

**LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS EN EL BANQUILLO: INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA E IDEOLOGÍA IUSNATURALISTA. Juicio al método de anticoncepción hormonal de “emergencia” por medio de una pastilla de progestina pura- levonorgestrel de 0,75 mg o combinación de píldoras (método “yuzpe”).**

**Presentación \***

Bajo este título, la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo presenta a consideración de la comunidad académica, -y por extensión a todos los profesionales y ciudadanos interesados en reflexionar sobre los temas y problemas de la vida humana- extractos de una sentencia emanada del Tribunal Constitucional de la República de Chile, consistente en una selección de los argumentos que se han desarrollado en el proceso judicial sobre la inconstitucionalidad del método de anticoncepción hormonal de emergencia conocido popularmente con el nombre de la “píldora del día después”.

La información se ha obtenido de la Página Web del Tribunal Constitucional de la República de Chile, de conformidad con las Condiciones de Uso de dicha Página, que autoriza “la utilización, reproducción y almacenamiento de la información contenida en este sitio Web, siempre y cuando ello se haga para fines personales o académicos ” \*\*

Como se apreciará, la selección también ha estado guiada por el interés en resaltar la controversia que se explicita tanto en la sentencia votada por mayoría como en el voto disidente. La teoría que actualmente orienta el trabajo de interpretación de los jueces es la que afirma que la sentencia vale, se legitima, no sólo por su formalidad procesal sino por su calidad argumentativa, es decir por las razones de justificación que se desarrollan a lo largo del discurso de la sentencia y del voto disidente.

Creemos que ambos textos reflejan bien la *vexata quaestio* del derecho y la moral, o la lucha ideológica entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. El tópico iuspositivista del “comienzo de la vida” es el campo propicio, en esta ocasión, para reponer cuestiones éticas, científicas, religiosas, ideológicas, morales y políticas, revelando así la conflictividad que se encierra en el derecho. Además, podremos apreciar el juego

---

\* La selección de los textos y la presentación ha sido elaborada por el Prof. Roque Carrión Wam, Profesor Titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo, a solicitud de la Revista y forma parte del material recopilado para la investigación “La Práctica Interpretativa y la Teoría de la Interpretación y Argumentación en el Derecho”, cuyo primer ejercicio de análisis se publicó en **Anuario de Derecho Penal 2005**, ed: Prof. José Hurtado Pozo, Universidad de Friburgo, Suiza y Pontificia Universidad Católica del Perú.

\*\* [www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl) . Tribunal Constitucional de Chile

argumentativo de las partes como de los jueces, constituyendo así un ejemplo que debe ser tomado en cuenta, muy seriamente, para los estudios de derecho y para la teoría de la práctica jurídica de interpretación de la ley. El texto que publicamos está compuesto por las siguientes piezas del expediente ( Sentencia Rol 740 TCC):

**1. DECRETO N° 48: APRUEBA TEXTO QUE ESTABLECE LAS NORMAS NACIONALES SOBRE REGULACIÓN DE LA FERTILIDAD. DIARIO OFICIAL DE 03/02.07. \*\***

**2. PARTE XVII. ADOPCIÓN DEL ACUERDO (SENTENCIA)**

- I. Consideraciones Generales.
- II. Conflicto Constitucional sometido a la decisión de esta Magistratura
- III. Anticoncepción hormonal de emergencia.
- IV. Protección constitucional de la vida en Chile.
- V. Las Normas Nacionales sobre regulación de la fertilidad y la duda razonable de afectación del derecho a la vida.

**3. VOTO DISIDENTE**, de los Ministros señores Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes.

- I. Presentación
- II. Los problemas constitucionales a resolver
- III. Rechazo de las cuestiones planteadas por las partes
- IV. La alegación de que no puede volver a discutirse una cuestión resuelta por la sentencia ejecutoriada.
- V. La alegación de estar resolviendo una cuestión de hecho, que además constituye una duda científica y se adentra en un debate moral y religioso.
- VI. La consejería y distribución de los fármacos para la anticoncepción de emergencia y el derecho a la vida.
  - A. Supuestos que debe verificarse para acoger el requerimiento.
  - B. Examen del primer supuesto: Los efectos de los fármacos sobre el no nacido. Cuestiones previas indispensables de considerar acerca del asunto planteado.
  - C. La afirmación de que existe al menos la duda razonable de que los fármacos cuyo uso se ordena aconsejar y distribuir puedan impedir la implantación del embrión o de darle muerte antes de la implantación se verifique. Peso de la prueba y estándar de certeza.
  - D. Análisis de la prueba disponible en esta causa acerca de los efectos en el embrión no anidado de cada uno de los dos métodos de anticoncepción cuestionados. Introducción al mismo.
  - E. Análisis de la evidencia disponible en esta causa que alude a los efectos anovulatorios del levorgestrel solo (píldora del día después) y del método Yuzpe.
  - F. Análisis de la evidencia disponible en esta causa relativa a los efectos de los fármacos sobre los espermios y su capacidad de migración.

---

\*\* [www.minsal.cl](http://www.minsal.cl). Ministerio de Salud. Chile

- G. Análisis de la evidencia disponible en esta causa acerca del modo de acción de los métodos anticonceptivos de emergencia sobre la base del análisis de su eficacia en la prevención de embarazos y la posibilidad que actúe después de la ovulación.
- H. Análisis de la prueba acerca de los efectos del levonorgestrel puro en animales disponible en esta causa.
- I. Análisis de la evidencia disponible en esta causa acerca de los efectos de los fármacos de la anticoncepción de emergencia en el transporte tubario del embrión fecundado.
- J. Análisis de la evidencia disponible en esta causa acerca de los efectos de la píldora del día después en la producción de proteínas necesarias para el desarrollo del embrión.
- K. Análisis de la evidencia disponible en esta causa acerca de los efectos de los métodos de anticoncepción de emergencia sobre el endometrio y su capacidad de anidar el embrión.
- L. Los argumentos derivados de la información de organismos extranjeros y de rotulación farmacéutica de la píldora.
- M. Análisis de la evidencia disponible en los expedientes administrativos que autorizaron la circulación y comercialización de la píldora del día después
- N. Conclusión acerca de la prueba recopilada en autos.
- Ñ. No es necesario el examen de los restantes supuestos.
- V. Conclusiones.

#### **1. DECRETO N° 48. REPUBLICA DE CHILE \***

Ministerio de Salud. SUBSECRETARIA DE SALUD PUBLICA. Publicado en el Diario Oficial de 03.02.07

#### **APRUEBA TEXTO QUE ESTABLECE LAS NORMAS NACIONALES SOBRE REGULACION DE LA FERTILIDAD**

N° 48.- Santiago, 26 de enero de 2007.-

Visto: Lo dispuesto en los artículos 1°, 4°, 6°, 7°, 32 N° 6, 33 inciso primero y 35 de la Constitución Política de la República; lo establecido en los artículos 1°, 4° y 6° del decreto con fuerza de ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2763, de 1979, y las leyes N° 18.469 y N° 18.933; en los artículos 5°, 6°, 8°, 9°, 25 y 27 del decreto supremo N° 136 de 2004, del Ministerio de Salud, Reglamento Orgánico de esta Cartera de Estado; lo establecido en el decreto supremo N° 1876, de 1995, Reglamento del Sistema Nacional de Control de Productos Farmacéuticos; lo expuesto en Memorandum A11/N°3226 de 01 de septiembre de 2006 de Jefa de Gabinete de la Ministra de Salud, y lo indicado en la Resolución N° 520 de 1996 de la Contraloría General de la República; la sentencia de 11 de enero de 2007 dictada en la causa Rol N°591-2006, por el Excelentísimo Tribunal Constitucional ; y

---

\* Fuente: [www.minsal.cl](http://www.minsal.cl). Ministerio de Salud. República de Chile.

Considerando:

- 1) Las actividades de Planificación Familiar tienen por objeto lograr una adecuada salud reproductiva integral, con la finalidad de reducir la mortalidad materna e infantil y el embarazo no planificado.
- 2) La regulación de la anticoncepción constituye una política ministerial, que data desde 1967, a través de la formulación de la política de Población y de Salud Pública. Dicha política ha permitido que los matrimonios, las parejas y la mujer tengan un número de hijos con el espaciamiento y la oportunidad deseada.
- 3) El punto de partida de esta política se remonta a 1962, en que el Doctor Gustavo Fricke, entonces Director General del Servicio Nacional de Salud, convocó a una Comisión Asesora en Política de Regulación de la Fecundidad, cuyo objetivo fue el de elaborar estrategias para reducir la alta incidencia de abortos inducidos y sus complicaciones, y disminuir el alto costo asociado a su tratamiento.

Al mismo tiempo, desde la sociedad civil organizada, encabezada por médicos, académicos y clínicos, surgieron iniciativas destinadas a enfrentar la llamada “epidemia” del aborto provocado. Dichas agrupaciones colaboraron desde un principio con el Ministerio de Salud en el desarrollo de las actividades de Planificación Familiar.

- 4) Los hitos fundamentales de esta evolución histórica, pueden sintetizarse en lo siguiente:
  - a) En 1967, durante el Gobierno del Presidente Eduardo Frei Montalva, se formuló la política de Población y de Salud Pública, la cual ha regido desde entonces las actividades de regulación de la fertilidad en el país.
  - b) Los principios fundacionales de esa política fueron los siguientes: 1. Reducir la tasa de Mortalidad Materna, relacionada en medida importante con el aborto provocado clandestino, 2. Reducir la tasa de Mortalidad Infantil, relacionadas con el deterioro del nivel de vida en sectores de población de alta fecundidad, y 3. Promover el bienestar de la familia, favoreciendo la procreación responsable, que permita, a través de una información adecuada, el ejercicio y el derecho a una paternidad consciente.
  - c) En 1968, mediante la colaboración público privada, y encabezada por el Servicio Nacional de Salud se consolida una política nacional “... con el objeto de regularizar y establecer sobre bases legales un programa cooperativo de regulación de la natalidad en todo el territorio nacional”.
  - d) En Octubre de 1976, por Resolución del Servicio Nacional de Salud, se aprobó la norma sobre Encargo de Acciones de Regulación de Fecundidad, que autorizó a las profesionales Matronas, para la prescripción de los métodos anticonceptivos. Esta medida respondió a la escasez de médicos para satisfacer la creciente demanda de servicios de regulación de natalidad, reconociendo la excelente calidad de la formación profesional de las matronas.
  - e) En 1990, durante el Gobierno del Presidente Patricio Aylwin Azócar, se formularon las Bases para una Política de Planificación Familiar. En ella, se indica que “... el Gobierno de Chile reconoce el beneficio que logra la población con las actividades de Planificación Familiar, permitiéndole tener el

número de hijos con el espaciamiento y oportunidad deseada. Por esta razón, se mantiene el apoyo a las actividades de Planificación Familiar en pro del logro de una adecuada salud reproductiva integral”. De esta manera se hizo explícito el respaldo político a estas actividades, cuyos objetivos continuaban siendo promover la salud de las mujeres y los niños y reducir la mortalidad materna e infantil.

- f) El Programa de Salud Materna y Perinatal formulado en 1991, incluyó entre sus actividades básicas, el Control de Paternidad Responsable. Ésta se definía como “...la atención proporcionada a la mujer o a la pareja en edad fértil (entre 15 y 49 años) que desea controlar su fecundidad”.
- g) En el año 1997, durante el Gobierno del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, la Salud Sexual y Reproductiva fue definida como una de las 16 prioridades de salud para el país. En este sentido, se aprobó el Programa de Salud de la Mujer, por Resolución Exenta Nº 879, de 6 de junio de 1997, del Ministerio de Salud, que tuvo como propósito contribuir al desarrollo integral, físico, mental y social de la mujer, en todas las etapas de su ciclo vital, desde una perspectiva que contemplara los diversos aspectos relacionados con la salud de la mujer, con un enfoque de riesgo que contemple la promoción, prevención, recuperación, rehabilitación y auto cuidado de su salud. En este programa el control de la paternidad responsable pasó a llamarse Control de Regulación de Fecundidad, entendiéndose como la atención integral proporcionada en forma oportuna y confidencial a la mujer y/o la pareja en edad fértil que desea regular su fecundidad”.

En ese mismo año, reconociendo el rol fundamental de las matronas en la regulación de la fertilidad, la Ley Nº 19.536 modificó el Código Sanitario para que la planificación familiar dejase de ser una “función delegada”, pasando a ser una “función propia” de la matrona. En la actualidad, estas profesionales realizan más del 90% de las actividades preventivas dirigidas a las mujeres en los establecimientos de atención primaria del sistema público.

- 5) De lo antes expuesto, se infiere que estamos en presencia de una política con tradición e historia. Ella ha sido producto del esfuerzo constante en el tiempo de distintos Gobiernos, y de profesionales del Ministerio de Salud y de otras instituciones. Desde siempre estas normativas han respetado y valorado tanto los aspectos éticos y creencias personales de los profesionales y funcionarios de la salud, como de los usuarios, así como las normas que rigen la *lex artis* de dicho personal. Estas normas, además, han permitido el mejoramiento de todos nuestros índices de salud materno-infantiles.
- 6) Sin embargo, existe la necesidad de establecer normas sobre la fertilidad acordes con los Objetivos Sanitarios para la década 2000-2010, planteadas por el Ministerio de Salud, así como incorporar correcciones para superar las desigualdades existentes entre hombres y mujeres respecto del control y ejercicio de la salud sexual y reproductiva, considerando también la necesidad de aumentar la participación y responsabilidad masculina en ese mismo ámbito. También es necesario realizar un esfuerzo de sistematización de todas las normas técnicas sobre esta materia y actualizarlas.
- 7) En base a esos objetivos de carácter sanitario y fundado en las normas legales que le otorgan la función de rectoría en materia de Salud, el Ministerio de Salud ha desarrollado diversas acciones que permiten dar cumplimiento a los citados objetivos, promoviendo una maternidad y paternidad responsable, con pleno respeto de las creencias y valores de cada persona, y siempre asociado al control de los riesgos que la actividad sexual sin información y sin un adecuado control sanitario del personal de salud, conlleva para las personas.
- 8) Para el debido cumplimiento de las normas, existe en nuestro país un sinnúmero de medicamentos y tratamientos anticonceptivos, aprobados bajo todas las normas legales y reglamentarias vigentes. El Sistema Nacional de Control de Productos Farmacéuticos, aprobado por el decreto supremo Nº 1876, de

1995, exige el registro sanitario de los productos farmacéuticos en el Instituto de Salud Pública como requisito para que ellos sean prescritos por los profesionales habilitados para hacerlo y permitir su distribución en el territorio nacional, tanto en el sector público como en el sector privado, de manera tal que para los productos farmacológicos que cuentan con el mencionado registro se entiende autorizada su comercialización desde el punto de vista sanitario.

- 9) Sin perjuicio de las creencias personales y visiones valóricas propias de cada persona, el Estado, específicamente a través del Sector Público de Salud, debe poner a disposición de las personas todas las alternativas legítimas para el ejercicio responsable y autónomo de su sexualidad; y presentar, con sólidos fundamentos, los diversos métodos anticonceptivos, desde aquellos consistentes en abstinencia periódica, mecanismos naturales de anticoncepción, hasta los de emergencia.
- 10) Es necesario destacar que utilizar algún método de anticoncepción o planificación familiar, o no utilizar ninguno, o elegir entre métodos llamados naturales, farmacológicos o de otro tipo, o entre los distintos mecanismos disponibles, corresponde siempre a una decisión libre, autónoma e informada. El Estado no impone ni obliga a nadie al uso de un determinado método, simplemente pone a disposición de quienes lo soliciten las alternativas que le permitan decidir. El personal de los servicios proporciona información completa, actualizada e imparcial acerca de los métodos, para que las personas puedan escoger aquél que le parezca más conveniente, y ello sea respaldado por el criterio del facultativo. La entrega de mecanismos anticonceptivos, en estas condiciones, no es una oferta cerrada del Estado, pues las personas tienen la opción de decidir si utilizan o no el servicio y cuál es el método que les parece más idóneo.

