española*, en la *invocación de dos tratados internacionales*, y en un análisis, por un lado, *interpretativo del artículo 19 N° 1 incisos 1° y 2°*, y por otro, *una corta revisión histórica de la discusión del mismo artículo*.

El punto de vista formulado lo que hace es afirmar la siguiente realidad: *“La píldora del día después no vulnera el derecho a la vida”*. Llama la atención el hecho inmediatamente posterior, cual es el de apoyar esta aseveración basándose en otra conclusión que actuaría como razón principal dentro de la argumentación, y que se expresaría en la duda o la incerteza que desde la perspectiva científica y jurídica existe sobre los efectos del fármaco cuestionado. Es debido a esa incerteza, que se deja al legislador la decisión de concretar desde cuándo se debe proteger la vida del que está por nacer.

Respecto de esto, hemos de notar que una argumentación de este tipo vulnera el modo lógico de proceder ante la realidad: todos convenimos en que si no tenemos certeza de los efectos de nuestra acción, entonces no nos es dable actuar, sino abstenernos de ello. Las sentencias "*in dubio, pro vita*", o aquella más coloquial "*ante la duda abstente*", reflejan de modo efectivo tal situación.

Por su parte, analizando la primera razón (R.1) vemos que sorpresivamente contiene una categórica certeza: *no sería jurídicamente acertado atribuir efectos abortivos a un fármaco que, reconocidamente, no tiene efectos después de la implantación*. Pero se apoya en una razón de incertidumbre (R1.1.1.): los estudios científicos no se han abocado a la investigación de los efectos post-implantatorios. Si la ciencia no se ha abocado mayormente a esta investigación, ¿cómo puede afirmarse entonces este efecto?

La segunda razón (R.2) se acerca más al centro del debate. En ella se alude a la incerteza que existe a nivel científico acerca del efecto antiimplantatorio del Levonorgestrel. Pero no se presentan como respaldo los estudios científicos en que se basan estas afirmaciones. Parece del todo incompleta esta argumentación, más aún si no puede hacerse una reflexión acabada de los mismos que permita vislumbrar las condiciones en las que estos estudios fueron hechos y cuya contextualización admitiría delimitar su rango de acción.

La tercera y cuarta razón (R.3 y R.4) se coordinan más estrechamente. Se fundan en una definición de embarazo, que se fija en el momento de la implantación del embrión en el útero materno. Esta definición es entregada por la OMS, pero es apoyada en la incertidumbre que presentan las actuales técnicas científicas para comprobar la presencia del embrión antes de ese estadio. Que no se pueda detectar esa presencia actualmente no significa que ella no exista. La descripción de la embriología en este punto nos entrega detalles completos, no sólo del momento de la concepción, sino de la travesía del embrión desde las trompas de falopio hasta su implantación en el útero materno. Para que se implante el embrión, primero debe existir ese embrión. La implantación no es sinónimo de comienzo de existencia.

A este respecto, en la cuarta razón (subrazón R.4.1.1.2 y siguientes), se presenta al embrión preimplantado como un ser de individualidad cuestionable. Se mencionan estudios científicos que avalarían esta característica, pero no se citan expresamente. Luego, se afirma que esta característica de la individualidad es un elemento esencial para su protección. Se habla de la individualidad, pero no se dice que ese embrión, siendo individual, está potencialmente capacitado para que parte de sus células den origen a órganos anexos a él, que le sirvan en su desarrollo y crecimiento. Esa totipotencialidad no altera en nada su actual individualidad. No sería prudente tomar una decisión de eliminación total

del individuo porque algunas partes de su cuerpo potencialmente generarán órganos coadyuvantes a su desarrollo.

Los argumentos siguientes se centran en el tema jurídico. En la razón R.5 se descartan interpretaciones provista de los distintos tratados internacionales. Respecto del Pacto de San José de Costa Rica, se alude a una sentencia americana; respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño, se alude al silencio en que se deja el inicio de la vida y por tanto, su protección. Nuevamente, el argumento es basado en una supuesta incertidumbre, en este caso, de los tratados internacionales.

