

LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS: ASPECTOS NORMATIVOS*

Arturo Fernandois

En este artículo se sostiene que las sentencias pronunciadas en 2001 por la Corte Suprema y en 2004 por un juzgado civil de primera instancia de Santiago, en relación con la llamada píldora del día después, han aplicado perfectamente la Constitución. Ello porque, si se aceptan los supuestos de que la vida humana comienza con la concepción, y que todo medicamento preparado a base de Levonorgestrel puede impedir la anidación del feto, la autorización para la venta privada, o bien la distribución gratuita por el Estado de ese fármaco, pueden vulnerar el derecho a la vida que tiene esa persona humana que está por nacer. Ya que esto configura una amenaza a un derecho fundamental, toda acción del Estado que se involucre en ello —señala el autor— es nula de derecho público.

ARTURO FERNANDOIS VÖHRINGER. Profesor de Derecho Constitucional, P. Universidad Católica de Chile. Master en Políticas Públicas, Universidad de Harvard.

* Artículo preparado sobre la base de la participación en el seminario del mismo nombre, realizado en el Centro de Estudios Públicos el 15 de junio de 2004.

El autor agradece la colaboración para este trabajo del ayudante de investigación Fernando Muñoz León, alumno de 5º año de la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile.

Véanse en esta misma edición el artículo del profesor de derecho Antonio Bascuñán, las ponencias de los doctores Fernando Zegers y Enrique Oyarzún, y los antecedentes relativos a este debate que se incluyen en el *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate” (N. del E.).

1. INTRODUCCIÓN

Hemos sido convocados por el Centro de Estudios Públicos a comentar los “aspectos normativos” envueltos en la distribución gratuita por el Estado de Chile de la llamada “píldora del día después”¹, en adelante, la píldora. Se nos pide, en particular, analizar las sentencias judiciales pronunciadas en la materia por los tribunales chilenos, por ahora condenatorias de la píldora. Se nos invita a evaluar desde la perspectiva constitucional si esas sentencias están correctas o equivocadas, para luego abordar los demás tópicos derivados de este apasionado debate.

1.1. Constitucionalismo real, hipotético y píldora

En primer lugar, agradezco al CEP por su invitación a este prestigioso centro de estudios y políticas públicas. A continuación, permítaseme una primera prevención, que resulta fundamental para una comprensión adecuada de nuestra presentación. No he concurrido a este seminario como biólogo, científico, médico ni teólogo. Nada puedo aportar en dichos campos del saber. Lo hago como constitucionalista, promotor de la escuela que hemos llamado del “constitucionalismo real”, por oposición a la del “constitucionalismo hipotético”. Ambas se diferencian en el crucial aspecto del cómo perciben a la norma constitucional, y me temo que esta diferencia se ha desplegado en todo su esplendor en el debate público sobre el tema que nos convoca.

Mientras para el constitucionalismo hipotético la Constitución es un mero parámetro, flexible y mutable, que sirve de simple referencia al ejercicio del poder estatal, para nosotros el precepto constitucional es una norma jurídica propiamente tal, dotada de todos sus atributos: vinculante, coercitiva, que exige o permite conductas más o menos precisas del Estado, y cuyos alcances resultan posibles de desentrañar con objetividad mediante un sistema de interpretación². Creemos que la norma constitucional puede ser dinámica, pero es, en definitiva, Derecho, aún tratándose de las disposiciones de aquellas llamadas *programáticas*, que formulan ideales más amplios de acción para el Estado. Como dice Fried, si no hay cierta predic-

¹ Otros han preferido darle nombres ciertamente más polémicos. Véase Soto Kloss, Eduardo: “La Píldora Asesina ante la Constitución”, 2001, quien la denomina “píldora asesina”, y Ugarte, José Joaquín: “La Constitución y la Píldora Abortiva”, 2001, quien a su vez habla de la “píldora abortiva”. Hemos optado por mantener en este diálogo el apelativo con que es comúnmente conocida la droga en cuestión.

² Sobre este tema hemos hablado en nuestro trabajo “La Corte Penal Internacional y sus Implicancias Constitucionales”, 2003.

tibilidad en el texto de la Constitución y en las sentencias constitucionales, no puede haber doctrina constitucional y tampoco habrá derecho constitucional³.

Por el contrario, nos parece que el constitucionalismo hipotético busca sistemáticamente trasladar al terreno del derecho constitucional el debate sobre la justicia política de tales o cuales preceptos de la Carta Fundamental —lo que de suyo no es reproable— pero en términos tales de llegar a desentenderse completamente de esos preceptos si su evaluación sobre ellos es negativa, reescribiendo sus términos o sencillamente privándolos de efectos (que es lo mismo que derogarlos). Ésta es una forma de rebeldía civil, enteramente aceptable desde la perspectiva política, pero del todo reproable como método jurídico de interpretación.

El derecho constitucional hipotético no es, entonces, derecho constitucional, sino más bien ciencia política, o en algunos casos filosofía política, respetables y prestigiadas áreas del saber que alimentan el Derecho y lo influyen, pero que son esencialmente distintas de él en los aspectos que he señalado.

Pero volvamos a la píldora del día después. Pienso que la dinámica que describíamos se ha verificado en nuestro tema respecto del artículo 19 N° 1 de la Constitución. Una cosa es *ser invitados a evaluar* la justicia y conveniencia de dotar de mayor autonomía a la mujer embarazada que no ha tenido pleno control de su embarazo, permitiéndole ponerle fin a ese estado. Una cosa es *motivarse a considerar* si una mujer, en circunstancias muy graves, debiera o no ser autorizada a poner fin a una vida humana en sus primeros momentos de gestación, porque esas circunstancias graves son tan compulsivas, que hacerlo de otra forma produciría resultados injustos. Pero otra cosa completamente distinta es sostener que tal autorización es constitucional, esto es, que nuestro sistema normativo actual y vigente acepta y permite esa solución, o incluso la exige, según otros. Esto es lo que hemos escuchado en boca de algunos protagonistas del debate en estos días. Equiparar ambas realidades es borrar de un plumazo el Estado de Derecho, el poder constituyente y en definitiva nuestra democracia.

Ésta es mi primera prevención en esta introducción, y con ella adelanto de alguna forma la conclusión que tenemos sobre el tema de fondo.

1.2. Supuestos biológicos de este análisis constitucional

La segunda prevención tiene que ver con los supuestos biológicos de este debate constitucional. En este tema es imposible trabajar sin supuestos, cuya veracidad no depende de nosotros. Me resulta sorprendente

³ Fried, Charles: *The Constitution in the Supreme Court*, 2004, p. 2.

comprobar cómo la opinión sobre la constitucionalidad de la distribución estatal de la píldora se hace descansar por los abogados en apreciaciones directas sobre realidades intrínsecamente biológicas o farmacológicas. Abogados y periodistas estarían resolviendo si la vida humana comienza con la fecundación o con la implantación, o sobre cuál es el impacto del diálogo epigenético en la configuración de un individuo cromosómicamente distinto. Me parece impropio, pretencioso, no confiable, incompatible con un trabajo científico serio.

A los abogados o juristas, como los que estamos en este panel, sólo nos está permitido operar con las conclusiones que los científicos y la ciencia biológica obtienen en la materia, bajo sus métodos y reglas propias. Nosotros podemos percibir cuáles son las conclusiones más asentadas y aceptadas por la comunidad científica, podemos usar nuestra razón para percibir las más plausibles, constatar cuáles son más discutidas, cuáles menos discutidas y trabajar con esos supuestos. Pero nos está completamente vedado introducirnos directamente en el método científico-biológico que sirve de base a la comunidad científica en su trabajo, para así rechazar las conclusiones de esa comunidad, desestimar unas conclusiones para aceptar otras, tachar de erradas algunas publicaciones, etc. Para eso, tendríamos que haber pasado una vida en un laboratorio, y no en un escritorio.

Es por ello que en esta presentación estamos obligados a trabajar con supuestos. Y lo haremos con dos, uno relativo al comienzo de la vida humana, y el otro relativo a los efectos del medicamento Levonorgestrel.

a) *En cuanto al comienzo de la vida humana*, vamos a usar la conclusión científica que indica que el ser humano individual, con identidad esencial distinta de sus progenitores, comienza con la concepción, esto es, con la unión de los gametos masculino y femenino.

b) *Y en cuanto a los efectos del Levonorgestrel*, vamos a trabajar con aquella conclusión que indica que este fármaco *puede producir* un efecto biológico consistente en impedir la anidación del óvulo fecundado en el endometrio de la madre.

Estos supuestos biológicos son exactamente eso, supuestos. Pueden, de suyo, ser correctos o erróneos. Si fueren incorrectos, evidentemente lo serán también las conclusiones que vamos a formular en esta presentación. Pero tenemos poderosas razones para haber seleccionado estas premisas y no otras como base de nuestro análisis constitucional, como expondré a continuación.