Existen métodos que operan antes de la relación sexual y otros que operan después, y en este último caso, la acción que realiza el Estado parte de una constatación: que una pareja tuvo relaciones sexuales, no correspondiendo al Estado juzgar esa situación, pues no le corresponde. Sin embargo desde esa constatación surge la necesidad del Estado de convocar a la sexualidad responsable.

- 11) Cabe destacar que al involucrar aspectos de desarrollo personal, emocional, psicológico, afectivo, etc., el Estado, a través de los servicios de salud que otorgan la prestación, debe hacerse cargo de esta dimensión compleja, respetando las convicciones, creencias y proyectos personales, pero ofreciendo las distintas alternativas, informando y permitiendo, en consecuencia, y siempre en el marco de la legalidad vigente, el más pleno desarrollo individual sin restricciones o discriminaciones arbitrarias.
- 12) De ahí que, sin perjuicio de la legítima y necesaria autonomía de los profesionales de la salud y de la aplicación de las reglas propias llamadas *lex artis*, que rigen su actuar profesional, se ha estimado necesario entregar a los profesionales del Sistema Nacional de Servicios de Salud, normas que les orienten de mejor manera en el cumplimiento de su deber de prestar atención de salud a quienes lo requieran; y que obliguen a los organismos e instituciones que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud a tener disponibles para sus funcionarios y usuarios los mecanismos que estas normas consideran.
- 13) Dichas normas contemplan disposiciones especiales que, en un cuerpo sistemático, desarrollan las indicaciones, protocolos y recomendaciones para el cumplimiento de un requisito básico de la implementación de ellas: la correcta consejería profesional. Esta permite a las personas contar con el apoyo profesional que les proporcione la información adecuada, comprensible, equilibrada y oportuna respecto de todos los aspectos biológicos, emocionales, sociales, éticos y sanitarios que se vinculan a la salud sexual y reproductiva y a la búsqueda de una sexualidad –con sus componentes paternidad y maternidad- responsable.

Las personas son libres para decidir si utilizan o no anticoncepción de acuerdo a sus valores personales. Pero si se deciden a emplearlos, esto debe verificarse en condiciones de equidad, seguridad,

- confidencialidad y respeto. Para ello el Estado no sólo entrega un mecanismo, sino también el juicio de un profesional responsable y una consejería destinada a que la persona tome una decisión informadamente. La consejería en salud sexual y reproductiva es una relación de ayuda psicosocial personalizada que se establece entre una persona integrantes de los equipos de salud y quien requiere la prestación, con el fin de fortalecer sus capacidades para tomar decisiones libres, informadas y responsables y coherentes con sus convicciones en materias de uso de anticoncepción. Se trata de una instancia que promueve la reflexión y el aprendizaje significativo para la toma de decisiones.
- 14) Dentro de esta política, es evidente que la población adolescente demanda especial dedicación, toda vez que la prevención del embarazo precoz es un objetivo ético y sanitario prioritario e impostergable, que requiere toda la atención y acción del Estado. La mortalidad aumenta en la medida que la madre es de menor edad. Así, durante el año 2003, fallecieron 17 de los 294 hijos nacidos de madres menores de 15 años; y 335 de los 33.838 hijos nacidos de madres entre 15 y 19 años. La entrega de métodos de anticoncepción para adolescentes constituye un deber de las autoridades, con el fin de prevenir consecuencias tanto para la madre adolescente como para el hijo concebido en dicha etapa de desarrollo de ésta.
- 15) También dicha entrega es necesaria para terminar con la inequidad reproductiva. Al respecto, cabe considerar que la proporción de adolescentes menores de 15 años que refieren haberse iniciado sexualmente es un 18% en el nivel socio económico bajo y sólo un 5% en el nivel alto. La edad mediana de inicio sexual fue notablemente menor en los jóvenes de 18 a 24 años con nivel de instrucción básica que en las con instrucción superior, y en las mujeres de nivel socio económico bajo que en las de nivel medio y alto. Por su parte, el 48% de las madres adolescentes se concentra en el nivel socio económico bajo el nivel de la pobreza y el 74% en los dos quintiles de menores ingresos. Los partos de madres adolescentes se concentran en las regiones y en los sectores urbanos de mayor pobreza en el país. La proporción de nacidos vivos de madres adolescentes con respecto al total de nacidos vivos varía de 6,6 en el Servicio de Salud que atiende la población de mayores recursos económicos del país, a 19,6 en las regiones más pobres y del 1,2 en la comuna más rica de Santiago, a 21,6 en la comuna más pobre. La mortalidad infantil para hijos de madres sin instrucción fue de 34 por 1000 para 1998, mientras que para aquellos hijos de madres con nivel de instrucción superior, fue de 6 por 1000 nacidos vivos. Esto significa que un niño hijo de madre sin instrucción, tiene seis veces más riesgo de morir en el primer año de vida, que aquel del grupo con nivel de instrucción superior. Esta cifra se ha mantenido constante desde la década de los 80.
- 16) La atención de salud de los adolescentes supone que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y el medio primario y natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular, de los niños y adolescentes. Los padres, en el seno de la familia, son los primeros obligados en transmitirles valores y principios a sus hijos, así como convicciones y creencias religiosas. Los padres deberían acompañar a sus hijos a los centros de salud si necesitan un anticonceptivo, como parte de la educación sexual que se les debiera entregar. No obstante ello, si un adolescente requiere atención de salud en materia sexual sin presencia de los padres, el Estado debe prestar la atención requerida. Pero ésta debe proporcionarse por un profesional que ponga especial atención en la madurez y las circunstancias particulares del menor. La confianza entre hijos e hijas y sus padres, su valoración de la maternidad y paternidad, las expectativas y exigencias y la importancia que los padres otorgan a la educación, son aspectos que influyen significativamente en la percepción de la necesidad e importancia de utilizar un método anticonceptivo.
- 17) De acuerdo a lo indicado en el fallo del Tribunal Constitucional citado, por el alcance nacional o de aplicación general a todos los destinatarios de las normas cuyo texto por este acto se aprueba, y su carácter permanente, las presentes normas corresponden, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 32 Nº 6 de la Constitución Política, al ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Por lo expuesto, vengo en dictar el siguiente:

Decreto:

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

2º. Establécese que el texto que se aprueba en virtud de este acto administrativo, constan en un documento de 171 páginas, que se adjunta, y forman parte del presente decreto, cuyo original, debidamente visado por la Subsecretaría de Salud Pública, se mantendrá en poder del Jefe de la División de Prevención y Control de Enfermedades, de la citada Subsecretaría del Ministerio de Salud.

3º. Publíquese en la página web del Ministerio de Salud: [www.minsal.cl](http://www.minsal.cl), el texto de las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad".

4º. Remítase, una vez afinada su tramitación, un ejemplar del texto que establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, a los Servicios de Salud, Establecimientos Experimentales de Salud y a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud de todo el país, a fin que sea cumplida íntegra y obligatoriamente por los organismos, instituciones y los funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de los Servicios de Salud, conforme lo dispuesto en el artículo 2º del decreto con fuerza de ley Nº 1 de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley Nº 2763, de 1979, y las leyes Nº 18.469 y Nº 18.933.

Anótese, tómesese razón y publíquese.- MICHELLE BACHELET  
JERIA, Presidenta de la República.- María Soledad Barría Iroume, Ministra de Salud.- Belisario Velasco Baraona, Ministro del Interior.- Paulina Veloso Valenzuela, Ministra Secretaria General de la Presidencia.

**CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA**  
**División Jurídica**

**Cursa con alcance el decreto Nº 48, de 2007, del**  
**Ministerio de Salud**

Nº 5.425.-

Santiago, 2 de febrero de 2007.

Esta Contraloría General ha procedido a realizar el control preventivo de juridicidad del documento individualizado en el epígrafe, mediante el cual se aprueba el texto que establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, en atención a que éste ha sido firmado por la Presidenta de la República, dando cumplimiento, según se expresa en sus considerandos, a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia rol Nº 591-2006.

Ahora bien, habiendo examinado el decreto de la suma, y teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en su oportunidad en el dictamen Nº 53.137, de 2006, emitido con ocasión del requerimiento que dio lugar a la sentencia recién individualizada, esta Contraloría General ha procedido a tomar razón del mismo por estimarlo ajustado a derecho.

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

Transcribese al Tribunal Constitucional.

Saluda atentamente a Ud., Contralor General de la República Subrogante.  
A la Señora  
Ministra de Salud  
**Presente**

## **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DE CHILE**

### **XVII. ADOPCIÓN DEL ACUERDO \***

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

#### **CONSIDERANDO:**

##### **I. CONSIDERACIONES GENERALES.**

**PRIMERO:** Que el artículo 93, número 16º, de la Constitución Política otorga atribuciones al Tribunal Constitucional para “*resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquéllos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63*”;

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

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

---

\* Fuente: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index/sentencias/download/pdf094>. N° de Rol de la Sentencia: 740. Fecha: 18/4/2008.

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

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

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

*“Si el requerimiento no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 39 de la presente ley, el Tribunal podrá, por resolución fundada, no admitirlo a tramitación. La resolución se comunicará a quien hubiere recurrido.*

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

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

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

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

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

*La sentencia del Tribunal que, al acoger el reclamo, promulgue la ley, rectifique la promulgación incorrecta o declare la inconstitucionalidad de un decreto, se remitirá a la Contraloría General para el solo efecto de su registro. Cumplido dicho trámite, ésta ordenará de inmediato su publicación en el Diario Oficial, la que se efectuará dentro de los cinco días siguientes. Esta nueva publicación, en su caso, no afectará la vigencia de la parte no rectificadas en el fallo”.*

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

**SEXTO:** Que, con fecha 24 de marzo de 2007, el diputado José Antonio Kast Rist, actuando en representación de los diputados que habían suscrito la presentación, hizo llegar un escrito para subsanar la falta de claridad y precisión del requerimiento, a cuyo objeto solicitó a este Tribunal tenerlo por aclarado y precisado

suficientemente para que éste pudiera entrar a conocer del asunto declarando su admisibilidad, lo que esta Magistratura Constitucional aceptó por resolución de 28 de marzo de 2007;

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

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

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

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

No cabe, por consiguiente, excluir en el control de constitucionalidad de la norma sujeta a examen, sea un precepto legal o reglamentario, la consideración de los efectos que ella pueda producir en los derechos fundamentales y que todo órgano del Estado está obligado a respetar y promover en virtud de lo dispuesto en los artículos 5º, inciso segundo, y 6º, inciso segundo, de la Ley Suprema. Así lo ha hecho, por lo demás, el Tribunal Constitucional cuando ha sido necesario para la debida resolución de un asunto, como ocurrió en tres casos en que estaba en juego el derecho a la vida. Tales son las sentencias de 13 de agosto de 1995, Rol Nº 220, requerimiento interpuesto contra el proyecto de ley sobre trasplantes de órganos; de 26 de junio de 2001, Rol Nº 325, requerimiento en que se impugnaba el Decreto Supremo Nº 20, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que introdujo la restricción de circulación a los vehículos catalíticos, y de 26 de

abril de 2007, Rol Nº 577, requerimiento deducido contra el Decreto Supremo Nº 80, de 2006, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que establecía la norma de emisión para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relave al estero Carén.

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

acreditado la existencia de una situación o riesgo que pusiera en peligro el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (considerando 14º).

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

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

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

La propia Presidenta de la República, en el escrito en que formula observaciones al requerimiento, señala que la modalidad de distribución de dichos fármacos contenida en el Decreto Supremo Nº 48, de 2007, del Ministerio de Salud, es adicional a la comercialmente existente en farmacias y establecimientos afines, y que *“se traduce en fijar las condiciones de su entrega gratuita a toda la población, y especialmente al grupo de más riesgo constituido por los adolescentes y jóvenes del país”* (pág. 67 de dicho escrito).

Lo que ha de resolver, entonces, esta Magistratura, es la constitucionalidad de las normas contenidas en un acto administrativo que obliga a los organismos, instituciones y funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, tal como se indica en el Nº 4 del Decreto Supremo Nº 48, de 2007, del Ministerio de Salud, conforme al alcance con que la Contraloría General de la República tomó razón de dicho decreto.

Se trata, como puede apreciarse de su sola lectura, de normas infraconstitucionales dirigidas a aconsejar, prescribir y distribuir gratuitamente, por parte de órganos del Estado, un fármaco, para cuya decisión, por cierto, este Tribunal no puede dejar de considerar los eventuales efectos nocivos que en el derecho a la vida de las personas, desde su concepción, pueda producir su ingesta.

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

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

Sobre el particular, cabe reiterar la jurisprudencia uniforme de esta Magistratura en el sentido de que al Tribunal no le compete decidir sobre cuestiones de mérito y que limitará su pronunciamiento a las cuestiones de constitucionalidad planteadas. Así se señaló, por ejemplo, en la sentencia de 2 de octubre de 2007, Roles N°s. 608, 609, 610, 611 y 612 (acumulados): “ (...) *que su competencia limita en el mérito de la norma en que supuestamente incide el vicio de inconstitucionalidad pues esta Magistratura, al velar por la aplicación efectiva del principio de supremacía constitucional, debe, igualmente, cumplir con los principios establecidos por la Constitución en sus artículos 6° y 7°*”.

Agregó que “*la Carta Fundamental establece órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales, y cuando estos últimos controlan la constitucionalidad de los actos de los primeros, no pueden invadir su campo propio, por lo tanto, les está vedado entrar a calificar el mérito, oportunidad o conveniencia de la norma impugnada, debiendo limitar su pronunciamiento a la conformidad o disconformidad del acto de cuyo control se trate, con los principios, valores y normas constitucionales*” (considerando 13°).

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

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

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

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

**DECIMOTERCERO:** Que, conforme también al escrito de subsanación de defectos, el requerimiento impugnó asimismo la consejería a adolescentes que se da en el marco de confidencialidad sin consentimiento ni conocimiento de los padres, normativa que se desarrolla en la sección D bajo el título “Anticoncepción en Población Específica” en el punto 1 “Anticoncepción en Adolescentes”, y que, a juicio de los requirentes, vulnera el derecho y el deber preferente de los padres a educar a sus hijos, asegurado en el artículo 19 N°10, inciso tercero, de la Carta Fundamental;

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

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

La “enseñanza informal”, por su parte, conforme a lo que señala el inciso tercero del artículo 4º de la Ley N° 18.962, es *“todo proceso vinculado con el desarrollo del hombre y la sociedad, facilitado por la interacción de unos con otros y sin la tuición del establecimiento educacional como agencia institucional educativa. Se obtiene en forma no estructurada y sistemática del núcleo familiar, de los medios de comunicación y, en general, del entorno en el cual está inserta”*;

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

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

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

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

**DECIMOSEXTO:** Que la educación sexual es, por cierto, un aspecto de la educación en el que cobran relevancia especial los valores en que se fundamenta, y de ella no puede excluirse a los padres de los menores que la reciban, lo que sería inconstitucional.

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

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

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

**DECIMOSÉPTIMO:** Que, por otra parte, el requerimiento presentado con fecha 5 de marzo de 2007, al solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad o parte del Decreto Supremo Nº 48, de 2007, del Ministerio de Salud,

y de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad que lo integran, señaló como uno de los vicios que fundamentaban su petición respecto de la anticoncepción de emergencia, la infracción a la garantía constitucional de igualdad ante la ley reconocida en el artículo 19 Nº 2 de la Carta Fundamental; La que, hasta donde resulta comprensible para el Tribunal, parece fundarse en una desigualdad entre embriones que no explica suficientemente.