Lo mismo ocurre al citar nuestra Constitución (R.6 y R.7). Se concluye que la Carta Fundamental ha dejado al legislador la configuración legal de la protección del derecho a la vida. En las razones R.6 y subrazones R.6.1 y R.6.2 se evoca la discusión que se llevó a cabo en la génesis de tales disposiciones constitucionales. Una parte es representada por el comisionado Jaime Guzmán, quien afirma que la norma protege el derecho a la vida desde el momento de la concepción, sin importar las eventualidades que surjan de este hecho; y la otra, por el Sr. Enrique Oyarzún, quien toma una postura menos concreta dejando la decisión de la protección del derecho a la vida al legislador. Para esta última afirmación, se proporcionan razones fundadas en la interpretación de los incisos 1° y 2° del Art. 19: consagrarían diferenciadamente estos derechos, dejando al legislador la posibilidad de no considerar delito el "aborto terapéutico" y se aceptaría implícitamente la configuración legal de la protección del derecho a la vida. Para arribar a tal conclusión se citan como ejemplos la legítima defensa y la pena de muerte, donde se ha permitido al legislador suspender esa protección. Y se concluye que, por consecuencia, se debiera dejar esa misma flexibilidad para el inciso segundo, respecto de la protección del no nacido. Es interesante hacer notar que la analogía en que se basa esta conclusión no es del todo acertada, pues faltan los elementos esenciales que constituyen y facultan la configuración legal del derecho a la vida. Además, respecto del aborto terapéutico, no se menciona la definición más acabada que hay sobre este punto y que restringe efectivamente el uso de esta terminología a casos muy específicos y claramente determinados.

b) Análisis del esquema argumental formulado por la señora Presidenta de la República (Esquema 1)

PV: LA PDD no vulnera el Derecho a la vida						
R: La discusión sobre 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.						
R1: No sería jurídicamente acertado atribuir efectos abortivos a un fármaco que, reconocidamente, no tiene efectos después de la implantación.	R2: A nivel científico, aún existe la duda de si la “píldora del día después” afecta o no la implantación del embrión.	R3: No puede hablarse de aborto si no hay certezas de un embarazo.	R4: La definición de una protección del embrión más allá del límite de la implantación sería una cuestión que se ha dejado al legislador.	R5: A nivel jurídico, 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.	R6: Son equivocadas las interpretaciones de los diversos tratados internacionales.	R7: Nuestra Constitución deja al legislador decidir desde cuándo se protege la vida del que está por nacer
R1.1: 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,	R2.1: Porque una serie de investigaciones han encontrado efectos sobre la estructura y/o función del endometrio, y otros, en cambio, no los han hallado.	R3.1: A nivel científico, no existen aún técnicas que permitan comprobar la existencia de un embarazo antes de la implantación. R.3.1.1 R.3.1.2 R.3.1.3 (Ver en la siguiente página)	R4.1: A nivel científico, un parámetro útil para definir desde cuándo se asegura la protección constitucional del que está por nacer, es el momento de la implantación. R.4.1.1: La técnica actual, sólo permite corroborar la existencia de un ser en	R5.1 R5.2 (Ver en la siguiente página)	R6.1 R6.2 (Ver en la siguiente página)	R7.1: Nuestra Constitución no afirma ni descarta que la vida comienza desde la concepción R7.1.1 R7.1.2 (Ver en la siguiente página)

<p>mas no sobre su acción después de la implantación.</p>			<p>gestación a partir de su implantación. R4.1.1.1: Lo afirman estudios científicos R4.1.1.2: R: La individualidad es un elemento esencial para protegerlo. R4.1.1.2.1: el embrión antes de la anidación tiene una alta probabilidad de sufrir alteraciones que pueden hacer imposible la expresión de su individualidad R: lo sostiene algunos antecedentes científicos</p>			
---	--	--	--	--	--	--

(viene de R.3)		(viene de R.5)		
R3.1.1: Dr. Fernando Zegers: "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".	R3.1.2: Dr Enrique Oyarzún: "no existe hasta hoy un método que permita diagnosticar un embarazo antes de la implantación".	R3.1.3: La definición de embarazo de la 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.	R5.1: Autores como 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".	R5.2: El profesor Mario Garrido Montt, ha manifestado que "la doctrina en la actualidad, mayoritariamente, se inclina por determinar que la protección penal procede desde la anidación del óvulo fecundado...".
(viene de R.6)		(viene de R.7)		
R6.1: La Convención Americana de Derechos Humanos no otorga una protección absoluta a la vida desde la concepción. R6.1.1: Lo señala 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. R6.2: La Convención sobre los Derechos del Niño no resuelve el problema de cuándo comienza a otorgar su protección al derecho a la vida. R6.2.1: R: "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". R: Art. 1°. R: En su criterio, tiene por objetivo definir "hasta cuándo" y no "desde cuándo" se reconocen derechos a sujetos en cuanto niños.	R7.1: En su artículo 19, N° 1°, de la Ley Fundamental otorga una protección diferenciada en el inciso primero y en el inciso segundo. R7.1.1: El inciso primero reconoce un derecho subjetivo a la vida a las personas nacidas y R: El inciso segundo establece como deber del legislador el de protección de la vida del que está por nacer. R7.1.2: Si se entendiera que el inciso primero otorga una protección idéntica a nacidos y no nacidos, esto llevaría a considerar que el inciso segundo del aludido precepto constitucional sería irrelevante. R7.1.3: R: (G) "En el primer caso, se trata de consagrar en forma	R7.2: En la Historia de la Formación de la Ley tampoco hay certeza R.7.2.1: Para el comisionado Jaime Guzmán esta norma condenaba el aborto. R7.2.1.1: En la discusión del art 19 N° 1. R7.2.1.2: Sólo acogida por Alejandro Silva Bascañán. R.7.2.2: Para Enrique Ortúzar, se ha querido diferenciar 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.		