1.3. ¿Por qué hemos seleccionado estos supuestos biológicos?

Expondremos aquí las consideraciones que nos llevan a adoptar los supuestos biológicos anteriores para nuestro comentario constitucional.

1.3.1. Inicio de la vida humana en la concepción

Creo que el primero de los supuestos biológicos señalados es el más firme, el más indubitado y menos cuestionado, y del que difícilmente podemos seriamente desentendernos. En relación al comienzo de la vida humana, la evidencia científica más convincente posible de percibir por abogados, la realidad normativa e interpretación jurisprudencial es abrumadora en cuanto sostiene que ella se produce en el momento de la concepción, desde la fecundación del óvulo o desde “la penetración del espermatozoide en el ovocito, fusión de los gametos o singamia”, como lo describe Ugarte⁴. En este momento, como recuerda la Corte Suprema de Argentina en el considerando 6° de su fallo reprobatorio de la píldora⁵, y citando al Premio Nobel de Biología Jean Rostand, “el hombre todo entero ya está en el óvulo fecundado. Está todo entero con sus potencialidades...”⁶. A partir de ese momento, el embrión dispondría de un código genético propio, dotado de la estructura dinámica necesaria para su desenvolvimiento ordenado, orientado y gobernado hacia el término de su ciclo vital.

Creemos que las conclusiones científicas en el sentido indicado son más cuantiosas en número, más lógicas en su forma de presentarse y más abrumadoramente asentadas que aquellas que proponen la anidación como momento del comienzo de la vida. No voy a citar aquí a las más de 50 publicaciones prestigiosas que he podido directa o indirectamente revisar y que adscriben a la fecundación como el momento en que la vida humana comienza.

Lo que sí corresponde recordar aquí es que nuestro sistema jurídico ha recepcionado uniformemente el punto en el sentido indicado. No cono-

⁴ Ugarte, José Joaquín: “El Derecho a la Vida de la Persona Humana en la Fase Embrionaria y su Protección Constitucional”, Informe en Derecho acompañado por los requisitos al recurso de protección Rol N° 2.186-2001 (Corte Suprema).

⁵ Sentencia de la Suprema Corte de la Nación Argentina, 5 de marzo de 2002, autos caratulados “Portal de Belén-Asociación Civil sin Fines de Lucro con Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, recurso de amparo extraordinario, considerando 5°.

⁶ La Corte Suprema argentina cita a Rostand en *Revista Palabra* N° 173, Madrid, enero de 1980. A continuación, más actualizado, refiere al “célebre genetista Jerome Lejeune, quien descarta que exista diferencia científica entre los términos ‘embrión’ y ‘preembrión’”, a su vez citado en fallo de la Suprema Corte del estado de Tennessee, “Davis Jr. Lewis v. Davis Mary Sue”, 1 de Tennessee, J. A., 12 de mayo de 1993, p. 36, todo en referencia citada nota 5.

comos ningún antecedente normativo ni jurisprudencial que haya optado por cambiar el criterio o supuesto biológico consistente en que la vida humana ha comenzado con la concepción.

En cambio, a favor del inicio de la vida en el momento de la concepción se acumulan, más bien se apilan cuantiosamente, muchos antecedentes jurídicos imposibles de evadir. Cito algunos. En la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (en adelante CENC o comisión constituyente), el Presidente don Enrique Ortúzar, si bien firme partidario del aborto terapéutico, reconoce que hay vida humana desde la concepción⁷. Nadie en la Comisión rebate esta afirmación; al contrario, algunos comisionados desean incorporarla en el texto mismo de la Carta. Es lo que hizo la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 4.1, al señalar con precisión su texto que el derecho a la vida estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción. Sin compartir la tesis según la cual los tratados internacionales de derechos humanos gozan de rango constitucional, siempre hemos afirmado que tienen valor legal, de norma jurídica perfecta, como lo es en Chile el referido Pacto. De manera que hay aquí un antecedente normativo de carácter legal, similar al artículo 74 del Código Civil, que reconoce la existencia no legal del ser humano —existencia al fin— desde la concepción.

Pero los hay también de tipo jurisprudencial administrativo y judicial, aparte de los fallos que comentaremos. Para este seminario reuní al menos tres dictámenes de la Contraloría General de la República y dos fallos de Cortes de Apelaciones en que, directa o indirectamente, se adopta el criterio del comienzo de la existencia humana desde la concepción.

¿Criterios atrasados? ¿Deben modernizarse? No lo sabemos, pero una cosa es clara: en la interpretación legal de las realidades científicas sobre el comienzo de la vida no hay dos opiniones, sino una única: el ser humano, y el derecho a la vida que le es intrínseco, comienza con la concepción y no después.

Creo que dos problemas afectan a la comprensión de esta realidad. El primero es que una cosa es el comienzo de la vida humana, y otra cosa es el delito de aborto, el concepto de aborto para el derecho penal y la eventual reprochabilidad penal de la mujer que, tomando una píldora, impide la anidación del embrión y provoca su muerte. ¿Ha cometido aborto esa mujer? Algunos sostienen que no, porque, dado que el aborto es la inte-

⁷ Ortúzar Escobar, Enrique, en *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión 90, de 25 de noviembre de 1974, p. 18. Se lee: "...porque no podría desconocer que dentro del vientre materno, desde la concepción, hay un ser humano...".

rupción del embarazo, y sólo hay embarazo a contar de la anidación, entonces no hay delito de aborto. Francamente, esta problemática es irrelevante para nuestra conclusión sobre la constitucionalidad de la píldora; no nos interesa, porque son dos cosas distintas. A la Constitución le interesa la protección de la vida del que está por nacer, más que el encarcelamiento de la mujer que aborta. La vida del *nasciturus* se puede proteger de muchas formas, y sólo una de ellas es la penalización del aborto, por lo cual éstas son dos realidades conceptualmente distintas.

Y el segundo problema para nuestro supuesto es el levantado en la prensa por nuestro contradictor en este seminario, el profesor Antonio Bascañán R. Él toma ciertos descubrimientos científicos y plantea que la vida humana comienza con la implantación, usando un argumento biológico que no habíamos visto previamente. Plantea que la individualidad se obtiene en la anidación, porque hasta ese momento se vienen verificando unos diálogos “epigenéticos” que son indispensables para dotar de identidad esencial al *nasciturus*⁸. Mientras no aparezcan estos elementos —lo que ocurriría después de la fecundación— no habría realmente toda la información genética capaz de desarrollar al individuo único y distinto.

Más adelante nos haremos cargo jurídico de esta propuesta, que nos parece revolucionaria y que sugiere un verdadero terremoto científico. Por ahora basta anotar que esta afirmación biológica puede ser cierta o falsa, pero es nueva, es contraria al sustrato científico con el cual nuestras leyes y fallos se han redactado. Por tanto, es en definitiva una propuesta, una tesis que tiene que combatir e imponerse científicamente por sobre aquella mucho más asentada que sitúa el inicio de la vida en la concepción. Hasta que eso no ocurra, no podemos usarla como un supuesto seguro en nuestro trabajo de hoy.

1.3.2. Los efectos probablemente abortivos del Levonorgestrel

El segundo supuesto crucial para nuestro comentario es el de los efectos farmacológicos del Levonorgestrel, medicamento base de las conflictivas píldoras (Postinal y Postinor-2).

Vamos a reconocer que este supuesto ha resultado muchísimo más controversial que el anterior. Del debate médico surgido con ocasión de la píldora no es posible apreciar una verdad asentada, ni cuantitativa ni cualitativamente triunfadora sobre la otra. Muchos respetables científicos concluyen que el fármaco no produce estos efectos, pero al cabo aparecen

⁸ Bascañán Rodríguez, Antonio: “Embrión Preimplantacional”, *El Mercurio*, martes 8 de junio de 2004, p. A2.

rebatidos por otros científicos tan serios y respetables como los primeros. Esto quiere decir que no estamos seguros sobre los efectos del Levonorgestrel sobre el embrión. ¿Qué hacer?

Creemos que estamos en el campo de las probabilidades. “Es posible” que el Levonorgestrel cause ese efecto, y es posible que no lo cause. Pero hay un elemento desequilibrante. El propio fabricante del Postinal admitió en su informe ante la Corte de Apelaciones de Santiago que su producto “tiene el posible efecto de evitar la implantación del óvulo fecundado en el útero de la madre”⁹.

Este reconocimiento es una verdadera confesión, y tiene mucho mayor valor que todos los demás agentes de este debate. En efecto, el fabricante del producto es quien está mejor colocado para apreciar los efectos del producto que produce y vende. Y es a él a quien debemos atribuirle la mayor honestidad en su opinión o recomendación, simplemente porque, como se comprende por los abogados, es el único que debe responder patrimonialmente por las consecuencias de su producto, a diferencia de nosotros, que somos simples comentaristas¹⁰.