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

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

**DECIMOCTAVO:** Que, de conformidad con lo explicado en el Capítulo I que antecede, el pronunciamiento que debe expedir este Tribunal se centrará en una de las infracciones constitucionales alegadas por los requirentes, en su escrito de aclaración de 24 de marzo de 2007. Así, esta Magistratura resolverá sobre la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 48, de 26 de enero de 2007, del Ministerio de Salud, que aprueba el texto que establece las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, las que están compuestas por las Normas Técnicas y Guías Clínicas sobre Fertilidad, en cuanto dichas normas incluyen la Sección C, acápite 3.3, “Anticoncepción hormonal de emergencia”, y que, a juicio de los diputados requirentes, son contrarias a lo preceptuado en los artículos 5º, inciso segundo, 6º, 7º, y 19, numerales 1 y 26, de la Constitución Política. Concretamente, y según lo sostenido por esos parlamentarios en escrito aclaratorio que rola a fojas 68 y siguientes de estos autos, la impugnación del decreto supremo aludido se centra en la inconstitucionalidad de que adolecerían ciertos métodos de anticoncepción hormonal, denominados en dicha norma como “de emergencia”, y que se refieren a la llamada “píldora del día después”, ya sea a través de la entrega de una sola pastilla de progestina pura, generalmente levonorgestrel de 0,75 mg., o a través de la combinación de píldoras, método denominado “Yuzpe”, por adolecer ambos de un efecto abortivo que resultaría contrario a los preceptos constitucionales mencionados precedentemente;

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

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

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

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

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

En el mismo sentido anotado, se ha sostenido que *“no es precisamente la tarea de control judicial de las leyes y de las resoluciones de los poderes públicos y privados la que crea conflictos institucionales. Más bien, son los peligros fundados contra la libertad, que emanan de las mismas autoridades, los que dan lugar a dicho conflicto; el mismo que, a veces, ha tenido profundas repercusiones políticas: por ello, la declaración de inconstitucionalidad de las normas no busca sustituir la forma de gobierno, pero sí procura, mediante el control jurisdiccional, asegurar el balance y la cooperación entre los poderes”* (César Landa Arroyo. *“Tribunal Constitucional y Estado Democrático”*, 3ª. Edición, Editorial Palestra, Lima, 2007, p. 690);

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

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

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

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

*Decreto:*

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

*2º Establécese que el texto que se aprueba en virtud de este acto administrativo, consta en un documento de 171 páginas, que se adjunta, y forman parte del presente decreto, cuyo original debidamente visado por la Subsecretaría de la Salud Pública, se mantendrá en poder del Jefe de la División de Prevención y Control de Enfermedades, de la citada Subsecretaría del Ministerio de Salud.*

*3º Publíquese en la página web del Ministerio de Salud: [www.minsal.cl](http://www.minsal.cl), el texto de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”.*

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

*(...)*

**CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

*División Jurídica*

*Cursa con alcance el decreto N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud Núm. 5.425.- Santiago, 2 de febrero de 2007.*

*Esta Contraloría General ha procedido a realizar el control preventivo de juridicidad del documento individualizado en el epígrafe, mediante el cual se aprueba el texto que establece las Normas Nacionales sobre*

*Regulación de la Fertilidad, en atención a que éste ha sido firmado por la Presidenta de la República, dando cumplimiento, según se expresa en sus considerandos, a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia rol N° 591-2006.*

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

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

*(...)”.*

**VIGESIMOTERCERO:** Que los aspectos principales objetados por los requirentes respecto de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, antes aludidas, y que se contienen en su Sección C, acápite 3.3 – anticoncepción hormonal de emergencia- son los siguientes: 1) Objetivo de la anticoncepción de emergencia: *“la anticoncepción de emergencia (AE) contribuye a disminuir los embarazos no deseados y sus consecuencias, incluido el aborto, y permite a las mujeres ejercer su derecho a prevenir un embarazo después de una violación”.*

2) Descripción de la anticoncepción hormonal de emergencia: *“métodos anticonceptivos que las mujeres pueden utilizar en los cinco días siguientes a una relación sexual sin protección anticonceptiva, siendo su eficacia más alta cuanto antes se usen. Sólo deben usarse como método de emergencia y no en forma regular (..) La anticoncepción de emergencia (AE) ha sido conocida también como “anticoncepción post-coital” y las pastillas usadas para AE (PAE) se las ha llamado “la píldora del día después (...)”.*

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

a) *“Una relación sexual voluntaria sin uso de un método anticonceptivo”;*

b) *“Uso incorrecto o accidente con un método anticonceptivo por: ruptura o deslizamiento del condón; desplazamiento del diafragma; expulsión del dispositivo intrauterino; relaciones en período fértil; olvido de tomar varias píldoras anticonceptivas; falla del coitus interruptus”;* c) *“En caso de violación, si la mujer no estaba usando un método anticonceptivo”.*

4) Regímenes de anticoncepción hormonal de emergencia:

Contempla el uso de ***“píldoras de levonorgestrel solo o píldoras combinadas de etinil-estradiol y levonorgestrel.***

*En ambos regímenes se utilizan las mismas hormonas que contienen algunos anticonceptivos hormonales orales de uso regular, pero en dosis más altas y en un plazo de tiempo definido”.*

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

En el régimen combinado (régimen de Yuzpe) “se emplean dos dosis de 100 mcg de etinil-estradiol + 500 mcg de levonorgestrel cada una, separadas por un intervalo de 12 horas, iniciándolas lo antes posible dentro de 72 horas de la relación no protegida (...)”.

Como alternativa pueden usarse, por cada dosis, 4 píldoras anticonceptivas combinadas que contienen 30 mcg de etinil-estradiol y 0.15 mcg de levonorgestrel (...)”.

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

6) Mecanismo de acción de la anticoncepción hormonal de emergencia: “si se usa antes de la ovulación (...) puede impedir la liberación del óvulo. Estudios realizados en la mujer muestran que la AE no produce alteraciones del endometrio. El levonorgestrel produce alteración del moco cervical y la AE puede alterar el transporte y la vitalidad de los espermatozoides. Estos mecanismos impiden la fecundación. Investigaciones recientes realizadas en animales de experimentación (monos y ratas) demuestran que el levonorgestrel no impide la implantación (...)”. Agrega que: “**La AE no interrumpe un embarazo establecido ni causa un aborto**”.

7) Beneficios de la anticoncepción hormonal de emergencia: “el uso de las PAE permite prevenir un embarazo no deseado”.

8) Efectos adversos de la anticoncepción hormonal de emergencia: “las mujeres que utilizan las PAE pueden sentir náuseas, vómitos, dolor de cabeza, mareos, cansancio y sensibilidad en las mamas, pero estas molestias no duran más de 24 horas. El levonorgestrel produce considerablemente menos molestias que el régimen de Yuzpe. Las mujeres también pueden presentar un sangrado o goteo irregular (...) No hay efectos cardiovasculares asociados al uso de las PAE (...) No se conocen otros efectos médicos adversos por lo que no hay riesgos para la salud asociados al uso de píldoras anticonceptivas de emergencia. No se conocen efectos

*teratogénicos sobre el feto en caso de uso inadvertido durante la fase temprana del embarazo” (...) “las ventajas de evitar un embarazo no deseado superan los posibles inconvenientes o riesgos de usar el método”.*

9) Orientación y consejería respecto del uso de la anticoncepción hormonal de emergencia: *“enfátizar que utilizar AE es una decisión personal que sólo corresponde a la mujer que lo solicita”; “confirmar que la mujer se encuentra dentro de los 5 días de plazo”; “confirmar que la mujer no desea quedar embarazada y que comprende que existe la posibilidad de embarazo aún después de usar este método”; “informar sobre los posibles efectos colaterales de las PAE y como manejarlos”; “informar que no existen razones para pensar que las PAE podrían dañar al feto si fallan en prevenir el embarazo”; “dado que no hay causas médicas que restrinjan el uso de la anticoncepción hormonal de emergencia, no se requieren evaluaciones de salud como rutina, pero si hay dudas respecto del estado de embarazo, se puede hacer un examen clínico y una determinación de B gonadotropina coriónica en sangre”; “la orientación sobre otros métodos anticonceptivos es importante pero no debe ser un requisito para entregar o prescribir la anticoncepción de emergencia”; “debe prevenirse que la anticoncepción de emergencia no previene las ITS, incluyendo el VIH”, “aunque el uso repetido no es aconsejable porque las PAE son menos efectivas que los métodos anticonceptivos de uso regular, no hay razones médicas que impidan usarlas nuevamente”.*

Cabe hacer presente que por Resolución Exenta Nº 2.546, de 30 de marzo de 2006, de la Directora del Instituto de Salud Pública, se canceló el registro sanitario Nº F-8527/01, correspondiente al producto “Postinor-2 comprimidos 0,75 mg”, concedido a Grünenthal Chilena Ltda., y que corresponde a uno de los métodos mencionados en el acápite referido a la Anticoncepción Hormonal de Emergencia de las Normas Nacionales de Regulación de la Fertilidad que se ha transcrito precedentemente en su parte medular;

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

*“Artículo 5º. (...)*

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

*“Artículo 6º. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.*

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

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

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

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

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

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

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

*La ley protege la vida del que está por nacer.*

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

*Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo.*

*26º. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos*

*en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”;*

### **III. ANTICONCEPCIÓN HORMONAL DE EMERGENCIA.**

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

**VIGESIMOSEXTO:** Que con el propósito antes descrito, es necesario recordar que en el propio acápite mencionado se describe a la “anticoncepción hormonal de emergencia” como *“métodos anticonceptivos que las mujeres pueden utilizar en los cinco días siguientes a una relación sexual sin protección anticonceptiva, siendo su eficacia más alta cuanto antes se usen. Sólo deben usarse como método de emergencia y no en forma regular (...) La anticoncepción de emergencia (AE) ha sido conocida también como “anticoncepción postcoital”*

*y las pastillas usadas para AE (PAE) se las ha llamado “la píldora del día después”.* Agrega que *“la anticoncepción de emergencia (AE) contribuye a disminuir los embarazos no deseados y sus consecuencias, incluido el aborto, y permite a las mujeres ejercer su derecho a prevenir un embarazo después de una violación”* (pág. 78).

El “Informe sobre la llamada Anticoncepción de Emergencia”, de 26 de noviembre de 2007, acompañado a este proceso por el Rector Subrogante de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, expresa, por su parte, que *“la anticoncepción de emergencia se define como “el uso de una droga o un dispositivo, como una*

*medida de emergencia para prevenir un embarazo ( Zieman, Emergency Contraception, todate: [http://www.utdol.com/utd/content/topic.do?topyKey=gen\\_gyne/4407&view=print](http://www.utdol.com/utd/content/topic.do?topyKey=gen_gyne/4407&view=print))” (pág. 3).*

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

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

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

**VIGESIMOSEPTIMO:** Que en relación con la interrogante formulada en el considerando vigésimoquinto, la entidad U.S. Food and Drug Administration, Center for Drug Evaluation and Research, define la “**contracepción de emergencia**” (emergency contraception) como “*un método de prevenir el embarazo después de fracasos contraceptivos o de sexo sin protección.No es para el uso rutinario*” (<http://www.fda.gov/cder/drug/infopage/planB/planBQandA20060824.htm>).

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

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

**VIGESIMOCTAVO:** Que, como es fácil advertir, en los textos mencionados en el considerando vigésimosexto se alude a la “anticoncepción de emergencia” mientras que en aquellos citados en el considerando precedente se define la “contracepción de emergencia”, aunque con similares significados, lo

que hace a estos sentenciadores preguntarse si existe alguna diferencia entre ambos conceptos y, en caso de existir, cuál sería su significado para los efectos de la decisión que debe adoptarse.

Al respecto, cabe recordar la explicación sostenida en estrados por el doctor Fernando Orrego Vicuña, quien interviniendo en las audiencias públicas convocadas por el Tribunal y en representación de la Red de Organizaciones por la Vida, sostuvo que un “anticonceptivo” supone *“un rocedimiento que impida la concepción: la unión del ovocito con el espermio”*, en tanto que un “contraceptivo” *“comprende lo anterior como los procedimientos que tiendan a impedir el desarrollo del embrión”*.

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

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

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

**TRIGÉSIMO:** Que con el objeto de determinar los efectos de la anticoncepción hormonal de emergencia resulta preciso recordar, una vez más, el contenido de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad que, en el mismo acápite 3.3 de la letra C, que se ha impugnado, indica que los regímenes de anticoncepción hormonal de emergencia contemplan el uso de *“píldoras de levonorgestrel solo o píldoras combinadas de etinil-estradiol y levonorgestrel. En ambos regímenes se utilizan las mismas hormonas orales de uso regular, pero en dosis más altas y en un plazo de tiempo definido”* (pág. 79). Al primero lo denomina “régimen de levonorgestrel” y al segundo, “régimen combinado o régimen de Yuzpe”.

Señala, asimismo, que el régimen de levonorgestrel *“se puede emplear de dos maneras, igualmente efectivas: a) una dosis única de 1500 mcg de levonorgestrel. En Chile existen dos productos registrados para este fin, Postinor-2 y TACE que consisten en 2 pastillas con 750 mcg de levonorgestrel que se pueden tomar juntas; b) La forma tradicional ha sido usar dos dosis de 750 mcg de levonorgestrel (LNG) cada una, la primera lo*

*antes posible y la segunda 12 horas después (...) se pueden reemplazar por 25 píldoras de levonorgestrel solo (30 mcg cada una) lo antes posible seguidas por otras 25 píldoras 12 horas después” (pág. 79).*

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

Explicando el mecanismo de acción de ambos regímenes de anticoncepción hormonal de emergencia, las normas objetadas expresan que *“si se usa antes de la ovulación (...) puede impedir la liberación del óvulo. Estudios realizados en la mujer demuestran que la AE no produce alteraciones del endometrio. El levonorgestrel produce alteración del moco cervical y la AE puede alterar el transporte y la vitalidad de los espermatozoides. Estos mecanismos impiden la fecundación (...). La AE no interrumpe un embarazo establecido ni causa un aborto” (págs. 80 y 81);*

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

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

En un sentido similar, el Informe de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, acompañado a este proceso, afirma que *“a pesar del gran volumen de investigaciones publicadas sobre el Levonorgestrel como “anticonceptivo de emergencia” (LN) todavía existen muchas dudas acerca de su efectividad y mecanismos de acción (...)*

*La incertidumbre se da, sobre todo, en los mecanismo (sic) de acción, ya que algunos estudios han demostrado, en modelos animales que el LN tiene un efecto en la función ovárica, pero no tiene efectos significativos luego de la ovulación (Muller AL, Lladós CM, Croxatto HB. Postcoital treatment with levonorgestrel does not disrupt postfertilization events in the rat. Contraception, 2003;67: 415-9; Ortiz RE, Fuentes MA, Parraguez VH, Croxatto HB. Postcoital administration of levonorgestrel does not interfere with postfertilization events in the new-world monkey Cebus apella. Hu. Reprod 2004; 19:1352-6, 22 (págs. 3-4).*

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

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

Constatado lo anterior, los especialistas coinciden en que los mecanismos de acción de los aludidos regímenes de anticoncepción de emergencia dicen relación con tres efectos:

a) Impedir la ovulación; b) Impedir la migración de los espermatozoides para fecundar el óvulo; y c) Impedir la implantación (Horacio Croxatto A. y María Elena Ortiz.

“Anticoncepción de emergencia con levonorgestrel”. En: Selección de temas de Ginecoobstetricia II. Capítulo 27 (eds.) E. Guzmán, A.B. Lalonde. Editorial Publimpacto, Santiago, 2007, pág. 833, e Informe de la Universidad Católica de Chile, pág. 3).

Refiriéndose a la contracepción de emergencia y, específicamente, al denominado “Plan B” (consistente en el uso de píldoras de levonorgestrel de 0,75 mg. cada una), que son tomadas en forma oral después del fracaso de contraceptivos o de la práctica de sexo no protegido, la U.S. Food and Drug Administration aclara que el “*Plan B trabaja (...) en la prevención del embarazo principalmente parando la liberación del huevo desde el ovario. Es posible que el Plan B también trabaje previniendo la fertilización de un huevo (la unión del espermio con el huevo) o previniendo la implantación en el útero, lo que usualmente ocurre antes de 7 días después de la liberación del huevo desde el ovario*” (<http://www.fda.gov/cder/drug/infopage/planB/planBQandA20060824.htm>).

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

□ *Impidiendo la ovulación* □ *Impidiendo que los espermatozoides fecunden el óvulo* □ *Impidiendo la implantación*” (pág. 3).