	(viene de R.7)	
	<p>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".</p> <p>R7.4: R: 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°.</p> <p>R7.4.1: R: Es el caso del derecho penal, la legítima defensa, en que se exceptúa la protección absoluta de la vida de un ser humano nacido</p> <p>R7.4.2: En cambio, el inciso segundo del mismo precepto constitucional convoca expresamente la regulación legal.</p> <p>R7.4.3: Si se acepta la configuración legal del derecho a la vida respecto del inciso primero, con mayor razón debe aceptarse respecto de este último.</p>	

2. Evaluación y análisis del esquema argumental presentado por los ministros señores Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes

a) Evaluación

Los argumentos presentados se resumen, como se observa en el Esquema N° 2, en un punto de vista central (PV1), que rechaza el requerimiento de inconstitucionalidad del decreto impugnado. La argumentación se basa en un esquema argumentativo del tipo "*Si... entonces*": "*Si las pruebas presentadas por los requirientes son convincentes, entonces se debe aceptar el requerimiento de nulidad del Decreto*". De este modo, el autor fácilmente al negar el antecedente niega también el consecuente que constituye su conclusión.

El análisis sólo ha considerado aquel núcleo argumentativo referido a la suficiencia de la prueba dada como evidencia al tribunal por los requirientes, para atestiguar mediante una duda razonable que el efecto del fármaco Levonorgestrel puede provocar la eliminación del embrión no anidado.

La reflexión se centra en el punto más cuestionable de la argumentación principal (R2.1 en adelante), a saber, en las razones dadas respecto de la insuficiencia de la prueba. La duda razonable, según la presente argumentación, no estaría suficientemente acreditada porque los requirientes han presentado "*un conjunto de opiniones*", aludiendo con esto a la leyenda inscrita en el envase del fármaco cuestionado. Esta leyenda afirma que aquél puede tener efectos abortivos.

Llama la atención que se descarte rotundamente una evidencia afirmada por los propios fabricantes del fármaco y autorizada por el mismo Gobierno. Debe hacerse notar también cómo se tilda de opinión a lo que en realidad es un hecho. Ese tal no lo inventan los requirientes, sino que es proporcionado por los propios farmacéuticos, dando cuenta de una realidad. Es un dato de la causa: el propio fabricante del producto advierte sobre sus efectos. Sin embargo, cuando se lee que la evidencia presentada es un "*conjunto de opiniones*", pareciera que son los requirientes quienes han inventado la leyenda que circula con el fármaco. No puede tildarse de opinión, ni tampoco de sugerencia, a lo que es realmente una advertencia del propio fabricante, autorizada por el Gobierno, de su posible efecto abortivo. Por tanto, la advertencia es real y constituye una duda razonable.

Podríamos pensar en un sinnúmero de casos en los que la leyenda afirma una realidad probable, constatada en el tiempo por las estadísticas. Todos los medicamentos tienen contraindicaciones y posibles efectos en determinados casos. Para quien esté afectado de alguna enfermedad crónica, tendrá buen cuidado de no ingerir medicamentos que "*puedan*" probablemente interactuar con sus

medicamentos habituales; para quienes beben, el aviso de “no conducir” no es una mera opinión, sino advertencia de un riesgo basada en las estadísticas de accidentes producidos e incrementados por quienes hacen caso omiso de ella. Es más, si un funcionario de la ley lo detiene, el conductor no podrá objetar que este llamamiento implica una mera probabilidad sin importancia.

No podemos suponer que la industria farmacéutica pueda considerar este efecto si no fuera una posibilidad real. Lo que sí es una opinión es formular que no hay efectos nocivos, no obstante la leyenda del fármaco que dice lo contrario. Es esta afirmación la que tendría el status de opinión, pues pretendiendo ser una inducción, es una inducción incompleta.