Éste es el elemento desequilibrante, y por ello trabajaremos con este supuesto fáctico: la píldora puede causar el efecto de impedir la anidación del óvulo fecundado (que hemos asumido como una vida humana independiente) en el endometrio de la madre.

Entramos ahora al simple y breve comentario jurídico-constitucional de las sentencias que se refieren a la píldora.

Advertamos desde un comienzo, sin embargo, que si nos mantenemos en un eje motivacional meramente constitucional, este artículo podría ser bastante plano, casi lánguido. De acuerdo a lo recién expuesto, el derecho constitucional chileno vigente ofrece pocas dudas sobre cómo debe juzgarse una resolución administrativa que ordena la distribución gratuita por el Estado de un medicamento que puede resultar abortivo. Como veremos, se trata de un juicio negativo, fuertemente reprobatorio. Es en esta línea que han venido resolviendo los tribunales en las dos sentencias citadas.

⁹ Corte Suprema, sentencia Rol 2.186, 2001, recurso de protección, considerando N° 10. [Véase texto en *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate” en esta edición. (N. del E.)]

¹⁰ En rigor, el laboratorio fabricante reconoce además esta probabilidad al advertir sus efectos en los documentos que acompaña al medicamento. Dice el fallo, “los documentos acompañados a fojas 1055 y siguientes, en especial la hoja informativa que viene en las cajas del Postinor-2, comercializado por el Laboratorio Grünenthal, es posible destacar que en ella se establece claramente ‘Si existe alguna sospecha de embarazo, éste [Postinal] debe ser excluido antes de iniciar el tratamiento’”. (20° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 5.839, 2004.) [Véase texto de la sentencia en *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate”, en esta edición. (N. del E.)]

Pero, por cierto, las ofensivas conceptuales de nuestro contradictor en el seminario organizado por el Centro de Estudios Públicos, el profesor de derecho penal Antonio Bascañán R., nos invitan a internarnos en discusiones que van más allá del derecho constitucional vigente en esta materia. De esta manera son llamados a este diálogo otros tópicos: los efectos biológicos del compuesto químico Levonorgestrel, el comienzo de la vida, la noción de persona, la legitimidad de la penalización del aborto, la experiencia comparada, la posibilidad de promoción del aborto por el Estado, y así muchos otros. En esto se nos está invitando —en realidad— a un debate sobre una hipotética política legislativa futura; e incluso sobre reformas constitucionales que modifiquen la barrera normativa inmediata que hoy impide la píldora, que es el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución. En una democracia no hay nada de malo en esto. Menos aún en que ello se realice en sede académica, mediante el recurso de la persuasión y la apelación a principios y a argumentos técnicos.

De manera que en la primera parte haremos un comentario constitucional sobre la problemática abordada por los diversos fallos, mientras que en la segunda nos abriremos también a pronunciarnos sobre las materias anexas, desde el ángulo lógico, jurídico y de políticas públicas. Indudablemente nos adentraremos en ellas como lo haría un profesor de derecho constitucional; no nos es propia otra forma de hacerlo. Sin perjuicio de ello, lo haremos en el entendido de que aun al margen de esa condición, aun al margen de lo que diga o calle una determinada constitución en un determinado período histórico, hay valores que alumbran como poderosos faros el diálogo que realizamos¹¹. Uno de ellos, quizás el único principio que merezca ser tenido por rígido o intransable, es el derecho a la vida.

1.4. Los pronunciamientos envueltos y el ámbito de nuestro comentario

Hemos venido advirtiendo que, despejados los supuestos fáctico-científicos que hemos individualizado en la extensa introducción, el comentario constitucional será simple, pero no por ello falto de sistematización.

¹¹ Antaño nuestro Código Político no contenía disposiciones como las que hoy se incluyen en su Artículo 19 N° 1. Lo cual no puede significar, de ninguna manera, que la vida no fuera un bien constitucionalmente valorado y protegido. Por ello podemos decir, junto a Cea, que la Constitución de 1980 “declara expresamente asegurados... derechos que estaban sólo implícitos o reconocidos de manera tácita o sólo virtual en nuestros Ordenamientos Supremos anteriores”. Cea, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y garantías*, 2004, p. 94.

Nuestro comentario deberá necesariamente involucrar un juicio —a estas alturas genérico, para evitar extensiones innecesarias— respecto de los tres actos administrativos y las dos sentencias judiciales que se registran en la materia. Vamos a recordar que los actos administrativos autorizaron la comercialización uno, y la distribución gratuita el otro, del Postinal y del Postinor-2¹², respectivamente, sin mayor fundamentación. Las sentencias estimaron esas autorizaciones infractoras del derecho a la vida que contiene la Constitución en el artículo 19 N° 1.

Las sentencias que se han referido a este problema son: aquella de 30 de agosto de 2001, dictada por la Corte Suprema, Rol N° 2.186-2001, que dejó sin efecto la Resolución N° 2.141, de 21 de marzo de 2001, del Instituto de Salud Pública, que aprobó el fármaco “Postinal”. Luego, la sentencia del 20° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 5.839-2004, de fecha 30 de junio de 2004, aún no ejecutoriada, que declaró nula de derecho público la Resolución N° 7.224, de fecha 24 de agosto de 2001, que aprobó el fármaco “Postinor-2”. Y finalmente, cae bajo nuestro comentario la resolución N° 527, de fecha 25 de abril de 2004, del Ministerio de Salud, que ordenó la distribución gratuita del referido “Postinor-2” en todos los servicios de salud bajo su dependencia.

De entre los datos recién señalados, dos hechos han reflatado calurosamente el debate en este año 2004: la Resolución administrativa N° 527 del Ministerio de Salud, que compromete al Estado ya no sencillamente en la autorización de la comercialización privada del Postinor-2, sino también en su distribución gratuita en centros estatales; y la sentencia del tribunal de primera instancia que anula la resolución aprobatoria del Postinor-2.

Vamos a acometer la tarea de comentar las sentencias, pero ciertamente rebasaremos ese límite, respondiendo a los insistentes llamados de nuestros contradictores para reflexionar sobre la temática general del aborto. Como ya hemos indicado, se nos ha invitado a internarnos en discusiones que van más allá del derecho constitucional vigente en esta materia. De esta manera son llamados a este diálogo otros tópicos: los efectos biológicos del compuesto químico Levonorgestrel, el comienzo de la vida, la noción de persona, la legitimidad de la penalización del aborto, la experiencia comparada, la posibilidad de promoción del aborto por el Estado, y así muchos otros. En esto se nos está invitando —en realidad— a un debate sobre una hipotética política legislativa futura; e incluso, sobre reformas constitucionales que modifiquen la barrera normativa inmediata que hoy impide la píldora, que es el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitu-

¹² Postinal y Postinor-2, ambos fármacos preparados en base al componente denominado Levonorgestrel.

ción. En una democracia no hay nada de malo en esto. Menos aún en que ello se realice en sede académica, mediante el recurso de la persuasión e invocación a principios y a argumentos técnicos.

2. ¿QUE DICE EL DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO ANTE LA DISTRIBUCIÓN O COMERCIALIZACIÓN DEL LEVONORGESTREL?

2.1. El artículo 19 N° 1 de la Constitución

Debemos recordar que la más moderna técnica constitucional ha asumido la necesidad de realizar las labores de interpretación de las leyes fundamentales de un ordenamiento jurídico mediante el recurso a los varios métodos de interpretación —gramatical, lógico, histórico, sistemático— e, incluso, de integración. En el presente caso, la lectura de la norma constitucional debe echar mano del texto positivo de la Constitución, de las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), de los Tratados de Derechos Humanos vigentes y que se encuentran ratificados por Chile, y de manera primordial en el sentido protector de las normas pertinentes.

En efecto, sin jamás olvidar que nuestra Constitución ha proclamado en su Artículo 1° que las personas¹³ están dotadas de una libertad y una igualdad radicadas en la dignidad inherente a su condición de tales, la disposición más específica que se refiere al estatuto jurídico del embrión humano es el artículo 19 N° 1 de nuestra Constitución Política de la República (CPR). En ella se asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, disponiendo a continuación en su inciso 2° que “la ley protege la vida del que está por nacer”.

¹³ La discusión sobre si constitucionalmente la condición de persona se refiere a los individuos de la especie humana al momento del nacimiento, por algunos planteada a raíz de la Ley de Reforma Constitucional N.º 19.611, de 16 de junio de 1999 que modifica el Artículo N.º 1 de la Constitución substituyendo el vocablo “Los hombres...” por “Las personas...”, ha de ser desechada en virtud del acuerdo formulado por la Sala del Senado con fecha 3 de marzo de 1999 al tratar dicha reforma constitucional. El acuerdo en cuestión, solicitado por el H. Senador Bombal, expresa en palabras de quien lo presentara que “jamás se podrá desprender de él (del nuevo texto del Artículo 1° de la Constitución) 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”. Dicho acuerdo tuvo por finalidad “dejar constancia en actas para la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional”, de modo tal que “el intérprete pueda citar con autoridad” gracias a un “acuerdo del órgano legislativo con potestad suficiente para crear, interpretar auténticamente, modificar o derogar la norma de que se trata”. Ciertamente, el Senado está constitucionalmente autorizado para adoptar acuerdos de esta naturaleza en virtud del Artículo 49 de la Constitución, inciso final; siendo los únicos acuerdos excluidos de su competencia aquellos “que impliquen fiscalización”, privativos de la Cámara de Diputados.