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

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

Sobre los efectos del LNG sobre la implantación, afirma que “*éste es el aspecto más debatido*”, puesto que “*gran parte de la información proporcionada al público asegurando que el LNG no altera la implantación proviene de evidencia preliminar e indirecta. Se refiere, concretamente, a estudios realizados en animales*

*(ratones y primates); a la investigación de eventos post fecundación referidos a la receptividad del endometrio, que es un mecanismo indirecto, y a estudios realizados in vitro y en seres humanos que carecen de consistencia por el escaso universo de mujeres estudiadas y porque incluyó un número muy reducido de sujetos” (págs. 8- 12).*

En relación con el efecto referido a impedir la implantación del cigoto, el estudio de los doctores Horacio Croxatto y Soledad Díaz y de la profesora María Elena Ortiz, titulado “Nociones básicas sobre la generación de un nuevo individuo y sobre la píldora anticonceptiva de emergencia”, acompañado a estos autos por el Instituto Chileno de Medicina Reproductiva (ICMER) sostiene, por su parte, que: *“Nunca hubo datos disponibles en la literatura científica que avalaran que el levonorgestrel impida el embarazo por un mecanismo que impida la implantación. No obstante, ese mecanismo fue la hipótesis favorita de muchos. Ahora tenemos evidencia de que no es así. En dos especies animales muy distantes como son la rata y el mono Capuchino se administró levonorgestrel o placebo (una inyección sin droga) después de la fecundación y luego se contó el número de animales preñados en ambos grupos. Si el levonorgestrel interfiriera con la implantación del embrión, deberíamos encontrar menos hembras preñadas entre las que recibieron la droga que entre las que recibieron placebo. El resultado fue que el número de hembras preñadas fue idéntico en ambos grupos, lo cual permite rechazar la hipótesis de que el levonorgestrel interfiera con la implantación (...) En resumen, la inhibición de la ovulación y la alteración de la migración espermática son los únicos mecanismos documentados con datos experimentales que pueden explicar cómo las píldoras anticonceptivas de emergencia evitan el embarazo. Por lo tanto, porque previenen el embarazo solamente cuando impiden la fecundación, no son abortivas” (págs. 6-7).* Puede advertirse, entonces, que el aludido estudio científico confirma la realización de estudios en animales para descartar un posible efecto de la anticoncepción de emergencia que impida la implantación del óvulo fecundado.

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

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

A su turno, el Informe sobre la llamada Anticoncepción de Emergencia de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, a que se ha aludido previamente, afirma que:

*“Estudios en monos Cebus y en ratas encontraron que el LN inhibe fuertemente la ovulación y la fecundación en estas especies. Sin embargo, resultados obtenidos en seres no humanos no son necesariamente extrapolables a los humanos.*

*Por ejemplo, el mecanismo de acción en animales para el dispositivo intrauterino ha mostrado una marcada diferencia respecto del mecanismo de acción en humanos (Corfman P. Segal. Biologic effects of intrauterine devices. Am J Obstet Gynecol 1968;100:448-29. Ortiz ME, Croxatto HB; Bardin CW. Mechanisms of action of intrauterine devices. Obstet Gynecol Surv 1996;51 (Suppl):S42-51)” (pág. 5);*

**TRIGESIMOTERCERO:** Que, como puede apreciarse, existen posiciones encontradas acerca de los efectos de la anticoncepción de emergencia cuando ellos se relacionan con impedir la implantación, puesto que la evidencia que provee la ciencia médica es contradictoria y no aparece rodeada de elementos que 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.

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

En efecto, en el informe titulado “Nociones básicas sobre la generación de un nuevo individuo y sobre la píldora anticonceptiva de emergencia”, de noviembre de 2006, acompañado a este proceso por el Instituto Chileno de Medicina Reproductiva (ICMER) y elaborado por los doctores Horacio Croxatto y Soledad Díaz, además de la profesora María Elena Ortiz, se afirma que *“el nuevo individuo se inicia cuando ocurre la fecundación”* (pág. 1), no obstante lo cual precisa, más adelante, que *“el cigoto resultante de la fecundación es una célula que tiene la posibilidad de desarrollarse y llegar a formar un ser humano constituido por miles de millones de células, del mismo modo que una semilla puede llegar a ser un árbol a través de un proceso de crecimiento y desarrollo. Si bien la semilla puede llegar a ser un árbol, aún no lo es; o si bien un huevo puede llegar a ser una gallina, aún no lo es. Asimismo el cigoto humano puede llegar a ser un embrión, un feto, un recién nacido o una persona adulta, pero aún no lo es. Necesita desarrollarse”* (pág. 2).

Refiriéndose a la implantación, el informe mencionado afirma que *“aproximadamente tres días después de la fecundación, si el cigoto se ha desarrollado normalmente, está constituido por 8 o 10 células y pasa al útero donde continúa desarrollándose, inmerso en el escaso fluido que llena la cavidad del útero. En este medio alcanza el estado llamado mórula y posteriormente el de blastocito (...). En el séptimo día de desarrollo, el blastocito humano se anida o implanta en la etapa interna del útero, llamada endometrio.*

*Para que esto ocurra, es preciso que el endometrio se haya hecho receptivo por la acción que ejercen sobre él las hormonas del ovario, llamadas estradiol y progesterona. La implantación consiste en que el blastocito se sumerge en este tejido materno (...)”* (págs. 2-3).

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

Por su parte, el informe presentado por el Rector Subrogante de la Universidad Católica de la Santísima Concepción y firmado por los doctores Juan F. Stecher Miranda y Augusto Rivera Javea, sostiene que *“con la fecundación aparece un individuo que contiene 46 cromosomas de la especie humana, que se desarrolla por sí mismo, cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, él mismo dirige su construcción y división, que viene inscrita en su ADN, es él quien toma el alimento que le proporciona su madre, es, un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre, ninguna información adicional se le agregará (...). Este joven ser humano comienza su viaje a través de la trompa de Falopio para llegar al endometrio, lugar que lo albergará durante casi 9 meses. Durante el camino a este destino, se dividirá innumerables veces y cambiará de estructura para poder implantarse en el endometrio (...). En el momento de la implantación, no se le producirá cambio sustancial, no cambian sus genes ni se le agrega otra información (...) desde el punto de vista embriológico, es erróneo el concepto de preembrión, porque antes del embrión sólo existía el espermatozoide y el óvulo”*.

(Pág. 2).

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

Refiriéndose a la implantación del cigoto, los autores mencionados la definen como *“el proceso durante el cual el blastocito se fija al endometrio –la membrana mucosa o revestimiento del útero- y, posteriormente, se incluye en ella”*. Añaden que *“la administración de dosis relativamente grandes de estrógenos (“píldoras del día después”) durante varios días, comenzando poco después del coito sin protección, no suele evitar la fecundación, pero sí la implantación del blastocito. Una dosis diaria elevada de dietilestilbestrol durante cinco o seis días también puede acelerar el paso del cigoto en división por la trompa uterina. Normalmente, el endometrio pasa a la fase secretoria del ciclo menstrual a medida que se forma el cigoto, sufre la segmentación y se introduce en el útero. La elevada cantidad de estrógenos altera el equilibrio normal entre estrógenos y progesterona necesario para la preparación del endometrio para la implantación (...)”* (Editorial Elsevier, España, S.A, 2004, 7ª. edición, págs. 2, 35, 40 y 52).

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

□ *“Restablecimiento del número diploide de cromosomas. La mitad procede del padre y la mitad de la madre. En consecuencia, el cigoto posee una nueva combinación de cromosomas, diferente de la de ambos progenitores.*

□ *Determinación del sexo del nuevo individuo. Un espermatozoide que posea X producirá un embrión femenino (XX) y un espermatozoide que posea Y originará un embrión masculino (XY). En consecuencia, el sexo cromosómico del embrión queda determinado en el momento de la fecundación.*

□ *Iniciación de la segmentación. Si no se produce la fecundación, el ovocito suele degenerar en el término de 24 horas después de la ovulación”* (Editorial Médica Panamericana, Buenos Aires, 2004, p. 43).

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

**TRIGESIMOCUARTO:** Que, llegado a este punto, esta Magistratura debe recordar un criterio hermenéutico, de carácter general, que se contiene en el artículo 21 del Código Civil, según el cual *“las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”*.

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

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

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

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

Así, en la causa sobre nulidad de derecho público de la Resolución N° 7224, de 24 de agosto de 2001, del Instituto de Salud Pública, que autorizó la venta o comercialización del fármaco denominado “Postinor-2”, caratulada “AGES contra Instituto de Salud Pública”, la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 10 de diciembre de 2004, señaló que “ (...) de los antecedentes acompañados al proceso, surge la duda científica que es fundamental para resolver el conflicto propuesto. En efecto, de las probanzas rendidas por las partes –sea en el probatorio o durante el cumplimiento de las medidas para mejor resolver decretadas por el tribunal- y de cuyo análisis se hace cargo el fallo en sus fundamentos 22° al 31°, reproducidos por éste, específicamente respecto al punto denunciado sobre el supuesto efecto antiimplantatorio, aparece claramente que la discusión central sobre el tema es materia no definitivamente resuelta por la ciencia médica y es aún objeto actual de experimentación y discusiones científicas. Lo mismo se ratifica con los documentos acompañados en la alzada por la demandada a fs. 158, consistentes en doce trabajos científicos sobre la materia, en idioma inglés pero traducidos al español, de los que aparece, en general, que si bien se avanza en términos de comprobar que la actuación del fármaco es anterior a la anidación, ello no es constitutivo de una verdad científica exenta de duda y opinión” (considerando 15°). También puso de relevancia “la encrucijada actual de no existir verdad científica indiscutida en relación a los efectos del fármaco en análisis” (considerando 17°).

Por su parte, la sentencia de la Corte Suprema, de 28 de noviembre de 2005, que rechazó los recursos de casación en la forma y en el fondo, deducidos en contra de la sentencia antes aludida, confirmó que “no es

*cuestión demostrada en este juicio la cualidad abortiva del fármaco aludido ni tampoco que su utilización pudiera provocar, en grado de certeza, un peligro de la vida del que está por nacer (...)*” (considerando 34°).

A su vez, en sentencia de amparo constitucional, dictada el 23 de mayo de 2006, por la Tercera Sala del Tribunal Constitucional del Ecuador, dirigida a obtener la suspensión definitiva del otorgamiento del registro sanitario para la comercialización y expendio de la “pastilla del día siguiente, conocida con el nombre de “Postinor 2”, se dejó constancia de que: “(..) esta Sala, consciente de todo el debate científico y social, no puede aseverar que la concepción se produce desde la fecundación del óvulo, pero tampoco puede estar seguro (sic) de lo contrario” (considerando 10°).

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

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

**TRIGESIMOCTAVO:** Que el problema que se ha venido describiendo adquiere caracteres aún más graves si se consideran los antecedentes relacionados con la forma en que se informa a las usuarias de píldoras anticonceptivas (PAE) de los posibles efectos de la ingesta de dichos fármacos.

Basta para ese efecto examinar el rotulado de los productos de esta naturaleza que se expenden a lo largo del mundo.

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

(Traducción del francés efectuada por el Colegio de Traductores Públicos de la ciudad de Buenos Aires, el 18 de enero de 2000, y agregada al Expediente Administrativo Nº 47-1694/00-4, de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica de Argentina).

Sobre el particular, información entregada por el diario El País, de España, el 9 de abril de 2008, indica que “el Consejo de Estado francés veta ‘la píldora del día después’ en la escuela” aludiendo a la decisión de ese órgano de control de los actos de la Administración que ha impedido que el mencionado fármaco (norlevo) se administre en los colegios e institutos, pues “*en razón de sus efectos y de sus contraindicaciones entra dentro de la categoría de medicamentos susceptibles de suponer un peligro para la salud si son administrados sin vigilancia médica*” (www.elpais.com).

De esta manera se alteran los efectos de la Circular firmada, en diciembre del año 1999, por la ex Ministra de Enseñanza Media, Segolène Royal, que autorizó a las enfermeras de los institutos a distribuir la llamada píldora del día después entre las menores que la solicitasen de manera razonada.

A su turno, en el expediente administrativo del Instituto de Salud Pública de Chile, acompañado a estos autos en cumplimiento de la medida para mejor resolver decretada por el Tribunal a fojas 859, y que se refiere a la solicitud de registro del producto Postinor-2 comprimidos de 0,75 mg., del Laboratorio Grünenthal Chile Ltda., puede leerse la traducción oficial del rotulado del mencionado fármaco, a partir de la versión húngara original, que señala: “*El levonorgestrel es un progestágeno, que inhibe la implantación del óvulo en el endometrio, activa la movilidad de las trompas uterinas y aumenta la viscosidad de la mucosa del cuello uterino. Administrarlo a mediados del ciclo puede inhibir la ovulación*”.

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

**TRIGESIMONOVENO:** Que de los razonamientos que preceden, esta Magistratura sólo puede constatar que la evidencia científica allegada al presente proceso no permite excluir, en términos categóricos y concluyentes, la posibilidad de que la ingesta de la denominada “píldora del día después”, ya sea en su versión de progestina pura o en la del método combinado o de Yuzpe, no sea capaz de afectar la implantación de un óvulo fecundado o de un embrión o, en definitiva, de un ser humano, en los términos que se han definido por la propia ciencia médica;

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

**CUADRAGÉSIMO:** Que, acorde con las características del conflicto constitucional planteado por los diputados requirentes, corresponde que este Tribunal se haga cargo de la alegación formulada por ellos en el

sentido de que los métodos y procedimientos a que se refieren las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del Decreto Supremo Nº 48, del Ministerio de Salud, de 2007, consistentes en la llamada “píldora del día después”, *“ya sea a través de la entrega de una sola pastilla de progestina pura, generalmente levonorgestrel al 0,75 mg., o a través de la combinación de píldoras, método denominado Yuzpe”*, son “abortivos” en cuanto ambos *“tienen por consecuencia producir una alteración endometrial que actúa finalmente impidiendo la anidación del individuo ya concebido”* (fojas 70) y *“dado el sello distintivo que posee nuestro ordenamiento jurídico en orden a defender la vida del que está por nacer, mandato constitucional dado al legislador que se cumple entre muchas otras disposición (sic) de nuestro ordenamiento con la siguiente: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto” (Ley 18.826, Modificatoria del Código Sanitario)”* (fojas 71).

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

**CUADRAGESIMOPRIMERO:** Que el razonamiento del Tribunal en orden a resolver el conflicto constitucional descrito hace necesario caracterizar el valor de la vida humana en la Constitución vigente, así como en la arquitectura de los derechos fundamentales de la que forma parte inequívoca.

Asimismo obliga a precisar quién es el titular del derecho a la vida del que está por nacer;

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

*“1º.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.*

*La ley protege la vida del que está por nacer.*

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

*Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo”;*

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

*“(…)a todos los miembros de la Subcomisión les pareció mucho más lógico usar la palabra “personas”, en primer lugar, porque el concepto de “habitantes” (que utilizaba la Carta de 1925), como lo dijo el señor Silva Bascañán, circunscribe el ámbito espacial de la garantía, en materias que muchas veces no lo deben estar, porque trascienden el espacio, y hoy día el Estado no sólo actúa dentro de su territorio físico, sino que también, en vista del sinnúmero de relaciones internacionales, fuera de él.*

*Además pareció más lógico (...), dentro de lo que es el pensamiento jurídico predominante en la Subcomisión, usar la palabra “personas”, que es el verdadero sujeto de derecho y que tiene una connotación filosófica mucho más clara que el término “habitantes”, por cuanto la persona es un ser que está dotado de mucho mayor trascendencia que el habitante, lo que se puede aplicar incluso a quienes no son personas, siendo éste el sentido que tuvo presente la Subcomisión” (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 156a., 7 de octubre de 1975, p. 9);*

**CUADRAGESIMOCUARTO:** Que del párrafo transcrito ha de ponerse de relevancia la calidad de “sujeto de derecho” y, por ende, titular de derechos, que caracteriza a toda persona a quien se aseguran los derechos reconocidos en el artículo 19 de la Carta Fundamental, como también aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos asimismo por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, tal como lo ordena el inciso segundo del artículo 5° de la Ley Suprema.