Lo interesante del esquema argumental en comento radica en el intento inteligente, serio y detenido de hacerse cargo del principio de duda razonable que invoca la sentencia. El defecto parecer ser que las premisas caminan más aprisa que las conclusiones. De hecho, en cualquier caso, la duda razonable es un concepto análogo, no unívoco, y la misma jurisprudencia norteamericana –citada con tanta fluidez en este voto disidente– le da graduaciones diversas de acuerdo a las materias sobre las que se proyecta. Del “*beyond a reasonable doubt*” del derecho penal habremos de llegar sin problemas a la “*preponderance evidence*” del derecho civil.⁵⁸

⁵⁸ Vid., vr. gr., Dennis, I.H., *The law of evidence*, Sweet & Maxwell, London, 2ª ed., 2002, pp. 392 y ss; Cooper, S., Murphy, P. y Beaumont, J., *Case and materials on evidence*, 2ª ed., Blackstone Press Limited, London, 1994, pp. 58 y ss; Bojczuk, W., *Evidence textbook*, 5ª ed., HLT Publications, London, 1993, pp. 72 y ss; y Murphy, P., *A practical approach to evidence*, 4ª ed., Blackstone Press Limited, London, 1992, pp. 104 y ss.

b) Análisis del esquema argumental presentado por los ministros señores Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes (Esquema N° 2)

PV: No se debe acoger el requerimiento de invalidar el Decreto Supremo			
R1: Acoger el requerimiento requiere de la convicción, por parte del tribunal, del efecto mortífero de la pildora y del Yuzpe.	R2: No se verifica la convicción del efecto mortífero de la Pdd y del Yuzpe.		
R1.1: 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 o su duda razonable.	R2.1: Basta con que la prueba sea capaz de plantear una duda.		
<p>R1.1.1: Por la necesidad de buen funcionamiento de la democracia y del gobierno y no tanto por efecto de una presunción.</p> <p>R1.1.1.1: Ha de partirse del supuesto de la validez de sus actos constitucionalidad de la norma.</p> <p>R1.1.1.1.1: Los órganos establecidos por la Constitución tienen una determinada legitimidad y un ámbito de competencia.</p> <p>R1.2: La convicción implica que quien impugne un decreto debe acreditar su error o invalidez.</p> <p>R1.2.1: Para ello debe, mediante pruebas, a lo menos sembrar un cierto grado de duda acerca de los supuestos que llevaron al órgano técnico a sus conclusiones científicas de no ser el fármaco mortal o lesivo para la salud.</p>	R2.1.1: Tratándose de derechos fundamentales, y particularmente del derecho a la vida, debe siempre interpretarse la duda en pro del valor de la vida.	R2.1.2: Duda razonable es aquella que supera una mera conjetura y se apoya en evidencia que la sustenta, aunque no alcance el nivel de certeza absoluta.	
	R2.1.1.1: La prueba completa del carácter abortivo exigiría experimentar con embriones para ver si se les da muerte, lo que está ética y legalmente prohibido.	R2.1.2.1: No basta afirmar tal efecto dañino. Es necesario acompañar prueba de la plausibilidad de lo que afirma.	
	R2.1.1.1.1: Tratándose de la imputación de que un fármaco puede producir la muerte, los efectos del hecho son del todo irreversibles.	R2.1.1.1: (Ver en la siguiente página).	

Viene de R.2.1.1	
R2.1.2.1.1: Las evidencias que se han entregado para generar una duda razonable no son suficientes.	
<p>R2.1.2.1.1.1: Se han entregado sólo opiniones.</p> <p>R2.1.2.1.1.1.1: Las leyendas que circulan con el fármaco.</p> <p>R2.1.2.1.1.1.1.1: Ellas sugieren que es posible que el fármaco tenga efectos contrarios a la vida del embrión.</p> <p>R2.1.2.1.1.1.1.1.1: No es evidencia de que ello sea efectivamente así, ni que sobre ello exista una duda razonable.</p>	
R2.1.2.1.1.1.1.1.1: Dan cuenta de no poder descartarse un efecto posible.	<p>R2.1.2.1.1.1.1.1.2: Sugerencia o posibilidad no es lo mismo que afirmar que ello ocurra o sustentar una duda razonable, ni constituye evidencia de ello.</p> <p>R: Probablemente quieren evitar responsabilidad por un riesgo posible acerca del cual el usuario queda advertido.</p> <p>R: Este efecto 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.</p>