Esta disposición, inspirada en la redacción del Artículo 75, inciso 1° del Código Civil, debe ser entendida como una directriz competencial y axiológica plenamente vinculante para los organismos constitucionales —como el legislador— e infraconstitucionales o legales —como un instituto, sea de Salud Pública o cualquier otro—, en virtud del principio de vinculación directa de la Constitución¹⁴. El severo lenguaje empleado en este artículo se estructura de manera claramente finalizada hacia un sentido protector del que “está por nacer”, también llamado *nasciturus*. Tal como en otras disciplinas jurídicas se habla del “mejor interés del menor”, o del principio *pro operario*, o también *pro reo*, en el derecho constitucional el Artículo 19 N° 1 de la CPR es el fundamento de otro fuerte principio protector, ciertamente del más alto estatus constitucional, sobre la vida del que está por nacer.

2.2. La reserva legal en materia de protección del que está por nacer

Si se quiere emitir rápidamente un juicio sobre si la distribución de la píldora es constitucional o no, debemos detenernos en las primeras palabras del inciso segundo del artículo 19 N° 1 de la Carta: “La ley”.

Aquí hay un llamado a la ley, al legislador. Esta directriz del artículo 19 N° 1, entonces, no sólo es axiológica, sino también competencial. Esto significa, en primer lugar, que la competencia que la Constitución ha entregado de manera exclusiva y directa al legislador no puede ser reemplazada por la discrecionalidad de otro órgano del Estado; particularmente, por el Estado-Administración. Aquél ha de respetar con la máxima deferencia la labor que le ha sido encomendada al legislador, sin estorbarla ni entorpecerla mediante actos administrativos cuyos efectos se sospechan reputadamente abortivos. No olvidemos que quien tiene un deber, como en efecto lo tiene el legislador, tiene el derecho a poder cumplirlo cabalmente.

Esto no es sino una manifestación del principio conocido en doctrina como *principio de reserva legal*, y que consiste en el acto del constituyente que deposita en manos del legislador, con exclusión de la participación autónoma de la Administración, la función de determinar y aplicar la norma constitucional que le ha sido remitida. El Tribunal Constitucional ha abordado con especial dedicación este principio, y últimamente ha sancionado resueltamente su infracción por actos administrativos¹⁵. Ciertamente

¹⁴ Contenido en el Artículo 6° de la Constitución, el principio de vinculación directa de la Constitución es la expresión fundamental de la supremacía constitucional, a tal punto que fundamenta el sistema de control y justicia constitucional de nuestro sistema jurídico.

¹⁵ Véase el caso llamado “Impacto Vial”, Tribunal Constitucional, 9 de abril de 2003, Rol N° 370.

enlazado con la separación de poderes, este principio no sólo cumple una función en la arquitectura política de nuestra Carta Fundamental, sino también desempeña un importante papel garantista: opera como ámbito de actuación para el legislador y límite de entrada para el administrador.

En efecto, como hemos dicho en otra oportunidad, “la reserva legal cede a favor del individuo, de la persona titular de derechos públicos subjetivos”, puesto que “la reserva legal es en sí misma una garantía conferida por la Carta que obliga al Estado, a favor del individuo”¹⁶. El constituyente ha sido muy celoso en delimitar esta esfera, a tal punto que en virtud del Artículo 61 inciso 2° de la CPR estas materias no son siquiera delegables en el Presidente de la República a efectos de la dictación de decretos con fuerza de ley. En esta situación se encuentran, pues, las garantías constitucionales, de las cuales la primera y más cuidadosamente confiada al legislador es la esfera de protección del “que está por nacer”.

Ahora, ¿en qué consiste la reserva legal en el caso del Artículo 19 N° 1? Básicamente, en especificar la forma en que se cumplirá el deber de proteger la vida del que está por nacer. Esto abarca las protecciones especiales que se proveerán al *nasciturus*, las definiciones biológicas especiales sobre el comienzo de la vida y, en opinión de algunos, la consideración de qué casos especiales y calificados de aborto terapéutico podrían admitirse, despenalizando aquella conducta abortiva¹⁷.

Queda establecido entonces que, ante la Constitución, la única autoridad habilitada para evaluar y calificar el juego de intereses jurídicos de la vida del que está por nacer, frente a los derechos de terceros (la madre, por ejemplo), es la ley.

2.3. El debate de la Comisión Constituyente no contempló posibilidad de píldora ni del aborto puro y simple

El profesor Antonio Bascuñán ha expuesto una tesis en este seminario, y también en sus trabajos escritos, consistente en que la CENC optó por una solución de transacción al redactar el artículo 19 N° 1 del Código Máximo¹⁸.

¹⁶ Fernandois, Arturo: *Derecho Constitucional Económico*, 2001, Tomo I, p. 121.

¹⁷ Señalemos que un proyecto de ley que pretendiera modificar el estatuto jurídico del embrión probablemente entraría en la condición de ley *interpretativa de la Constitución*, al definir los parámetros básicos del inicio de la “persona”, que es la segunda palabra en toda la Carta. Así, este proyecto debería atravesar los requisitos de esta clase de leyes: los quórum previstos por el Artículo 63 de la CPR y el control preventivo a cargo del Tribunal Constitucional.

¹⁸ Bascuñán R., Antonio: “La Píldora II”, en *El Mercurio*, 30 de mayo de 2004, p. A2.

Entre las alternativas extremas de proteger completamente la vida del *nasciturus*, y la de proteger completamente la libertad o autonomía de la madre, Bascuñán propone que la CENC habría optado por una solución intermedia, autorizando al legislador para jugar en ese espacio. Citando un extracto de la sesión 90ª, el profesor transcribe la opinión del presidente de la Comisión: “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”.

Esta tesis de transacción, de ser cierta, podría llevar a concluir —no lo dice directamente Bascuñán— que la píldora está bien autorizada en Chile, y errados los fallos de las Cortes que la prohíben.

Creo que está mal proyectada la opinión de la CENC. A partir de un hecho exacto y correcto, que es la tibieza y falta de resolución de la CENC respecto de la prohibición directa del aborto y la eutanasia en la misma Constitución, se extrae una conclusión hipertrofiada.

En efecto, una lectura rigurosa de las actas de todas las sesiones en que se trató el tema, particularmente de la sesión N° 90, y varios años después también de la sesión N° 407, permite concluir muy objetivamente que: a) la CENC no adoptó acuerdos en la materia, ni siquiera por mayorías relativas, sino que dejó simples constancias de las opiniones divergentes que tuvieron sobre estos aspectos. b) Varios comisionados fueron partidarios, con ciertos matices, de no prohibir el aborto ni la eutanasia directamente en el texto constitucional, a fin de dar al legislador la posibilidad de, ante antecedentes extraordinarios, autorizar el aborto terapéutico, pero sólo el aborto terapéutico o circunstancias tan extraordinarias como ésa. c) Por esa razón, no hubo mayoría para prohibir el aborto en la Constitución, no obstante dos comisionados lo solicitaron directamente (Guzmán y Silva Bascuñán). d) Todos los comisionados estuvieron de acuerdo en que sería sólo el legislador el encargado de apreciar estos antecedentes, mediante leyes que podrían despenalizar ciertas formas muy calificadas de aborto, como el terapéutico; e) Ningún comisionado objetó ni contradujo las varias intervenciones que pusieron en la concepción el comienzo de la vida humana.

Decimos entonces que entre la opinión de la CENC, fragmentada como decimos, y la autorización estatal para comercializar o distribuir el Levonorgestrel hay un feroz abismo, que impide dar licencia de constitucionalidad a la píldora. En efecto, como se ve, ni bajo la opinión de los comisionados más liberales en la materia (Ortúzar y Ovalle) podría entenderse que autorizaron el aborto puro y simple mediante ley, ni mucho menos la píldora mediante actos administrativos. Explicaré en detalle el trabajo de la CENC en esta materia, para que el lector pueda apreciar.

La sesión clave de la CENC es la 90ª, llevada a cabo el 24 de noviembre de 1974. En ella el presidente de la Comisión, don Enrique Ortúzar, se muestra partidario de encargar al legislador el detalle de la disposición. En efecto, él personalmente aprueba el aborto terapéutico (recogiendo la teoría del “conflicto de intereses” que expone hoy el profesor Bascuñán), así como aprobaría el aborto en caso de violación. Siguiendo la misma tesis del conflicto de intereses, rechaza la eutanasia, escenario donde no se observaría dicho conflicto¹⁹.