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

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

**CUADRAGESIMOQUINTO:** Que, sobre la base de lo afirmado, puede sostenerse que el estatuto constitucional chileno se construye sobre la base del reconocimiento de la persona como sujeto de derecho y, en particular, como titular de los derechos que se aseguran en el artículo 19 de la Carta Fundamental cuanto de aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana reconocidos por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

De la misma manera, debe afirmarse que la propia Constitución se ha encargado de caracterizar a la persona –entendida en la forma que se ha venido explicando- en una visión humanista que, precisamente, enfatiza que ella es sujeto y no objeto del derecho. Es así como los atributos básicos de la persona se encuentran consignados en el artículo 1° de la Carta Fundamental que, como ha sostenido esta Magistratura, *“es de un profundo y rico contenido doctrinario, que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al*

*intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del respeto de la preceptiva constitucional*” (Sentencia Rol Nº 19, 27 de octubre de 1983, considerando 9º);

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

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

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

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

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

En esta perspectiva debe también agregarse que, para el constitucionalismo contemporáneo, los derechos fundamentales –que se aseguran a todas las personas- poseen una doble naturaleza que justifica su rol central en las Cartas Fundamentales y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por un lado,

constituyen facultades que se reconocen a su titular, dando lugar a su dimensión “subjetiva”, mientras que, por otro, dan unidad y sentido a todo el ordenamiento jurídico, lo que se conoce como su dimensión “objetiva”.

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

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

**CUADRAGESIMONOVENO:** Que, sobre el particular, la doctrina constitucional chilena se ha inclinado mayoritariamente por sostener, a diferencia de lo sustentado por profesores de otras disciplinas del derecho, que la protección constitucional de la persona se inicia desde el momento mismo de la concepción.

Así, la profesora Ángela Vivanco Martínez sostiene que:

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

Por su parte, el profesor y ministro de este Tribunal, José Luis Cea Egaña, afirma que: *“En el vocablo persona quedan, consiguientemente, absorbidos los individuos de ambos sexos, de cualquiera nacionalidad, raza o condición, sin distinción de edad, oficio o profesión, cualquiera sea su estado de salud física o mental, se hallen domiciliados, sean residentes o meros transeúntes, todo en la medida que se rijan por el ordenamiento jurídico chileno. Por lo mismo, enfatizamos que para un humanista no cabe duda que la criatura que se halla en el vientre materno, desde el momento mismo de su concepción, es también persona y titular de los derechos*

*propugnados en el artículo 19 del Código Político*” (“Derecho Constitucional Chileno”, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, p. 47).

Asimismo, en Informe en Derecho acompañado a estos autos por la Fundación Instituto de Estudios Evangélicos, los profesores Alejandro Silva Bascuñán y Francisco Cumplido Cereceda sostienen que: “(...) *los principios básicos del constitucionalismo y de la hermenéutica de los Derechos Humanos, los avances en la genética, el tenor literal del precepto del artículo 19 N° 1, los principios inspiradores de nuestra legislación nacional plasmados en el Código Civil (art. (sic) 55, 74, 75 y 76), y lo dispuesto en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y artículo 1 de la Ley N° 20.120, llevan a concluir que el nasciturus desde su concepción no sólo es un ser humano, sino que además, en tal carácter, es titular del derecho a la vida desde ese mismo momento, y que el Estado tiene el deber de protegerlo*” (p. 4).

Finalmente, el profesor Humberto Nogueira Alcalá sostiene que:

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

**QUINCUAGÉSIMO:** Que la interpretación que han dado los iuspublicistas al encabezado del artículo 19 de la Constitución, en cuanto asegura a todas las “personas”, entre otros, el derecho a la vida, tiene una evidente coincidencia con los antecedentes de orden biológico que se han presentado en estos autos.

En efecto, si al momento de la concepción surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, constituyéndose en un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre –como ha sido afirmado en estos autos–, es posible afirmar que estamos frente a una persona en cuanto sujeto de derecho. La singularidad que posee el embrión, desde la concepción, permite observarlo ya como un ser único e irrepetible que se hace acreedor, desde ese mismo momento, a la protección del derecho y que no podría simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado, sin afectar la dignidad sustancial de la que ya goza en cuanto persona;

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

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

*“En la causa T.,S.”, antes citada, este Tribunal ha reafirmado el pleno derecho a la vida desde la concepción (voto de la mayoría, considerandos 11 y 12 y disidencia de los jueces Nazareno y Boggiano). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes)(considerando 12°);*

**QUINCAGESIMOSEGUNDO:** Que, a su turno, la protección constitucional de la persona a partir del momento de la concepción en Chile se vio plenamente reafirmada al discutirse la reforma al artículo 1°, inciso primero, de la Carta Fundamental, que cambió la expresión “hombres” por “personas” y que se concretó a través de la Ley N° 19.611, publicada en el Diario Oficial de 16 de junio de 1999.

Durante el segundo trámite de esa reforma constitucional, verificado en el Senado, se aprobó dejar constancia que:

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

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

*“Recabe el acuerdo de esta Sala con el objeto de hacer constar en forma expresa, para la historia fidedigna del establecimiento de la norma pertinente, que, ante el hipotético caso de que este proyecto se convierta en norma constitucional, jamás se podrá desprender de él que, en conformidad a nuestro ordenamiento fundamental, se es persona y, por ello, sujeto de derecho a partir del nacimiento, pues este asunto ya fue zanjado por otra norma constitucional. En la especie, el artículo 19, N° 1, de la Carta, al proteger la vida del que está por nacer, lo hace luego de que en el epígrafe de aquel precepto se dispone expresamente que “La Constitución asegura a todas las personas:”; es decir, que la criatura que se encuentra por nacer es persona y sujeto de derecho desde su concepción. Al tenor del N° 1 del artículo 19 y del artículo 1° de la Constitución, de aprobarse la reforma de este último, podría darse pie para que la doctrina planteara la existencia de contradicción entre ambas normas fundamentales (...).”*

Por su parte, el Senador Hernán Larraín expresó que: *“(…) observamos que no se pretende innovar el tenor del actual artículo 1° de la Constitución.*

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

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

A su turno, el Senador José Antonio Viera-Gallo afirmó: *“Señor Presidente, lo manifestado por el Presidente de la Comisión es claro en el sentido de que no se innova en esta materia.*

*Ahora, la interpretación de lo que hoy existe sobre el particular podría generar un largo debate. Pero lo importante es que no se cambia nada al respecto”.* (Diario de Sesiones del Senado, sesión 21ª, 3 de marzo de 1999, pp. 2562 y ss.);

**QUINCAGESIMOTERCERO:** Que, en la misma línea argumental, debe recordarse que la Convención Americana de Derechos Humanos –tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente– señala, en su artículo 4.1, que: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.*

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

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

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

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

En este sentido, cabe observar que el derecho a la vida es, sin duda alguna, el derecho fundante de todos los demás, pues sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales. Como ha señalado el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en su Observación General sobre el artículo 6° del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la vida es *“el derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones que pongan en peligro la vida de la nación”.* Ha agregado, asimismo, que *“el derecho a la vida es el más esencial de estos derechos”.*

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

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

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

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

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

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

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

**QUINCUAGESIMOCTAVO:** Que de los antecedentes recordados puede concluirse que la intención del Constituyente fue confiar al legislador las modalidades concretas de protección de la vida del que está por nacer en el entendido que se trata de un ser existente e inserto en la concepción de persona, en cuanto sujeto de

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El Código Sanitario agrega, en su artículo 16, que: *“Toda mujer, durante el embarazo y hasta el sexto mes del nacimiento del hijo, y el niño, tendrán derecho a la protección y vigilancia del Estado por intermedio de las instituciones que correspondan.*

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

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

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

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

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

*La madre, cualquiera sea su edad, podrá solicitar alimentos para el hijo ya nacido o que está por nacer. Si aquélla es menor, el juez deberá ejercer la facultad que le otorga el artículo 19 de la ley Nº 19.968, en interés de la madre (Ley 20.152)”.*

La Ley sobre Impuesto a la Renta, Decreto Ley Nº 824, de 1974, prescribe, en su artículo 7º, que:

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

Por último, el artículo 1º de la Ley Nº 20.120, sobre la Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma y Prohíbe la Clonación Humana, señala, en forma aún más concordante con la preceptiva constitucional, que:

*“Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas”;*

**QUINCAGESIMONOVENO:** Que, por su parte, la jurisprudencia de nuestros tribunales también se ha pronunciado en torno a la protección de la “persona” que está por nacer, en cuanto sujeto de derecho, en forma congruente con la preceptiva constitucional. Así, en fallo de la Corte Suprema, de 30 de agosto de 2001, se señaló que: *“el que está por nacer cualquiera sea la etapa de su desarrollo pre natal, pues la norma constitucional no distingue, tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación”* (considerando 17º).

A su vez, la jurisprudencia administrativa ha seguido asimismo la línea de entender que la protección que el legislador debe brindar a la vida del que está por nacer le otorga a éste ciertos derechos propios de un titular de los mismos. Así, la Contraloría General de la República ha dictaminado que *“acorde con el artículo 5º de la Carta Fundamental es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos que emanan de tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes –cuyo es el caso de la aludida Convención Americana de Derechos Humanos el nonato debe ser considerado como persona para los fines en comento, de modo, entonces, que si la vida de un ser en gestación ha sido interrumpida en las circunstancias previstas en la ley Nº 19.123, éste debe ser estimado como causante de los beneficios que esta normativa regula”* (Dictamen 25.403, de 21 de agosto de 1995);

**SEXAGÉSIMO:** Que, sentado que el mandato que el Constituyente impone al legislador, en el inciso segundo del artículo 19 Nº 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 5º de la Carta Fundamental;

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

**SEXAGESIMOPRIMERO:** Que este Tribunal se ha visto abocado al imperativo de determinar si la Sección C, acápite 3.3, de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, impugnadas por los requirentes, vulneran la Constitución;

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

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

**SEXAGESIMOTERCERO:** Que la constatación, durante la tramitación de este proceso constitucional, de una profunda disparidad de puntos de vista entre los expertos llamados a señalar el comienzo de la vida humana y, por ende, los reales efectos de los regímenes de anticoncepción de emergencia, como aquellos a que aluden las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, no puede llevar a esta Magistratura a eludir un pronunciamiento sobre una de las funciones que definen la esencia de su quehacer. Proceder de esa manera no sólo importaría renunciar al ejercicio de sus atribuciones esenciales de cautelar los derechos fundamentales y de defender la supremacía constitucional sino que, además, significaría vulnerar el deber de inexcusabilidad que pesa sobre todo tribunal y que, respeto de éste, en particular, está expresamente consignado en el artículo 3° de su ley orgánica;

**SEXAGESIMOCUARTO:** Que, en ese orden de consideraciones, resulta pertinente recordar que en su informe “*La duda razonable en la prohibición del Levonorgestrel 0,75 mg. Análisis lógico y jurídico*”, del Centro de Estudios para el

Derecho y la Ética Aplicada de la Universidad Católica de Chile, acompañado a este proceso, se precisa que “*existe duda cuando el entendimiento no es capaz de asentir o negar un enunciado en ausencia de una causa suficiente que lo determine en uno u otro sentido. Se produce equivalencia en la suficiencia de motivos en favor y en contra del enunciado:*

*hay igualdad, tanto en calidad como en cantidad, entre las razones que afirman o niegan el aserto*” (p. 6).

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

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

Por el contrario, si se sigue la tesis de quienes sostienen –como además lo entendió nuestro propio Constituyente- que la vida comienza con la concepción, esto por la unión del óvulo y del espermatozoide, un eventual efecto de las píldoras del día después que impidiese la implantación de un ser vivo – o de una persona- se transformaría en un aborto del todo contrario a la protección constitucional de la vida del que está por nacer que ha impuesto la Constitución al legislador y que, como todo derecho fundamental, impone a todos los órganos del Estado la obligación de respetar y promover.

De esta forma, la equivalencia que pudiera existir, en un primer análisis, entre las posiciones de los especialistas que han aportado elementos de convicción a este proceso, se rompe, pues una de ellas produce un resultado inconstitucional mientras que la otra no.

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

**SEXAGESIMOQUINTO:** Que a pesar del valor que se asigna a las certezas en el mundo contemporáneo y, en particular, en el ámbito de las normas jurídicas, existen situaciones en que, inevitablemente, se configura una duda razonable. Así, pese a todo el esfuerzo jurisdiccional, se dan casos, como el de la especie, en que el juez no puede formarse convicción, puesto que las alegaciones y probanzas efectuadas durante el proceso se muestran equivalentes en los hechos, aunque diferentes en cuanto a su impacto constitucional. Se configura, así, una duda razonable que el juez debe enfrentar en función de los imperativos descritos en el considerando sexagesimotercero;

**SEXAGESIMOSEXTO:** Que, para dilucidar el conflicto constitucional planteado y ante la evidencia de estar estos jueces frente a una duda razonable, ha de acudir a aquellos criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, por ser ésta la materia comprometida en el presente requerimiento.

En tal sentido, parece indeludible tener presente el principio “pro homine” o “favor libertatis” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “*Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana*” (Opinión Consultiva 5, 1985);

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

**SEXAGESIMOCTAVO:** Que razonar de otra manera importaría desconocer la dignidad sustancial de toda persona, a que alude el inciso primero del artículo 1° de la Constitución, y que supone que los derechos de que es titular son, incluso,

anteriores al ordenamiento jurídico positivo, pues son manifestaciones de su propia naturaleza.

Asimismo, llevaría a desconocer que las políticas que la autoridad va desarrollando en pro de la consecución del bien común de todos y cada uno de los miembros de la comunidad nacional tienen, como necesario límite, el respeto a los derechos que la Constitución asegura, tal y como ordena el inciso cuarto del artículo 1° de la misma.

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

**SEXAGESIMONOVENO:** Que de todo lo expuesto sólo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer y que la Constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del *nasciturus*, obliga al juez constitucional a aplicar el principio “favor persona” o “pro homine” en forma consecuente con el deber impuesto al Estado por la Carta Fundamental de estar al “servicio de la persona humana” y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el *nasciturus* participa en plenitud.

En consecuencia, este Tribunal sólo puede concluir que el imperativo de proteger y promover el derecho a la vida, que se desprende del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, en relación con el artículo 19 N° 1 de la misma, conduce a declarar inconstitucionales las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del D.S. N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, en la parte contenida en el acápite 3.3 de la Sección C, “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”. Asimismo, debe estimarse inconstitucional, por

derivación, la sección D de las mismas Normas Nacionales, referida a la “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, acápite 1, en la parte que se refiere a la “anticoncepción de emergencia”. Ello, porque siguiendo la jurisprudencia reiterada de este Tribunal, *“determinado que un determinado artículo es inconstitucional, igualmente lo son aquellas normas del mismo que se encuentran tan ligadas a aquél, que por sí solas carezcan de sentido, se tornen inoperantes o, dada la íntima conexión entre sí, se pueda presumir razonablemente que los órganos colegisladores no las hubieren aprobado”* (sentencia de 28 de julio de 1998, Rol Nº 276);

**SEPTUAGÉSIMO:** Que la referida declaración, pronunciada en sede abstracta de constitucionalidad, tiene un efecto *erga omnes* que se desprende del inciso tercero del artículo 94 de la Constitución: *“En el caso del Nº 16º, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo”*.

No escapa a la consideración de esta Magistratura el impacto evidente que tal declaración de inconstitucionalidad con efectos generales está llamada a producir en una materia que, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas contenidas en esta sentencia, tiene también connotaciones afectivas muy importantes para las personas, las que son, sin duda, plenamente respetables. No obstante, en la misma línea estrictamente jurídica que caracteriza a toda sentencia, es preciso recordar que *“los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”* (artículo 6º, inciso segundo, de la Constitución). Fluye de lo expuesto que tanto los órganos del Estado, como toda persona, institución o grupo se encuentran en el imperativo de acatar la decisión del Tribunal Constitucional, porque ha ejercido la tarea que el propio Constituyente le ha confiado de velar por la supremacía, sustantiva y formal, de la Carta Fundamental.