Por su parte, el comisionado Silva Bascuñán rechaza el aborto terapéutico y niega que haya un conflicto de derechos en la situación denominada “terapéutica”; simplemente, según manifiesta, es una hipótesis donde el “fin justifica los medios”. Un fin indiscutiblemente noble, la preservación de la vida materna, se esgrime acuciosamente como motivo para un fin abortivo y, por lo tanto, homicida. Más adelante reclama que se incorpore la frase del inciso segundo; aunque lo hace en la creencia de que en ella no hay una prohibición directa y absoluta del aborto.

La posición del comisionado Jaime Guzmán también es directa: rechaza el aborto terapéutico e interpreta el silencio de la Constitución —es decir, el hecho de que ésta no habla de aborto— simplemente como una medida de prudencia, pero en ningún caso de permisividad.

En una postura diversa se manifiestan otros comisionados. Evans interpreta el silencio de la CENC como la entrega de la facultad al legislador para despenalizar el aborto terapéutico, pero no así para el “aborto común”. Expresa dudas de si todos están entendiendo lo mismo. Ovalle, por su parte, entiende que el texto del proyecto constitucional es flexible ante el aborto, pero en un marco restringido. Sin embargo, reconoce el influjo de la reserva legal que hemos venido indicando al decir que es “el legislador el que deberá tratar este tema, con acopio de antecedentes, informes técnicos y estudios concretos, que el constituyente no puede tener a la vista” (sesión 90).

Ante esto, Guzmán deplora todas las interpretaciones ajenas al espíritu de la norma. Se manifiesta partidario de que la CPR disponga expresamente la prohibición del aborto y de la eutanasia. Ortúzar, frente a esto, declara su admiración por Guzmán, manifestando que le envidia “esa integridad tan absoluta” (p. 21).

¹⁹ Es destacable, sin embargo, el reconocimiento que hace don Enrique Ortúzar, en la misma sesión de 25 de noviembre de 1974, al principio en cuya defensa se escriben estas líneas; esto es, que la norma del Artículo 19 N° 1 es tan valiosa porque se encamina a proteger la vida y la dignidad de un indefenso, “porque no podría desconocer que dentro del vientre materno, desde la concepción, hay un ser humano”.

En definitiva, tras este cruce de opiniones, la Constancia Final de la CENC en su Sesión 90ª, constancia de que no es acuerdo sino sencillamente el acuerdo de dejar la constancia, es la siguiente: se acuerda hacer constar las opiniones de Evans y Silva Bascuñán, sin que ello perjudique (sin perjuicio de) las opiniones de cada uno. Finalmente, la opinión final de Ortúzar remite la solución al legislador, y limitadamente lo autoriza para que despenalice el aborto en casos “tan calificados como el aborto terapéutico, principalmente”.

Como antecedente adicional, podemos señalar que en la sesión Nº 407, de 9 de agosto de 1978, con la presencia de los comisionados Guzmán, Ortúzar, Bertelsen, Romo, Lorca, Bulnes, se discute sobre la forma en que se está redactando el Memorando de Ideas Precisas, y se reitera aproximadamente lo concluido sobre al aborto, pero con dos detalles: se acuerda reconocer que la persona tiene vida en su existencia intrauterina; y se recuerda que no hubo consenso en la sesión 90ª.

Creemos que Cea acierta cuando dice que, al leer el Artículo 19 Nº 1, si bien existe un margen de maniobra para el legislador, “es nuestra convicción que tan amplia remisión a lo que disponga la ley no puede concluir en una interpretación incorrecta”, toda vez que “el legislador siempre debe cautelar o proteger, incluso preventivamente, la existencia del ser humano que está por nacer y no decidir, como si fuera un asunto discrecional, en qué casos y excepciones, dentro de cuáles plazos, a través de qué medidas o con cuáles condiciones lo hará”²⁰.

2.4. ¿Qué ha resuelto en definitiva el legislador?

El legislador chileno, a nuestro juicio interpretando correctamente el mandato constitucional, ha optado por la penalización genérica y sin excepciones del aborto. Esta voluntad se expresa tanto en el ejercicio del *ius puniendi*, esto es, de sus poderes punitivos, como en la ordenación de los aspectos relacionados con la salubridad. Así, el Código Penal tipifica las conductas del aborto²¹ causado por un tercero con violencia, sin violencia pero sin el consentimiento de la mujer, y con consentimiento de la mujer;

²⁰ Cea, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II. *Derechos, Deberes y garantías*, 2004, p. 95.

²¹ No se recuerda, por quienes alegan la necesidad de implantar una excepción en el caso del aborto terapéutico, que estando el aborto genérico penalizado por el Código Penal, le son tan aplicables como a cualquier otro delito las causales de justificación o de exculpación, de las cuales la más aplicable pudiera ser bajo determinadas hipótesis el obrar impulsado por un miedo insuperable. La diferencia con esta hipotética posibilidad, y con el levantamiento de la prohibición en el aborto terapéutico, es la radical mutación del valor vida que reflejaría,

el aborto preterintencional causado por un extraño; el aborto causado o consentido por la mujer; y el aborto causado por un facultativo en abuso de su oficio²². Por su parte, el Código Sanitario en su Artículo 119 dispone de manera directa y clara que no podrá “ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”²³.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que, a partir de las definiciones del Código Civil sobre el comienzo de la vida —que ciertamente requieren de la concurrencia de otras disciplinas para su mejor entendimiento²⁴—, “esta protección debe darse desde la concepción, estableciendo una presunción de derecho para determinar el día u oportunidad en que se produjo, sin hacer ningún otro cálculo ni descontar tiempo alguno, referido a la anidación del producto de la concepción ni a ningún otro fenómeno que pueda producirse con posterioridad a la fertilización del ovocito por el espermatozoide”²⁵.

Las medidas conservativas respecto del que está por nacer, ordenadas en virtud del Artículo 75 del Código Civil, abarcan “todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrá”. El lenguaje es muy

relajándose enormemente la ponderación que en la actualidad realiza nuestro sistema de aquél. No es lo mismo el obrar de quien obra en circunstancias excepcionalísimas, convencido de la necesidad circunstancial pero profunda de su acción abortiva, que la del facultativo que se dedica a ello sabiéndose amparado por una autorización legal bajo la etiqueta “terapéutica”.

²² Código Penal, Libro II, Título VII, de los “Crímenes y Delitos contra el Orden de las Familias, contra la Moralidad Pública y contra la Integridad Sexual”. En la actualidad está en tramitación un Proyecto de Ley, presentado por moción el 20 de junio de 2002 mediante el Boletín N° 2978-07, que tiene por objeto modificar el Código Penal en el delito de aborto trasladando dicho delito desde el título ya indicado a aquel que se refiere a los delitos contra las personas, entre otras materias. En palabras de los diputados autores de la moción, tal ubicación se traduce en un vicio formal de inconstitucionalidad, debiendo “encontrarse entre los delitos en contra de las personas”, “en atención a que el bien jurídico protegido es el mismo (la existencia humana), y no existe diferencia cualitativa, entre la vida antes y después del parto: ambas son humanas y dignas de idéntica protección”.

²³ Decreto con Fuerza de Ley N° 725, Código Sanitario, Libro V, “Del Ejercicio de la Medicina y profesiones afines”.

²⁴ En esto nos hacemos cargo de la advertencia de Ugarte, quien nos recuerda que, si bien es indudable que el concepto de persona es determinante para la ciencia jurídica, la “determinación de cuándo comienza la persona humana pone en juego una doble competencia; la de la Biología y la de la Filosofía. Porque es propio de la Biología decir cuándo empieza el sujeto biológico hombre, y pertenece a la Filosofía, sobre la base de los datos biológicos, decir —con la más estricta sujeción a ellos—, en el plano de los primeros principios, cuándo empieza la persona humana, o si se quiere, cuándo el sujeto biológico hombre es persona humana”. Ugarte, José Joaquín: “El Derecho a la Vida de la Persona Humana en la Fase Embrionaria y su Protección Constitucional”, 2001.

²⁵ Considerando 19° de la Sentencia de fecha 30 de agosto de 2001, Corte Suprema, Rol N° 2186 01. [Texto de la sentencia se encuentra en *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate”, en esta edición de *Estudios Públicos*. N. del E.]

similar en su amplitud al empleado por el constituyente en el Artículo 20. El valor interpretativo de esta disposición, en el contexto de la legislación nacional, es enorme. El juego entre el 19 N° 1 de la CPR, cuyo lenguaje según hemos visto no es descriptivo sino imperativo, y el artículo 75 del Código Civil determina la actitud que deberá tener el órgano encargado de la adjudicación en escenarios de discrepancia —esto es, el tribunal— y la oportunidad en que actuará. ¿Cuál deberá ser su actitud? Deberá adoptar toda providencia conveniente en su opinión en defensa de la vida del que está por nacer. ¿Cuándo? Cada vez que crea —de manera fundamentada, no caprichosa— que de algún modo peligra.

En suma, el legislador chileno no ha abierto espacio alguno para el aborto, ni para ninguna acción que pueda terminar con la vida del que está por nacer. Ahí están el Código Penal y el Código Sanitario, que terminó con el aborto terapéutico en 1989. En rigor, lo único que el legislador podría llegar a hacer sin vulnerar el espíritu constitucional, es reponer el aborto terapéutico, que, sabemos, en realidad ya no existe en medicina, como lo recordó el propio Presidente Lagos²⁶.

2.5. La píldora se ha autorizado por actos administrativos

Estamos entonces en el siguiente punto: la Constitución formula su mandato para proteger la vida del que está por nacer, este mandato obliga a los órganos del Estado y a todas las personas, este mandato puede ser interpretado y materializado únicamente mediante leyes, las que, en circunstancias muy excepcionales, se sostiene por los integrantes más liberales de la CENC, podrían llegar a despenalizar el aborto terapéutico. Además, hemos asumido el supuesto de que la vida comienza con la concepción, y que el Levonorgestrel puede causar la muerte del embrión.

Entonces, si es la ley la que debe resolver este tema, ¿qué ocurrió con la píldora? Pues bien, fue autorizada por meros actos administrativos, de segundo orden.

En efecto, el primero de ellos fue la Resolución del Instituto de Salud Pública N° 2.141, de 21 de marzo de 2001, que autorizó la circulación del fármaco Postinal. Esta autorización fue dejada sin efecto por la sentencia de la Corte Suprema de 30 de agosto de 2001, recaída en recurso de apelación de Recurso de Protección Rol N° 2.186-2001.

²⁶ Lagos E. Ricardo, en entrevista de televisión de 29 de enero de 2000, en el programa llamado “Programa 19” de televisión mexicana, dice: “El aborto terapéutico, tú te darás cuenta, de que después de buena discusión de cuantos casos de aborto terapéutico hay y te dicen que, con el avance de la ciencia, en un millón de casos hay un aborto terapéutico, esto es absurdo.” En página web: www.esmas.com/televisa

La siguiente intervención administrativa, dictada a pocos días de que la Corte Suprema emitiera su pronunciamiento, fue la Resolución del mismo Instituto de Salud Pública²⁷ N° 7.224 de 24 de agosto de 2001, que se materializó en la autorización concedida al Laboratorio Grünenthal para comercializar la píldora. Ella fue declarada nula de derecho público por sentencia del 20° Juzgado Civil de Santiago de Santiago, con fecha 30 de junio de 2004.

Finalmente, debemos señalar como ulterior actuación administrativa la Resolución Exenta N° 527 del Ministerio de Salud, de 25 de abril de 2004, que dispone —mediante la instrucción denominada “Normas y Guía Clínica para la Atención en Servicios de Urgencia de Personas Víctimas de Violencia Sexual”— la distribución en los centros asistenciales de la píldora, radicalizando la arbitrariedad de su actuar.

Se ha burlado entonces la reserva legal, que según hemos dicho “tiene una génesis abierta, formalmente transparente, pluripersonal, basada en la discusión controversial y sometida a contrapesos formidables”. La potestad reglamentaria, por el contrario, tiene una filosofía distinta; sus normas “emanan de una sola persona, en un proceso deliberadamente inconsulto ante la Constitución y que por definición no es transparente —aunque pueda ser voluntariamente prístino y mancomunado— y en que la categoría de sus contrapesos institucionales es por definición inferior a la potestad legislativa”²⁸.

Hay ciertamente una desviación de poder cuando el “categórico fallo (de 30 de agosto de 2001 de la Corte Suprema) ha sido desestimado por una práctica administrativa consistente en autorizar la distribución de sustancias iguales o equivalentes pero con un nombre comercial distinto”²⁹. Las infracciones sucesivas del Ministerio de Salud pueden ser caracterizadas de la siguiente manera: primero, autorizar la venta de la píldora abortiva en lugares privados; segundo, imponerla en el sistema de salud público.

En síntesis, ¿qué hemos tenido en relación al Levonorgestrel? Simplemente dos actos administrativos, ni siquiera propios de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, que han autorizado la comercialización del Postinal (2001) y la distribución gratuita del Postinor-2 por parte del Estado (2004). Dos actos administrativos de rango menor, caren-

²⁷ Que en aquel momento, no lo olvidemos, era parte en el anterior juicio, el cual estaba en estado de dictarse sentencia.

²⁸ Fernandois, Arturo: *Derecho Constitucional Económico*, 2001, p. 122.

²⁹ Cumplido, Francisco, Humberto Nogueira, Jorge Precht *et al.*: “La ‘Píldora del Día Después’, los Derechos Humanos y la Constitución Política”, *El Mercurio*, Cuerpo D, 9 de mayo de 2004.

tes de toda fundamentación, incluso vulneratorios del principio administrativo de la motivación.

¿Qué es esto? ¿No habíamos concluido que la Constitución encargó al legislador los parámetros bajo los cuales el *nasciturus* podría ser protegido?

He aquí entonces un primer vicio constitucional claro, irrefutable, de ambas resoluciones administrativas, y que sostiene férreamente los fallos de la Corte y del 20° Juzgado Civil de Santiago ya citados.

2.6. Los fallos de 2001 y 2004

Es así como llegamos a las sentencias que han declarado a la píldora como contraria a la Constitución. Nada distinto podían realmente hacer con las leyes vigentes y los principios constitucionales que obligan a los jueces por mandato de los artículos 6° y 7° del Código Magno.

Se puede invitar a los tribunales a ser creativos, a ser audaces, pero no se los puede forzar a vulnerar preceptos constitucionales y principios tan claros, como los que hemos revisado. Por eso, las sentencias han sido correctas, fundadas y plenamente ajustadas al estado de derecho³⁰.

La jurisprudencia ha recogido los argumentos planteados en dos procesos de origen constitucional: la acción de protección, y la nulidad de derecho público. En primer lugar debemos reseñar la acción de protección resuelta en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 850-2001 (Octava Sala). En ella, la ministra Amanda Valdovinos redacta el fallo de mayoría, que rechaza el recurso por no ajustarse en opinión de la Corte a las exigencias constitucionales y del auto acordado de tramitación de recurso de protección, al estar dicho recurso incoado en nombre de “sujetos todos indefinidos y faltos de la concreción indispensable que la ley exige para ser titulares de la acción de protección” (considerando 9°). La ministra María Antonia Morales, quien actualmente integra la Corte Suprema, redactó su disidencia señalando que el Instituto de Salud Pública, “como órgano del Estado está obligado a someterse a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, por lo cual “incurrió en manifiesta ilegalidad al dictar la resolución impugnada”.

³⁰ Recordemos que la sentencia de primera instancia en el recurso de protección Rol N° 580-2001, que lo rechaza para luego ser revocado por la Corte Suprema, está fundado en argumentos formales. Estimaron los jueces que el tema no era propio de protección, sino de juicio de lato conocimiento. Por tanto, ni siquiera este momentáneo éxito judicial se basó en consideraciones de fondo sobre el derecho de la mujer a su propia autonomía, por sobre la vida del *nasciturus*. [Véase texto del fallo en *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate”, en esta edición. (N. del E.)]

La apelación de dicho fallo fue vista por la Corte Suprema bajo el Rol N° 2.186-2001. En ella se revirtió el restringido alcance que el tribunal *a quo* había otorgado a la vía de protección. Para el máximo tribunal, no es necesario llegar a defender la procedencia de una acción popular, toda vez que “el medio o arbitrio procesal que constituye el recurso de protección se encuentra establecido en términos muy amplios, precisamente para amparar y resguardar el ejercicio de aquellos derechos que se estiman máspreciados por los individuos o la persona humana sin distingo de ninguna naturaleza” (considerando 2°). Destacable es la lectura que hace en el considerando 5° del Artículo 75 del Código Civil, coincidente con la exégesis que de aquél hemos hecho: “obliga al juez a tomar por propia iniciativa o a petición de cualquiera persona ‘todas las providencias que parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra’”. Pocas veces una disposición legal inclina de manera tan drástica la balanza a favor de alguna de las partes de un litigio. En este caso, el que está por nacer goza de una fuerte presunción en su favor.

En el considerando 17° se resume la doctrina del tribunal: “se hace evidente que el que está por nacer, cualquiera que sea la etapa de su desarrollo prenatal —pues la norma constitucional no distingue—, tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación”.

A continuación, la otra vía de impugnación fue la acción de nulidad de derecho público seguida ante el 20° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 5.839-2004³¹. Aplaudimos la fuerza clarificadora del considerando 9°: “los hechos que han sido sometidos a conocimiento de este Tribunal y sobre los cuales éste tendrá que decidir, se circunscribirán únicamente a la controversia jurisdiccional, esto es, la Nulidad de Derecho Público, situación a la que se abocará esta sentenciadora prescindiendo de cualquier convicción de tipo religioso o contingente”. Nos interpreta plenamente. La protección de la vida del *nasciturus* no es un problema de creencias o convicciones personales o religiosas. Éste es un tema de realidades científicas y de derecho constitucional.