**Y VISTO** lo dispuesto en los artículos 1º, 5º, 6º, 7º, 19º, 93, inciso primero, Nº 16 y 94 de la Constitución Política de la República y en las normas pertinentes de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

1. Que se acoge el requerimiento únicamente en cuanto se declara que la Sección C., acápite 3.3, “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”, así como la Sección D., “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, acápite 1, sólo en la parte que se refiere a la “anticoncepción de emergencia”, de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del Decreto Supremo Nº 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 Nº 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 Nº 48, de 2007, del Ministerio de Salud, sin perjuicio de lo resuelto en el Nº 1.
4. Devuélvanse al 20º Juzgado Civil de Santiago los autos Rol 5.839-2002, caratulados “Centro Juvenil AGES con Instituto de Salud Pública”.

**VOTO DISIDENTE DE LOS MINISTROS SEÑORES JORGE CORREA SUTIL Y FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES \*\***

Los Ministros señores Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes estuvieron por rechazar el requerimiento en todas sus partes. Concuerdan únicamente con lo razonado en los considerandos 1º a 17º del fallo y para disentir tienen presentes las siguientes consideraciones:

**I. Presentación.**

1º Votamos por validar el Decreto Supremo 48 del Ministerio de Salud, de 2007, en todas sus partes, pues, por los motivos que expondremos, hemos llegado a la convicción de que los métodos de anticoncepción hormonal de emergencia que se contienen en la sección 3.3. del Decreto aludido, no atentan en contra de la vida del que está por nacer ni contra la dignidad humana.

Definir el concepto de persona, a quien la Constitución garantiza el derecho a la vida, y precisar el sentido y alcance de la norma que declara que la ley protege la vida del que está por nacer, así como la diferencia entre ambas reglas, contenidas en el numeral 1º del artículo 19 de la Carta Fundamental, es una tarea compleja, como dan cuenta los múltiples debates y posiciones que se han argumentado en este proceso, en la jurisprudencia y en la doctrina que se centran en el lenguaje de esas dos normas, en su finalidad o propósito,

---

\*\* Fuente: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index/sentencias/download/pdf914>. Nº de Rol de la Sentencia: 740. Fecha: 18/4/2008.

en su historia fidedigna y en su sentido concordante con otros preceptos de la Ley Fundamental y del sistema jurídico como un todo. No son, sin embargo, las posiciones acerca de ese debate las que nos llevan a concordar esta disidencia, sino la convicción de que la evidencia invocada por los requirentes y la acumulada o mencionada en este proceso no permite sostener siquiera una duda razonable acerca de que los dos métodos de anticoncepción hormonal de emergencia contenidos en la sección 3.3. del Decreto Supremo impugnado sean capaces de impedir el desarrollo de un embrión humano. En los capítulos que siguen desarrollamos cómo llegamos a tal convicción. No negamos que los científicos sostengan una polémica respecto de los efectos del sistema anticonceptivo hormonal de emergencia, pero la existencia de tal polémica no es suficiente para sostener que exista una duda razonable acerca de los efectos antianidatorios o impeditivos del desarrollo del embrión humano. Tampoco lo son las leyendas o rotulaciones de los respectivos productos. Las dudas razonables respecto de los efectos nocivos de un producto farmacológico, cuando el mismo ha sido ya válidamente autorizado por autoridad competente, no pueden fundarse en la mera formulación de una duda, en la constatación de la existencia de un debate o en una leyenda que declara como no descartable un efecto en un rótulo; sino en la existencia de evidencia científica que así lo justifique. De muchos productos farmacéuticos podría decirse mañana que atentan en contra de la vida. Lo mismo podría afirmarse de productos alimenticios. Para prohibir la distribución de productos debidamente autorizados por los órganos competentes, a esta Magistratura no podría bastarle que alguien manifieste una duda, señale que existe una polémica o haga ver que los mismos productos advierten que un efecto es posible. El adecuado funcionamiento de las instituciones democráticas y de los organismos competentes de decisión exige, a juicio de estos disidentes, que quienes impugnan la distribución de tales productos convenzan, con evidencia científica, que ellos son efectivamente capaces de atentar en contra de la vida. En la especie, no lo logran y por eso disintimos del fallo.

## **II. Los problemas constitucionales a resolver.**

2º Que, tal como ha quedado detalladamente relatado en la parte expositiva, la requirente ha pedido declarar la inconstitucionalidad de parte del Decreto Supremo Nº 48 del Ministerio de Salud, de 2007 (en adelante el Decreto o la norma impugnada), en razón de que, a su juicio, la oferta y distribución pública de los sistemas de anticoncepción hormonal de emergencia que esa norma jurídica ordena realizar a los profesionales del sistema público de salud, incluso a menores desde los 14 años, sin el consentimiento ni conocimiento de sus padres, vulnera el derecho a la vida y también, en el caso de aplicarse respecto de menores de edad, el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos. Al precisar su requerimiento, esa parte señaló que dirigía su acción de inconstitucionalidad en contra de “*a) El uso de la llamada Píldora del Día Después, ya sea a través de la entrega de una sola pastilla de progestina pura, generalmente levonorgestrel al 0,75% mg., o a través de la combinación de píldoras, método denominado “Yuzpe” ...*”. Estos dos sistemas, únicos impugnados en la especie, consisten, conforme a los propios capítulos del Decreto Supremo en contra del cual se recurre, en “*...píldoras de levonorgestrel solo o píldoras combinadas de etinilestradiol y*

*levonorgestrel. En ambos regímenes se usan las mismas hormonas que contienen algunos anticonceptivos hormonales orales de uso regular, pero en dosis más altas y en un plazo de tiempo definido*” (página 79 de las Normas). Ambos sistemas tienen en común que se trata del mismo compuesto: el levonorgestrel, que se ingiere, en el primer caso, en una dosis pura de 1,5 mg. o en dos dosis de 0,75 mg. espaciadas en 12 horas; mientras en el segundo se combina ese mismo elemento, en dosis de 0,5 mg con 0,1 mg de etinil estradiol, para ingerirse dos unidades de tal combinación, espaciadas cada 12 horas (página 79 del documento que contiene las Normas). Las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad especifican que este último régimen combinado no está disponible en Chile en esas dosis, aunque puede obtenerse, como alternativa, sumando 4 píldoras anticonceptivas combinadas de determinada composición, las que están disponibles en el mercado como anovulatorios.

En suma, lo que se ha impugnado entonces es que el Decreto ordene a los profesionales del sistema público de salud aconsejar y distribuir dos específicos métodos de anticoncepción hormonal de emergencia post coitales a base de levonorgestrel puro o de la combinación de éste con etinil estradiol. En adelante, y con el puro objeto de poder aludir a ambos de manera breve, emplearemos la expresión “anticoncepción de emergencia”. También aludiremos a ellos como los fármacos que se ordena aconsejar y distribuir. Los trataremos así de manera indiferenciada hasta el análisis de la evidencia respecto a sus efectos, pues ella presenta importantes diferencias entre uno y otro.

3° La ciencia ha acreditado, conforme a abundante prueba que no está en debate, que los dos sistemas anticonceptivos de emergencia ya referidos tienen, desde luego, un efecto anticonceptivo, consistente en impedir la ovulación de la mujer, requisito indispensable de la fecundación. Se encuentra asimismo postulado, aunque con algunas dudas y debate acerca de con cuánta eficacia, que los mismos sistemas retardan o dificultan la migración de los espermios hacia las trompas. Ello también es un efecto que dificulta la fecundación. Ni las partes, ni experto alguno de los que han depuesto o han sido referidos en este proceso, han sostenido que estos efectos anticonceptivos, que consisten en evitar la fecundación, puedan atentar en contra de la vida y ser contrarios a la Constitución. Lo que los requirentes y algunos expertos sostienen, y ello funda la acción en contra del Decreto Supremo en cuestión, es que los fármacos que se ordena aconsejar y distribuir tienen, además de los efectos anticonceptivos ya referidos, y cuando ya no son aptos para impedir la ovulación por haberse ella producido, la capacidad de impedir el desarrollo normal del huevo fecundado o cigoto, antes que éste se anide en el cuerpo de la mujer. Existe también prueba suficiente y no sujeta a debate que los sistemas de anticoncepción de emergencia no tienen efecto alguno sobre el huevo fecundado, una vez que éste se ha adherido ya al cuerpo de la mujer.

4° Parece claro entonces que para acoger el presente requerimiento se necesita dar por establecido que los sistemas cuestionados tienen la capacidad de impedir que se anide el huevo fecundado o de impedir por cualquier otra vía su normal desarrollo o, a lo menos, sostener que existe evidencia científica que genere una duda razonable acerca de ello. Acreditado este primer requisito, el presente requerimiento exige, a juicio de estos disidentes, para ser acogido, sostener además que un huevo humano fecundado o cigoto es titular del

derecho a la vida consagrado por la Constitución o que con la interrupción de su desarrollo anterior a la implantación se vulnera la norma constitucional que reza que “la ley protege la vida del que está por nacer.”

5º Que, desde luego, existe controversia acerca de cuál de las dos reglas, la que garantiza el derecho a la vida de las personas o la que ordena al legislador proteger la vida del que está por nacer, ambas contenidas en el numeral 1º del artículo 19 de la Constitución, debe aplicarse de preferencia al caso y, si se estima que ambas, acerca de cómo deben armonizarse. Unos sostienen que el asunto debe examinarse de preferencia conforme al inciso segundo que, siendo una regla especial y diversa, establece un deber para el legislador, pero no un derecho al no nacido; mientras los otros argumentan que el no nacido es persona, titular de la garantía constitucional, por lo que se le aplica el inciso primero y tiene plena dignidad y derecho a la vida, siendo la regla segunda no una especial que debe primar, sino una mera reafirmación del derecho a la vida, esta vez de los no nacidos. En esta polémica jurídica, las posiciones se sustentan principalmente en argumentos surgidos del debate habido en la comisión que primero propuso estas normas para la Constitución de 1980 y en discusiones legislativas posteriores en que el Senado ha dejado constancia acerca de cómo los entiende, elementos llamados a atenderse por quien quisiera resolver esta cuestión.

6º Que, por su parte, el sentido del inciso primero del numeral 1º del artículo 19 de la Carta es también polémico, pues exige determinar el alcance de la expresión “persona”, a quien la Carta Fundamental hace titular del derecho a la vida, problema en el que se imbrica un nuevo debate, esta vez médico, filosófico y antropológico, acerca de si el individuo de la especie humana, con identidad genética propia y diversa a la de sus padres, que la ciencia ha probado existe en los embriones, aun antes de implantarse, lo transforma en persona, titular del derecho a la vida, o si éste es un concepto moral que exige de otros caracteres que vendrán a actualizarse más tarde.

7º Que tampoco es pacífica la inteligencia que ha de darse al inciso segundo que, aunque redactado en términos descriptivos (la ley protege), no cabe sino atribuirle un sentido y finalidad prescriptiva (que obliga o limita al legislador en cuanto a lo que puede hacer con el que aún no nace). Desde luego, se debate el sentido y alcance de las expresiones “vida del que está por nacer” y también el alcance de la protección a la que se obliga al legislador.

Los unos sostienen que tal deber de proteger es más débil que el derecho a la vida del inciso primero, por lo que la Constitución permite al legislador autorizar algunos tipos de aborto, mientras los otros rebaten que cualquier aborto atenta en contra de la vida de una persona garantida incluso para los no nacidos en el inciso primero, que la regla del inciso segundo no relativiza, sino que reafirma.

8º En caso que se concluyera que la consejería, promoción y distribución de los sistemas hormonales de anticoncepción de emergencia atentan en contra del derecho a la vida, del que son titulares las personas, o en contra de la regla que ordena al legislador defender la vida del que está por nacer, para acoger el requerimiento sería necesario aún saber si tal efecto podría justificarse, como se sostiene por algunos, en un derecho preferente de las mujeres a decidir acerca de su propia maternidad, en las finalidades públicas de salud relativas a evitar abortos clandestinos, con sus secuelas y riesgos también para la vida, esta vez de las madres, o en el derecho preeminente de igualdad entre las mujeres ricas y pobres, dado que los métodos

cuya consejería y distribución por el sistema público se encuentran impugnados en esta causa están disponibles en el comercio, más allá del alcance de este fallo.

9° Que, en cambio, para rechazar la cuestión de constitucionalidad planteada no es indispensable el análisis de todas las cuestiones indicadas en los cinco considerados que anteceden, pues si se concluye, como hace este voto disidente, que no se ha acreditado de manera suficiente que los anticonceptivos de emergencia, en cualquiera de las modalidades en que los trata el Decreto Supremo, tengan la aptitud de enervar el desarrollo del embrión humano antes de su anidación, basta ello para el rechazo del requerimiento. En efecto, si no existen antecedentes suficientes para estimar que los métodos impugnados atentan en contra del embrión, mal podría vulnerarse el derecho a la vida de una persona, el deber de protección de la vida del que está por nacer que se impone al legislador y menos habría que contrastar aquello con otros fines constitucionales.

10° Antes de demostrar cómo es que en este caso no se ha acreditado que los anticonceptivos de emergencia tengan capacidad de dar muerte a un embrión, este voto parte por el análisis y dilucidación de las razones esbozadas por las partes para no entrar al fondo del asunto. Si bien el Tribunal las ha ya rechazado, en virtud de los razonamientos contenidos en los considerandos Octavo a Decimoprimeros del fallo, con los que concordamos y suscribimos, nos ha parecido que la argumentación de este voto, en los aspectos de fondo, hace necesario efectuar un análisis más detenido de las mismas. Estas cuestiones preliminares serán analizadas en el capítulo III que sigue y, por las razones que se exponen en él, estos disidentes concurren con la mayoría del Tribunal a desecharlas. Los razonamientos contenidos en el capítulo que sigue deben considerarse entonces como razones complementarias a aquellas expuestas en los considerandos referidos del fallo para desestimar las cuestiones preliminares y como elementos fundantes del voto acerca del fondo del asunto, según se emplearán más adelante.

### **III. Rechazo de las cuestiones preliminares planteadas por las partes.**

#### **A. Consideración de la cuestión de si la regulación es materia de ley.**

11° Que, tal como se ha desarrollado en la parte expositiva, los requirentes han alegado que el derecho a la vida sólo puede ser limitado por ley y que, en consecuencia, en este caso, la Presidenta de la República ha vulnerado tal principio, al pretender regular esta materia a través de un Decreto Supremo. Esta petición ha sido reiterada de modo particularmente enfático por la Fundación Instituto de Estudios Evangélicos, que ha sido escuchada en la causa (véase al respecto la minuta de exposición del abogado Patricio Zapata). En esencia, el argumento se sustenta en las siguientes afirmaciones: a) que el Decreto impugnado regula, restringe o limita la vida del que está por nacer; b) que el de la vida es un derecho reconocido por la Carta Fundamental, y c) que la Constitución autoriza (con restricciones) al legislador a regular y limitar los derechos que consagra, pero tales limitaciones y regulaciones le están reservadas al legislador, por lo que no puede la Presidenta de la República hacerlo a través del Decreto impugnado. De estas tres premisas, el requerimiento concluye que el Decreto ha invadido materias propias de ley, infringiendo, por este solo hecho, la Carta Fundamental, pues no cuenta siquiera con habilitación legal para ello. Este voto analizará esta

solicitud como una de previo pronunciamiento. 12° Que, desde luego, este argumento debe ser desechado pues los requirentes que lo formulan no tienen legitimación activa para hacerlo. La causal invocada sólo puede ser alegada por la mayoría de cualquiera de las Cámaras, lo que no ha ocurrido en la especie. En efecto, el inciso decimonoveno del artículo 93 de la Carta Fundamental, que regula la impugnación de la constitucionalidad de un Decreto Supremo, dispone que este Tribunal *“sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras.”* Y luego añade que *“en el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento.”* (En ambos casos, el énfasis ha sido añadido). En consecuencia, el Tribunal no puede entrar a conocer la alegación de que el Presidente ha excedido su potestad reglamentaria autónoma y ha invadido materias de ley, sino a requerimiento de la mayoría de cualquiera de las Cámaras, lo que no ocurre en la especie. Ello ya sería suficiente por sí mismo para desechar esta alegación. Sin embargo, hay también dos motivos de fondo para llegar a igual conclusión, de los que cabe dejar constancia.