³¹ En el intertanto, la Suprema Corte de Justicia de Argentina emitió el ya citado y análogo pronunciamiento sobre la píldora del día después en su sentencia de 5 de marzo de 2002. Allí declara que “se hace lugar a la acción de amparo y se ordena al Estado Nacional —Ministerio Nacional de Salud y Acción Social, Administración Nacional de Medicamentos y Técnica Médica— que deje sin efecto la autorización, prohibiendo la fabricación distribución y comercialización del fármaco”. Señala que “esta solución condice con el principio *pro homine* que informa todo el derecho de los derechos humanos”.

Creo que este fallo en juicio ordinario de nulidad de derecho público, junto con su acierto sustantivo por las razones que hemos expuesto, traerá una aún mayor consolidación a este instrumento procesal de control de la constitucionalidad.

2.7. El valor del derecho constitucional comparado

Por último, permítanseme dos líneas para una reflexión antes de las conclusiones. Nuestros contradictores suelen invocar el derecho y la jurisprudencia constitucional comparada norteamericana y europea, tolerante del aborto con diversos matices.

Reconozco que países civilizados y respetables como Alemania y Estados Unidos han abierto la puerta para las píldoras de toda clase y en definitiva para el aborto, fundados en el derecho de la mujer a su privacidad, a su autonomía, y a otra serie de llamados “valores”. Reconozco también que son sistemas jurídicos respetables, en muchos aspectos paradigmáticos para Chile.

Pero mucho cuidado con pretender que estas sentencias extranjeras, redactadas por seres humanos, aprobadas con estrechas mayorías (particularmente en EE.UU. las famosas *Roe v. Wade*, de 1973, *Casey*, de 1992, pero también en Alemania la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 1993), puedan estimarse infalibles piezas del desarrollo jurídico de la humanidad. No lo son y hay que apreciarlas en su mérito. Famosas sentencias de la Corte Suprema norteamericana han sido celebradas en su tiempo y devinieron infames equivocaciones con posterioridad, que aún avergüenzan al derecho.

Piénsese en el caso *Dred Scott v. Stanford*, de 1857, que resolvió que los afro-americanos no eran ciudadanos, sino propiedad de sus amos, prohibiendo al Congreso legislar para erradicar la esclavitud. Piénsese en *Plessy v. Fergusson*, de 1896, que validó la política de la segregación racial, porque no violaría la cláusula de la igual protección de los ciudadanos. ¿Qué va a decir la historia de *Roe v. Wade*? Hoy, en las aulas norteamericanas ya se le reconoce como una muy mala sentencia, incoherente, que no se fundó en precedente alguno y por resultar en consecuencia poco prolija, a diferencia de *Casey*. Recuerdo estar sentado en una sala de Harvard cuando el redactor de la sentencia y ex alumno de esa universidad, Joseph Blackmun, visitó la Facultad de Derecho. Estando pronto a la jubilación, la ovación de los estudiantes al anciano juez fue inmensa, pero más se le agradecía la “dicha” de haber conferido tal cantidad de poder a la

mujer embarazada, que se le felicitaba por su obra jurídica. En mi opinión, no sería extraño que en el futuro estas sentencias se reviertan gradualmente³².

En fin, invito a evaluar la jurisprudencia comparada en su propio mérito, más que en su fuerza institucional.

2.8. Conclusión ante el derecho constitucional chileno

En definitiva, hemos repasado los argumentos que nos permiten sostener que la píldora del día después resulta atentatoria del derecho a la vida de la persona humana existente en el óvulo fecundado, y por tanto, intrínsecamente inconstitucional cualquier acción del Estado que autorice, promueva u obligue su uso por los habitantes de Chile.

3. LAS PREMISAS DEL PROFESOR BASCUÑÁN:

¿SON ADMISIBLES ANTE EL DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO?

3.1. Síntesis de los planteamientos de Antonio Bascuñán Rodríguez

Estimamos cumplido nuestro trabajo en cuanto a comentario sobre los aspectos normativos-constitucionales de la píldora. Pero esta presentación no estaría completa si no nos hacemos cargo de los inquisitivos argumentos del profesor Antonio Bascuñán en respaldo de la licitud de este fármaco.

Las nuestras tendrán que ser reflexiones excesivamente breves, y nos excusamos ante los asistentes y lectores por ello, pero se ha extendido demasiado la primera parte. No puede ocurrir lo mismo con ésta.

³² No incursionaremos en la consistencia que dentro de aquellos sistemas constitucionales tiene la solución abortiva, por exceder de los objetivos de este trabajo. Baste recordar, sencillamente, que incluso dentro del sistema constitucional norteamericano las tesis *liberals* sobre el aborto debieran caer frente al espíritu de la VIII Enmienda, que declara como contrarios a la constitución los castigos “crueles e inusuales”. La jurisprudencia de la Corte Suprema, máximo intérprete del texto constitucional norteamericano, ha dicho que los redactores de dicha disposición no sólo pretendieron impedir la inserción de procedimientos y técnicas condenadas en 1789, sino también buscaban prevenir la autorización de “una crueldad coercitiva ejercida mediante otras formas”; por lo que la Enmienda tenía un “carácter expansivo y vital”. *Weems v. U.S.*, 217 U.S. 349 (1910). En definitiva, la VIII Enmienda “debe extraer su significado de los estándares evolutivos de decencia que acompañan el progreso de una sociedad que se dirige a su madurez”. *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958). Resulta difícil de creer que los principios de proporcionalidad y humanitarismo que irradian ésta y otras Enmiendas se satisfagan con procedimientos de destrucción y extracción del feto.

En fin, realizaremos un análisis de los planteamientos del profesor Bascuñán. Como se verá, no opondremos a sus argumentos la “postura oficial católica” que denuncia en su defensa de la píldora³³, sino las reglas constitucionales vigentes en la actualidad en nuestro país. Advierto, eso sí, al propio profesor Bascuñán, que éste es un sumario necesariamente imperfecto de su doctrina, porque no somos sus autores, sino que simplemente nos hemos esforzado por sistematizar sus planteamientos.

3.1.1. En lo conceptual: la exigibilidad diferenciada

Bascuñán plantea que la clave para resolver el tema de la píldora está en avanzar hacia una exigibilidad diferenciada. Ésta tendría que distinguir entre el deber de no matar y el de no abortar en circunstancias extraordinarias, puesto que no son deberes equivalentes. Dice: “En esto no puede haber confusión: el deber de tolerar el embarazo es un deber que no tiene equivalente. No equivale simplemente al deber de no matar”³⁴.

Más adelante veremos una réplica a este argumento.

3.1.2. En lo biológico: la interacción epigenética y el comienzo de la vida en la implantación

He aquí otro argumento de nuestro contradictor. Cuando éste se ve refutado en cuanto al comienzo de la vida³⁵, enarbola la “crisis del paradigma genético”, revolución científica que se habría producido por el “reconocimiento de elementos epigenéticos en la constitución del programa de desarrollo embrionario”³⁶.

Bascuñán detecta en esa anidación supuestos efectos definitorios del ser de la criatura. Pero nadie niega que la implantación sea una etapa importante en la formación del futuro niño. La anidación haría una diferencia porque sólo después de ella operan elementos epigenéticos que hacen que el embrión en parte se “constituya” y no sólo se desarrolle. Así y todo, lo que Bascuñán no es capaz de derribar en el “paradigma genético” es la determinación de la fecundación como hora 0 en el proceso de gestación. Ciertamente, un programa de desarrollo necesita de un medio donde desa-

³³ Bascuñán, Antonio: “La Píldora”, *El Mercurio*, 23 de mayo de 2004, p. A-2.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Por carta a *El Mercurio* del profesor Ventura Jacá.

³⁶ Bascuñán, Antonio: “Embrión Preimplantacional”, *El Mercurio*, 8 de junio de 2004, p. A-2.

rollarse, función que desempeña no sólo el endometrio sino que el conjunto del hábitat gestacional donde se desenvuelve la criatura a lo largo de los 9 meses. Que la implantación es un momento importante, desde luego lo es. Pero lo que es más determinante aún es que ahí no comienza nada que no estuviera ya previsto. Ni algo que ya era deja de ser tal, para pasar a ser otra cosa.

Como ya revisamos, ésta es una propuesta interesante, pero científicamente verde como para pensar que los intérpretes de la Constitución y los funcionarios del Estado puedan aplicarla hoy, en desmedro de la conclusión científica mucho más asentada de la fecundación como hora cero de la persona. Como dice Ugarte, el consenso científico hoy es que “La teoría genética sostiene que desde el momento de la concepción se forma el genotipo definitivo del nuevo ser humano, al originarse el cigoto que es su célula primordial”³⁷. Es ahí donde se constituye el código genético completo, sin inyección de nueva fecundación. El individuo se desarrolla en un proceso dotado de coordinación, continuidad y gradualidad, lo que supone un gobierno intrínseco y un sujeto único.