13° Que, además, acoger este planteamiento implicaría desatender un fallo anterior de este Tribunal, el que, en la causa rol 591, examinando una resolución ministerial que estableció exactamente el mismo contenido normativo que el actual Decreto Supremo impugnado (la aprobación de las mismas normas nacionales de regulación de la fertilidad), lo invalidó por estimar que tal contenido era propio de un decreto supremo presidencial. Así, en sentencia de fecha 11 de enero de 2007, dijo *“que lo razonado en considerandos anteriores, incluidas las opiniones de destacados tratadistas que forman parte de este proceso, y de la simple lectura de la resolución exenta impugnada, es posible concluir que, en realidad, reúne los elementos configurativos de un decreto supremo reglamentario...”*. Para concluir que el contenido normativo de entonces que, como reiteramos, era idéntico al del Decreto ahora impugnado, este Tribunal razonó que *“... ese acto administrativo contiene un conjunto de normas, cuyo alcance es nacional o de aplicación general a todos los destinatarios de ellas; y dotadas de carácter permanente, es decir, que no agotan o pierden vigencia por su aplicación en un caso determinado. Sin embargo, tal Resolución Exenta carece de las demás exigencias que la Constitución contempla para los decretos supremos reglamentarios, porque fue dictada por la Ministra de Salud, en circunstancias que hacerlo se halla prohibido, pues correspondía que fuese suscrita por la Presidente de la República y, además, debió ser sometida previamente al trámite de toma de razón en la Contraloría General de la República, atendida su naturaleza esencialmente reglamentaria. Habiéndose omitido estos dos requisitos esenciales para la formación válida de un reglamento, fuerza es concluir que la Resolución Exenta N° 584 quebranta la Constitución, en su aspecto formal, lo que así será declarado por este Tribunal.”* (Considerando 33, énfasis añadido). Si bien los que suscribimos este voto discrepamos, en su oportunidad, de la decisión y del razonamiento citado, no juzgaríamos razonable que esta Magistratura declare primero, en sentencia vinculante, que un determinado contenido normativo no es válido por no estar suscrito por la Presidenta de la República como un Decreto Supremo y, cuando la Presidenta cumple con ese requisito para darle validez al mismo contenido normativo, conforme a lo resuelto por el Tribunal, éste decidiera que tampoco es válido por no estar contenido en una ley.

14º Que debe también desecharse este planteamiento para acoger el requerimiento por el motivo de forma que se analiza, pues él supone previamente dar por acreditados a lo menos dos de los planteamientos de fondo del requerimiento, como es que los métodos impugnados efectivamente son capaces de afectar el derecho a la vida del que está por nacer. En efecto, la petición en análisis tiene como supuesto básico que el Decreto Supremo impugnado contiene una restricción o limitación al derecho a la vida, pues sólo así es posible sostener que la cuestión no puede sino establecerse por ley. Aceptar esta alegación exige entonces dar por acreditadas dos cuestiones de fondo: desde luego, que los fármacos que se ordena aconsejar y distribuir afectan el derecho a la vida del embrión que aún no se ha anidado en el cuerpo de la madre y, en seguida, que éste es persona de aquellas cuya vida está protegida por el inciso primero o que es vida que está por nacer. Si no se concluye primero que esos requisitos se verifican, no es posible sostener que el Decreto Supremo impugnado esté restringiendo o limitando una garantía constitucional. En consecuencia, para aceptar esta razón se requiere necesariamente avanzar hacia el fondo de la cuestión, lo que lleva también a descartar esta alegación como cuestión previa a entrar al fondo del asunto.

**B. La alegación de que no puede volver a discutirse una cuestión resuelta por sentencia ejecutoriada.**

15º El Gobierno, por su parte, ha planteado que esta Magistratura debe rechazar el requerimiento, absteniéndose de resolver el fondo del asunto, por cuanto lo que se impugna del Decreto Supremo es que ordene a los profesionales del sistema público de salud aconsejar y distribuir gratuitamente un fármaco cuya circulación se encuentra permitida por autoridad competente, como es el Postinor-2, a través de la Resolución Nº 7.224, de fecha 24 de agosto del año 2001, del Instituto de Salud Pública, acto que fue cuestionado mediante acción de nulidad de derecho público y expresamente validado por sentencia judicial de la Corte Suprema que se encuentra ejecutoriada, todo ello en la causa 1039-2005. En este sentido, a juicio del gobierno, *“ya se evaluó su eventual afectación al derecho a la vida, descartándose que tuviera ese impacto.”* Así, considera que esta Magistratura no podría acoger el requerimiento por cuestionamientos que ya fueron resueltos. Al efecto, alega que *“ni el decreto impugnado, ni el texto normativo que aprueba, tienen la capacidad jurídica o el propósito final de autorizar o registrar determinadas píldoras ni mecanismos de anticoncepción; [ya que] esto se hizo antes del acto impugnado, en una decisión separada vigente plenamente y no vinculada de modo alguno con el D. S. Nº 48.”* Agrega que lo que los requirentes impugnan es una autorización que ya no puede volver a discutirse y que el decreto impugnado no hace sino describir.

16º Que el planteamiento anterior debe ser también desestimado, por cuanto lo que está válidamente autorizado y no puede volver a discutirse es la libre circulación del fármaco “Postinor 2”, que contiene levonorgestrel en dosis de 0,75 mg. Sin embargo, tal acto no valida que el Estado, a través del sistema público de salud, aconseje su uso y distribuya gratuitamente el producto. A nuestro juicio, de la autorización previa del mismo fármaco que ahora se ordena distribuir surge para esta Magistratura un deber de deferencia para con las autoridades técnicas competentes en la esfera de sus atribuciones y cuyo alcance analizaremos más adelante. Igualmente puede sostenerse que no se puede dejar de considerar las razones por las cuales la

Corte Suprema validó la circulación del fármaco; de ello resultará igualmente necesario que este Tribunal se haga cargo de eventuales desigualdades que podrían producirse si no se autoriza la distribución gratuita de un fármaco que sí se encuentra disponible en el mercado.

Todo ello es razonable, pero nada de ello impide que esta Magistratura se forme su propio juicio acerca de los efectos que produce el consumo del fármaco cuya circulación está autorizada. La validez de una situación inamovible, como es la circulación de un fármaco, no legitima, por sí misma, una nueva y diversa norma que dispone que el producto sea promovido por el Estado. Ante la afirmación de que los actos de aconsejar el uso y distribuir gratuitamente los fármacos, ordenados por el Decreto impugnado, violan la Carta Fundamental, estos disidentes concuerdan en que esta Magistratura está obligada a examinar la constitucionalidad del Decreto, en cuanto ordena actos (aconsejar el uso y distribuir gratuitamente) diversos a aquellos que fueron autorizados por la resolución administrativa validada por sentencia judicial ejecutoriada (la circulación del fármaco).

**C. La alegación de estar resolviendo una cuestión de hecho, que además constituye una duda científica y se adentra en un debate moral y religioso.**

17º Que el Gobierno también ha planteado que la cuestión a resolver requiere determinar si es efectivo que la ingesta del fármaco altera *“las funciones del endometrio impidiendo la anidación de embriones. Afirmar tales efectos –continúa en su alegación esa parte- implica afirmar una realidad empírica, algo que acontece, un fenómeno externo, y como tal es un asunto de verificación científica respecto del cual existen opiniones encontradas.”* De esta afirmación, el Ejecutivo concluye que, siendo éste un Tribunal Constitucional, está llamado a resolver conflictos constitucionales que, sobre todo en control abstracto como el que se da en la especie, deben consistir en controversias jurídicas y no en asuntos de hecho, ni menos en contiendas científicas. Esta conclusión se sustenta, además de en la premisa ya referida, en dos argumentos. El primero dice relación con que, siendo éste un asunto de hecho, exigiría de una actividad probatoria que el procedimiento regulado para este Tribunal no contempla. El segundo es que el Tribunal, destinado a resolver conflictos de constitucionalidad, no estaría llamado a decidir cuestiones de esta entidad fáctica y científica, al igual como tampoco deben hacerlo los tribunales de casación. Al efecto, se cita jurisprudencia de este Tribunal que, a juicio del gobierno, implicaría una línea jurisprudencial previa en el sentido de que los hechos constituyen un límite al control abstracto de constitucionalidad.

18º Que el planteamiento anterior contiene dos aseveraciones que a juicio de estos disidentes resultan ser verdaderas, cuales son: a) que para decidir si la ingesta de los fármacos que el Decreto impugnado ordena recomendar y distribuir afecta o no el derecho a la vida de una persona (inciso primero) o desprotege la vida del que está por nacer (inciso segundo), hay que necesariamente decidir antes cuál es el efecto que produce el fármaco sobre el embrión gestado y no anidado, y b) que ésa es una cuestión de hecho, biológica, que incluso ocurre al interior del cuerpo de la mujer, que no pueden responder ni el derecho ni la moral, sino la ciencia, pues se refiere a la ocurrencia de un hecho: los efectos -mortales o no- del fármaco sobre el embrión

no anidado. Ambas afirmaciones son ciertas, pero no lo es la conclusión que de ellas extrae la parte que las formula, pues la existencia de una polémica acerca de elementos fácticos no es impedimento para que este Tribunal, ni siquiera en sede de control abstracto, siga obligado a pronunciarse. Como se expone a continuación, una cosa es la duda científica, que puede incluso ser base de la decisión jurisdiccional, y otra diversa es la controversia jurídica sometida a la decisión del Tribunal.

19° Que a esta Magistratura se la ha requerido legalmente para que examine la constitucionalidad de un Decreto Supremo respecto del cual los requirentes alegan se trataría de una norma que infringe la Constitución. Ello es materia de competencia de este Tribunal, pues el numeral 16 del artículo 93 de la Carta Fundamental así lo establece, al disponer que “*son atribuciones del Tribunal Constitucional:...16° Resolver sobre la constitucionalidad de los Decretos Supremos, cualquiera sea el vicio invocado...*”. Conforme a la Constitución y a su ley orgánica, este Tribunal no puede excusarse de emitir fallo cuando ha sido legalmente requerido en negocios de su competencia. La existencia de polémica acerca de un elemento fáctico que subyace en la decisión jurídica no ha sido establecida ni por la Carta Fundamental, ni por la ley, como una razón para que este Tribunal se abstenga de resolver una cuestión sometida a su conocimiento.

Analizaremos a continuación si existen razones, no ya jurídicas, que no las hay, como se ha demostrado, sino de naturaleza institucional o lógica para no hacerlo.

20° Que lo que esta Magistratura debe resolver es la cuestión de constitucionalidad de un Decreto Supremo. No hacerlo implicaría necesariamente validar la constitucionalidad del Decreto. Si -como argumenta el gobierno- esta Magistratura estableciera la doctrina de que debe abstenerse de pronunciamiento de constitucionalidad cada vez que para ello deba antes formarse convicción acerca de un hecho, se llegaría necesariamente al resultado de que serían inexpugnables los Decretos Supremos que infrinjan la Constitución, a condición de que se sustenten en algún hecho relevante sobre el cual el Tribunal deba convencerse para decidir la cuestión de constitucionalidad. Ello ocurriría con buena parte de los decretos -o con las leyes, que para estos efectos debieran correr la misma suerte- respecto de los cuales se alegue que infringen el derecho a la salud o al medio ambiente libre de contaminación o tantos otros, cuya cautela no se encuentra excluida de nuestra competencia y que, por lo general, y típicamente, requieren previamente de una cierta convicción acerca de la existencia de hechos.

21° Que la jurisprudencia de este Tribunal citada en la respuesta del Gobierno es concluyente en el sentido de que éste no es un órgano llamado a establecer hechos como lo hacen los tribunales del fondo, esto es, de una manera vinculante para etapas procesales posteriores o para otros juicios. Tampoco lo hará en esta oportunidad. No pretenderá darle o negarle valor jurídico a una determinada versión sobre circunstancias fácticas acerca de los efectos de los fármacos que se ordena aconsejar y distribuir. Este Tribunal no está llamado a establecer, ni para efectos de otros juicios, ni menos para la ciencia, cuál es el efecto que sobre el embrión no anidado produce la ingesta de uno u otro fármaco. Ello es muy diverso a formarse una determinada convicción acerca de tales hechos como presupuesto necesario del juicio de constitucionalidad del Decreto impugnado. Esto último no le está vedado a esta Magistratura, ni por la ley, ni por su naturaleza, ni es causal para excusarse de cumplir con sus tareas de resguardo constitucional.

22º Que la existencia de una controversia tampoco es impedimento para que un tribunal resuelva acerca de un hecho como hacen los tribunales del fondo en sus sentencias definitivas o interlocutorias o se forme convicción acerca del mismo, aunque no lo resuelva, como debe ocurrir en este caso y como se ha resuelto en casos anteriores, como los que cita el fallo en su considerando Noveno. Por el contrario, la gran mayoría de las resoluciones judiciales exige convencerse de hechos acerca de cuya veracidad las partes controvierten. La circunstancia de que el hecho relevante consista en un proceso biológico que se produce sobre un ser microscópico y ello ocurra al interior del cuerpo de la mujer, puede hacer más difícil determinar lo que a su respecto se afirma, pero no cambia en nada la necesidad de resolver acerca de la infracción constitucional que se alega.

Muchos tribunales resuelven cotidianamente cuestiones sobre la base de formarse convicción acerca de hechos dudosos, que tampoco dan por establecidos. Así, por ejemplo, diariamente se permite o deniega la libertad de un procesado sobre la base de estimar su peligrosidad para la sociedad. En tal tipo de resoluciones se decide respecto de la libertad de una persona sobre la base de una estimación y sin que el hecho –peligrosidad para la sociedad- se dé por establecido como tal; se autorizan o prohíben determinados emprendimientos, juzgando sus efectos probables sobre el medio ambiente; se estima el grado de demencia de una persona para determinar cuán responsable cabe hacerla de sus actos. No es extraño sino habitual en el derecho juzgar formándose una determinada convicción acerca de hechos polémicos, sobre la base de pruebas presentadas o incluso juzgar acerca de la plausibilidad de hechos futuros e inciertos. En algunos casos, el tribunal establece formalmente que un hecho ocurrió o no ocurrió y tal afirmación resulta indiscutible. Ello no lo hace este Tribunal, sino típicamente sólo los jueces del fondo. En otros casos, los tribunales deben formarse convicción acerca de hechos discutidos o probables para poder resolver las cuestiones de derecho. En estos casos, los tribunales no resuelven definitivamente si el hecho ocurrió o no, no resuelven una duda fáctica, no requieren dar carácter de verdad jurídica a un supuesto, ni menos resolver una polémica para la ciencia, pero en ellos resuelven un problema jurídico previa convicción sobre un hecho fáctico. Ello deberá ocurrir en la especie.

23º Que precisamente por ello y para dar solución a estos casos en que sólo es posible cierto grado de certeza, la reflexión jurídica ha ido construyendo una serie de valiosos tópicos jurídicos, de tradición milenaria, como son la cuestión acerca de a quién le corresponde probar los hechos, cuándo es debido, posible o prohibido a un juez presumir la existencia de un hecho y complejas categorías conceptuales acerca de los diversos grados de certeza que resultan necesarios para convencerse de la existencia de un hecho y emplearlo como supuesto del juicio jurisdiccional o para darlo por establecido con análogos propósitos. Así, la graduación empieza típicamente con la fundada sospecha de que algo ha ocurrido, y ella resulta suficiente para adoptar ciertas decisiones, como la detención, sigue con las presunciones y, en el otro extremo, termina con la convicción más allá de toda duda razonable, pasando por una serie de otras categorías de convicción análogas o intermedias.

24° Que es efectivo que las reglas procesales aplicables al control abstracto de constitucionalidad no contienen propiamente una fase de prueba respecto de los hechos acerca de los cuales el Tribunal deba formarse convicción.