3.1.3. En lo constitucional: el debate de la CENC y la tolerancia legislativa del aborto

Hemos revisado más arriba este planteamiento, y lo hemos replicado con una análisis detallado de lo que sucedió en la CENC.

Estamos de acuerdo con Bascuñán en que en la CENC no hubo consenso para establecer en forma absoluta la protección desde la concepción, pero tampoco hubo acuerdo para rechazar esa fórmula (sesión 87^a); se remitió al legislador la responsabilidad de regular los detalles de esta materia, dentro del deber general de proteger la vida del que está por nacer (reserva legal). Hay entonces un *statu-quo*; el único fundamento para esta flexibilidad fue la posibilidad del aborto terapéutico, que es sustancialmente distinto al concepto de “derechos reproductivos” y que afirma la medicina ya no existe.

3.1.4. En lo penal: la despenalización del aborto en los casos en que la mujer “no ha tenido control sobre su embarazo”

Finalmente, creemos leer que el profesor Bascuñán propone esta reforma criminal en materia de aborto porque “lo que está en juego es qué

³⁷ Ugarte, José Joaquín: “La Constitución y la Píldora Abortiva”, 2001, p. 7.

sacrificio personal es legítimo exigir a una mujer, incluso por la fuerza”³⁸. No simpatizamos con esa propuesta, simplemente porque evaluamos de forma distinta “el peso” del interés de la mujer frente al “peso” del interés del ser humano que ya existe por nacer. En esto nos separamos radicalmente, pero no puedo descartar la propuesta con ningún otro argumento, en el entendido de que es una propuesta para modificar las leyes, y no para obviarlas.

3.2. Réplica: ¿En qué esfera se ubica la propuesta de Antonio Bascuñán Rodríguez?

En síntesis, para la tesis que venimos revisando, el verdadero problema está en cuánta autonomía personal está dispuesto este país a reconocer a las mujeres en su vida sexual y reproductiva. Dice el promotor de esta tesis que la naturaleza fue injusta en la distribución de la carga reproductiva entre mujeres y hombres, y la ley no puede confirmar esa injusticia. Por tanto, debe conferirse a la mujer un derecho a la “autonomía reproductiva” “en el tiempo previo a la anidación.

Respondemos: el principio de la *exigibilidad diferenciada* no es otro que el de la *no discriminación arbitraria*, o *interdicción de la arbitrariedad* (arts. 19 N° 2 y 20 de la Carta). Este principio exige dar igual tratamiento, someter a los mismos deberes o exigencias de la misma intensidad a quienes se encuentren vinculados por un elemento esencial en relación al fin. Las mujeres embarazadas se encuentran en la misma situación en relación al fin de la ley, por mandato constitucional, que es “proteger la vida del que está por nacer”; pero se encuentran en posición distinta a la del hombre, a menos que se logre embarazar a un hombre.

Mientras la infracción del deber jurídico de no abortar por la mujer produce la pérdida de una vida humana —o en la lógica de Bascuñán una altamente potencial vida humana—, la infracción del deber por el hombre no produce esa consecuencia, porque no está embarazado. Igualmente la ley le exige no producir abortos en terceros. Por esta razón, la intensidad del deber impuesto a la mujer es constitucional y legítimamente superior al del hombre, qué duda cabe, pero el derecho no está llamado a cambiar esta realidad fisiológica.

Creemos que hay aspectos del planteamiento de nuestro distinguido contradictor que resultan especialmente poco convincentes. En su lógica,

³⁸ Bascuñán, Antonio: “Embrión Preimplantacional”, *El Mercurio*, 8 de junio de 2004.

¿por qué conferir derechos reproductivos a la mujer sólo hasta la implantación? Si aceptamos que la exigibilidad de ese deber de no aceptar un embarazo debe ser corregida por la ley, ¿por qué limitar sólo el ejercicio de ese derecho hasta la implantación? ¿Sólo porque ahí nace un *compelling interest* del feto por sobrevivir? Suena tan caprichoso como la división del embarazo en los tres tercios de la sentencia *Roe v. Wade*. Incluso no se entiende por qué la existencia de vida humana en el *nasciturus* haría una diferencia. Si se es riguroso con la misma tesis planteada, podría legítimamente terminarse con el embarazo mientras esté utilizando el cuerpo de una mujer que no lo desea, en cualquier momento de los 9 meses, o incluso una vez nacido la mujer podría desprenderse de él, puesto que el conflicto continuará durante los primeros años de vida.

En fin, pienso que la invitación del profesor Bascuñán es, más bien, a la luz de las polémicas de prensa y de sus ponencias, una invitación a la polémica y eventualmente a la reforma legislativa, probablemente constitucional. A ella estaremos atentos.

4. CONCLUSIONES

Las sentencias pronunciadas en 2001 por la Corte Suprema y en 2004 por un juzgado civil de primera instancia de Santiago, en relación con la píldora, han aplicado perfectamente la Constitución. Ello porque, si usamos los supuestos de que la vida humana comienza con la concepción, y que todo medicamento preparado a base de Levonorgestrel puede impedir la anidación del feto, la autorización para la venta privada, o bien la distribución gratuita por el Estado de ese fármaco, pueden vulnerar el derecho a la vida que tiene esa persona humana que está por nacer. Esto configura una amenaza a un derecho fundamental, y toda acción del Estado que se involucre en ello es nula de derecho público.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bascuñán, Antonio: "Límites a la Prohibición y Autorización Legal del Aborto Consentido en el Derecho Constitucional Comparado". En *Revista de Derecho Público*, 63, 2001.
- Bascuñán, Antonio: "La Píldora". En *El Mercurio*, 23 de mayo de 2004.
- Bascuñán, Antonio: "La Píldora (II)". En *El Mercurio*, 30 de mayo de 2004.
- Bascuñán, Antonio: "Embrión Preimplantacional". En *El Mercurio*, 8 de junio de 2004.
- Cea, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II. *Derechos, Deberes y Garantías*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004.

- Comisión de Estudios de la nueva Constitución Política de la República (CENC): *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República*. Santiago: Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile.
- Corte de Apelaciones: Sentencia, Rol 850-2001, recurso de protección. [El texto de la sentencia se encuentra en *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate”, en esta edición de *Estudios Públicos*. (N. del E.)]
- Corte Suprema: Sentencia, rol 2.186, 2001, recurso de protección. [El texto de la sentencia se encuentra en *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate”, en esta edición de *Estudios Públicos*. (N. del E.)]
- Cumplido, Francisco, Humberto Nogueira, Jorge Precht *et al.*: “La ‘Píldora del Día Después’, los Derechos Humanos y la Constitución Política”. En *El Mercurio*, 9 de mayo de 2004.
- El Mercurio*: “Médicos Aseguran Que Píldora No Es Abortiva”, 9 de mayo de 2004.
- El Mercurio*: “Dos Mujeres Reciben Píldora”, 2 de junio de 2004.
- Fernandois, Arturo: “La Corte Penal Internacional y sus Implicancias Constitucionales”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30 N° 3 (2003).
- Fernandois, Arturo: *Derecho Constitucional Económico*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001.
- Fried, Charles: *The Constitution in the Supreme Court*. Massachusetts y Londres: Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- Silva Bascañán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- Soto, Eduardo: “La Píldora Asesina Ante la Constitución”. En *Ius Publicum*, 7, 2001.
- Suprema Corte de la Nación Argentina: Sentencia del 5 de marzo de 2002, autos caratulados “Portal de Belén-Asociación Civil sin Fines de Lucro con Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”. Recurso de amparo extraordinario. En *Boletín Semanal AICA* N° 2361, de 20 de marzo de 2002.
- Tribunal Constitucional: Caso “Impacto Vial”, 9 de abril de 2003, Rol N° 370.
- Ugarte, José Joaquín: “La Constitución y la Píldora Abortiva”. En *Ius Publicum*, 7, 2001.
- Ugarte, José Joaquín: “El Derecho a la Vida de la Persona Humana en la Fase Embrionaria y su Protección Constitucional”. Informe en Derecho presentado a la Corte Suprema en Recurso de Protección Rol N° 2.186-2001.
- 20° Juzgado Civil de Santiago. Fallo, Rol N° 5.839, 2004. [El texto de este fallo se encuentra reproducido en *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate”, en esta misma edición de *Estudios Públicos*. (N. del E.)]
- Walker, Ignacio: “Píldora del Día Después”. En *El Mercurio*, 30 de mayo de 2004.
- Zapata, Patricio: “Persona y Embrión Humano: Nuevos Problemas Legales y su Solución en el Derecho Chileno”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 15 N° 3 (1988).