Sin embargo, el inciso primero del artículo 30 de la Ley Orgánica de este Tribunal faculta a esta Magistratura para “*decretar las medidas que estime del caso tendientes a la más adecuada sustanciación y resolución del asunto que conozca.*” El Tribunal decretó, con fecha 7 de septiembre de 2007, que ambas partes pudieran acompañar informes de expertos. En base a ese mismo precepto, se tuvo también presente las presentaciones escritas de más de 26 organizaciones o personas. Entre ellas, informes de las Facultades de Medicina de las Universidades de Chile y Católica de Chile. Cada una de esas organizaciones que así lo pidió fue recibida en audiencia pública por el Tribunal Pleno y a ellas concurrieron a exponer fundadamente sus convicciones varios de los más connotados científicos nacionales en cuestiones reproductivas. Se acompañaron o se refirieron en tales presentaciones escritas y orales las investigaciones publicadas a este respecto. ¿Qué otra prueba podía rendirse a este respecto? Sobre los hechos en cuestión no hay testigos, tampoco caben confesiones de las partes, ni inspecciones del Tribunal. Sobre el hecho en cuestión la convicción debe lograrse analizando la prueba reunida, efectuada en laboratorios o por medio de estudios estadísticos u otro método científico válido. La que está publicada ha estado disponible para ser consultada por el Tribunal y la no publicada es, por ahora, constitutiva de meros rumores a los que no cabría dar fe.

25° Una variante de la alegación anterior ha consistido en sostener que el hecho de que en este debate se entrecrucen cuestiones morales y religiosas respecto al comienzo de la vida y a su dignidad es un impedimento para resolver esta impugnación. Ello tampoco es así, pues, como se ha demostrado, se trata de una controversia propia de la competencia del Tribunal, que se suscita en el orden temporal. Como se ha dicho, a esta Magistratura se la ha requerido legalmente para que examine la constitucionalidad de un Decreto, en materia de su competencia, y conforme a la Constitución y a su ley orgánica no puede excusarse de hacerlo. La polémica moral o religiosa acerca de lo que es la vida humana y su comienzo -o fin- no es, ni en la Carta Fundamental, ni en la ley, razón válida para que éste, ni ningún otro tribunal, se abstenga de resolver una cuestión. Por el contrario, el derecho, en cuanto garantiza la vida y la dignidad de la persona, ha estado desde siempre, y cada vez más intensamente, llamado a resolver cuestiones en que necesariamente debe precisarse el comienzo o el fin de la existencia humana. Por mucho que en ello se entretengan debates morales y religiosos, el derecho no podría renunciar a la defensa de los derechos a la vida y a la dignidad humanas que la Constitución ha consagrado y le ha encomendado resguardar cuando es requerido legalmente en negocios de su competencia, todo lo cual, como se ha dicho, se verifica en la especie.

#### **D. La excepción de estar resolviendo una cuestión de mérito.**

26° Vinculado a lo anterior, esta Magistratura debe también resolver si, como lo sostiene el Ejecutivo, debe abstenerse de entrar al fondo del asunto, por tratarse de una cuestión de mérito. A juicio de esa parte, la distribución del fármaco acarrea una serie de beneficios relacionados con la disminución de embarazos no

deseados, articularmente entre adolescentes de los sectores más vulnerables de la sociedad. En su opinión, ante tales beneficios, la eventual existencia de una duda acerca de los efectos de la anticoncepción de emergencia cuestionada no obliga al gobierno a abstenerse de su consejería y distribución de los fármacos respectivos y, a todo evento –y ello es lo importante de analizar ahora, tal debate entre el deber de abstención por la duda de estar afectada la vida y los beneficios de salud e igualdad que acarrea la política de su distribución es típicamente una decisión de mérito, que deben tomar –conforme a líneas jurisprudenciales de este Tribunal- los órganos electos con responsabilidad política.

27° Que esta cuestión planteada por el Gobierno tampoco representa un impedimento para entrar al fondo del asunto.

A nuestro juicio, tales argumentos sirven para convencer que quienes sostengan que el fármaco que el Gobierno se obliga a distribuir a través del decreto impugnado afecta la vida, de un modo contrario a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 19 de la Constitución, quedan obligados a evaluar si tal distribución permite alcanzar otros bienes que la política se propone y si ello permite o no justificar el riesgo para el derecho a la vida; pero no puede pretenderse que la doctrina acerca de las cuestiones de mérito llegue a legitimar que las autoridades políticas puedan a través de políticas públicas -que ciertamente sólo ellas están llamadas a formular- infringir la Carta Fundamental. Tal doctrina implicaría sostener que toda vulneración de un derecho debería ser validada, sin siquiera entrar al fondo del asunto, a condición de que existan beneficios públicos derivados de la medida que atenta en contra del derecho fundamental. Cuando es legalmente requerida, esta Magistratura debe controlar la adecuación de ciertas normas a la Constitución. El hecho de que tales normas formen parte de una política pública que se sustenta en juicios de mérito, no la inhibe de su deber de control.

28° Que, en atención a lo expuesto en los considerandos que anteceden y a lo que se expone en las consideraciones generales del fallo, resulta ineludible a estos disidentes desestimar las alegaciones de que este requerimiento debe acogerse o rechazarse sin necesidad de entrar al fondo del asunto y adentrarse en él.

#### **IV. La consejería y distribución de los fármacos para la anticoncepción de emergencia y el derecho a la vida.**

##### **A. Supuestos que deben verificarse para acoger el requerimiento.**

29° Que, a juicio de estos disidentes, para acoger el requerimiento de inconstitucionalidad de una parte de un Decreto Supremo sería necesario concluir, como se ha explicado en los considerandos 4° a 8° que anteceden, lo siguiente: a) que los fármacos aptos para la anticoncepción de emergencia, la píldora del día después y el Yuzpe, que el Decreto ordena recomendar y distribuir, son, cada uno de ellos, capaces de producir la muerte de un embrión no anidado, o que, a lo menos, sobre ello existe una duda de cierta entidad; b) que el embrión humano es, aún antes de su anidación en el cuerpo de la mujer, una persona, de aquellas a quienes la Constitución asegura el derecho a la vida, y/o que el embrión humano, aún antes de su anidación en el cuerpo de la mujer, es vida que está por nacer, y que disponer de él viola la norma en que la Constitución

manda al legislador protegerle, y c) que estas formas de atentar en contra del derecho a la vida resultan injustificables por otros motivos.

30° Que los supuestos exigidos para acoger el requerimiento que se han consignado en el considerando anterior tienen entre sí un vínculo lógico y consecuencial que determina el orden de su examen. Para efectos de este voto, baste con establecer que el requisito indicado en la letra a) del razonamiento anterior es condición necesaria y primera de los siguientes. En efecto, si los fármacos, que el Decreto Supremo impugnado ordena aconsejar y distribuir gratuitamente, tienen capacidad de evitar la anidación del embrión y, con ello, interrumpir su desarrollo y darle muerte, será necesario examinar los supuestos que siguen, pero, en cambio, si se concluye que ninguno de ellos tiene esa potencia o no existe siquiera duda suficiente de que la tengan, entonces no tendrá sentido, para lo que se va a resolver, determinar la entidad de la vida del embrión no implantado y su debida protección jurídica. En consecuencia, lo primero que debe analizarse es la cuestión del efecto que produce el consumo de la llamada píldora del día después o del Yuzpe sobre el embrión no anidado.

**B. Examen del primer supuesto: Los efectos de los fármacos sobre el no nacido. Cuestiones previas indispensables de considerar acerca del asunto planteado.**

31° Que lo primero que debe aclararse y enfatizarse es que la naturaleza de la pregunta establecida en el considerando anterior es fáctica. Se trata de determinar cuál es el efecto que, sobre un embrión no anidado, produce un fármaco al interior de una mujer. Esta cuestión fáctica no puede responderse con razones éticas, morales, jurídicas o filosóficas. Ante ella, los únicos criterios de verdad son empíricos. Las convicciones acerca de aspectos fácticos han de formarse sobre la base de pruebas científicas. Por su parte, las meras opiniones, aunque ellas sean sustentadas por científicos de renombre, no constituyen pruebas de un hecho.

32° Lo segundo que debe precisarse y enfatizarse es que éste, como todo Tribunal, debe adquirir convicción acerca de esta cuestión fáctica con los antecedentes disponibles en el proceso.

33° Lo tercero es precisar la pregunta. El debate entre las partes y la información disponible en el proceso permiten tener por establecidos algunos hechos no discutidos, cuales son: a) que tanto la píldora del día después como el Yuzpe son anticonceptivos eficaces. En efecto, y según se justificará más adelante, no existe debate entre las partes ni entre los expertos que expusieron en el Tribunal, en el sentido de que estos fármacos tienen capacidad anticonceptiva, en cuanto dificultan la ovulación. b) que estos fármacos no afectan la vida del embrión una vez implantado o, al menos, que no existe evidencia alguna de ello.

Lo que las partes controvierten es el efecto que la píldora y el Yuzpe producen o pueden producir sobre el embrión en la etapa previa a su anidación. Los requirentes y varios expertos sostienen que estos medicamentos, además de efectos anticonceptivos, tienen la capacidad de dar muerte al embrión antes de su implantación o de evitar su anidación o adherencia al cuerpo de la mujer, lo que impide su desarrollo y produce su muerte o, que, a lo menos, existe una duda razonable acerca de tal efecto. La parte del gobierno y otros expertos sostienen que no existe antecedente alguno que permita sostener que la píldora, además del

efecto anticonceptivo, tenga capacidad de afectar al embrión entre que éste surge, con la fecundación, y el momento de su anidación.

Este último es el hecho en debate que habrá de ser objeto de análisis a continuación: el efecto de la píldora y del Yuzpe sobre el embrión humano o cigoto que se forma al momento de la fecundación del óvulo por el espermio y hasta antes de la implantación o anidación del mismo en el cuerpo de la mujer. Para los requirentes, los fármacos cuyo uso se ordena aconsejar y distribuir son capaces de matar al embrión o de impedir su anidación en ese lapso. Para el gobierno, tal efecto no existe. Si se acepta la primera tesis sobre este asunto de hecho, tendrá sentido seguir con las restantes cuestiones que se han identificado, tales como si el embrión no anidado es persona, si su vida tiene protección constitucional, si tal protección es absoluta o mayor que los derechos de la mujer sobre su propio cuerpo, etc. Si, en cambio, se determina que tal efecto no se verifica, ello es suficiente para desechar el requerimiento, sin necesidad de dilucidar ninguna de las restantes preguntas.

**C. La afirmación de que existe al menos la duda de que los fármacos cuyo uso se ordena aconsejar y distribuir puedan impedir la implantación del embrión o de darle muerte antes de que la implantación se verifique. Peso de la prueba y estándar de certeza.**

34° Antes de entrar al análisis mismo de la evidencia capaz de producir convicción acerca del hecho en análisis, resulta necesario determinar qué es lo que se debe probar para acoger o rechazar el requerimiento y a quién le corresponde el peso de producir la prueba que sea capaz de generar convicción, todo lo cual se analiza en los considerandos que siguen de este apartado.

35° Que para invalidar un Decreto Supremo por causa de inconstitucionalidad deben existir razones de peso suficientes. Tal declaración es un hecho extraordinario.

Ello ocurre no tanto por efecto de una presunción de constitucionalidad de la norma, como por la necesidad de buen funcionamiento de la democracia y del gobierno. Los órganos establecidos por la Constitución tienen una determinada legitimidad y un ámbito de competencia, por lo que ha de partirse del supuesto de la validez de sus actos. Con ello no se dice nada preciso aún acerca de la carga ni del grado de convicción que debe generar la prueba acerca de un hecho alegado, sino sólo que ni éste ni ningún Tribunal Constitucional en el mundo debiera invalidar una norma sin estar convencido primero de la inconstitucionalidad que se alega y sin dar argumentos suficientes para demostrarla.

36° Que para que se verifique el primer elemento que venimos analizando como necesario para producir la convicción acerca de la inconstitucionalidad del Decreto impugnado, es indispensable, como se ha dicho, llegar a la convicción de que la ingesta de los fármacos que se ordena distribuir sí tiene o puede tener efectos mortales sobre el embrión concebido y no anidado. Ese es el primer hecho debatido que debe analizarse. Corresponde determinar primero qué debe probarse y quién debe hacerlo, para luego analizar qué grado de certeza debe alcanzar la prueba. Para el gobierno, son los requirentes quienes deben acreditar el efecto mortal de los fármacos; para los requirentes, es el gobierno quien debe acreditar el efecto inocuo de la

píldora del día después y del Yuzpe. Analizaremos y daremos respuesta a esta cuestión, pero no sin antes reiterar que, en quienquiera que recaiga el peso de la prueba, no puede olvidarse el hecho ya anotado en el considerando anterior: acoger el requerimiento es lo que requiere de una determinada convicción por parte del tribunal, la convicción del efecto mortífero de la píldora y del Yuzpe (o su duda razonable según analizaremos a continuación). Si tal convicción no se verifica, no puede acogerse lo pedido.

37° Que para determinar a quién corresponde el peso de la prueba, es necesario precisar el estado jurídico en que se encuentra el hecho debatido que se analiza en este apartado. El fármaco que la norma impugnada ordena aconsejar y distribuir se encuentra debidamente autorizado por Resolución N° 7224 del Instituto de Salud Pública, de fecha 24 de agosto de 2001. Tal Resolución fue impugnada de nulidad de derecho público, argumentándose precisamente que tenía o podía tener los efectos abortivos que también se alegan en esta causa, y la Corte Suprema, en sentencia que se encuentra ejecutoriada y que fue pronunciada por la Tercera Sala, integrada por los Ministros señores Enrique Tapia, Ricardo Gálvez, Domingo Yurac, Milton Juica y el Abogado Integrante señor Manuel Daniel, rechazó tal acción de nulidad, considerando, entre otras cosas, que los hechos acreditados en instancias anteriores, los que ella no podía modificar en sede de casación, no constituían prueba suficiente de que el medicamento autorizado a circular afectare un derecho constitucional. Si bien esta Magistratura no está obligada por ese razonamiento hecho por la Excma. Corte Suprema, sí lo está a considerar que lo impugnado es un Decreto Supremo que ordena informar y aconsejar acerca de y a distribuir gratuitamente un fármaco cuya circulación se encuentra autorizada por el órgano competente y, en el caso del levonorgestrel puro, además validada por un fallo ejecutoriado. A juicio de estos disidentes, no es posible a esta Magistratura partir, sin más, del supuesto que ese fármaco es apto para interrumpir el embarazo y mortal para el embrión. Ese es un hecho que debe probarse, por parte de quienes impugnan la norma que ordena distribuir el mismo fármaco debidamente autorizado. Partir del supuesto contrario haría imposible el gobierno, en este caso, haría inviable la política de autorización de medicamentos, pues habría que presumir que todo fármaco es capaz de producir la muerte mientras el propio órgano técnico no acredite lo contrario. Ello llevaría a la situación absurda y políticamente inviable de transformar a los tribunales en el verdadero órgano técnico -que no lo son- llamado a autorizar los medicamentos. Esta conclusión no significa que lo que resuelva el órgano técnico del gobierno deba tenerse siempre como cierto y definitivo. Quiere decir simplemente que quien lo impugne debe acreditar su error o invalidez y para ello debe, mediante pruebas, a lo menos sembrar un cierto grado de duda -que ya se analizará cuánto debe de ser- acerca de los supuestos que llevaron al órgano técnico a sus conclusiones científicas de no ser el fármaco mortal o lesivo para la salud.

38° Que a la misma conclusión acerca de la carga de probar se llega si se parte del supuesto -generalmente aceptado- de que debe probarse aquello que resulta extraordinario, contrario a la lógica o a la forma habitual de ocurrir los hechos. Ante un fármaco que circula con las correspondientes autorizaciones y cuyos efectos no son apreciables por los sentidos, lo extraordinario consiste en considerar que el mismo es dañino para la vida.

39° Que la parte de los requirientes ha hecho ver que, tratándose de la vida, la conclusión debiera ser la inversa, que su protección es de tal trascendencia que el hecho que debe probarse es que el fármaco es inocuo para el embrión y no que existe un determinado riesgo de producirle la muerte. Esta afirmación es evidente, pero no señala la sede en que debe ocurrir esa prueba. Los llamados a autorizar un fármaco son, en primer lugar, las autoridades del Ministerio de Salud. Ellas deben efectivamente cerciorarse, hasta un cierto grado de certeza, que el fármaco tiene propiedades benéficas para la salud y que no produce efectos secundarios mortales o dañinos para la misma. Sin embargo, una vez que esas autoridades han hecho tales exámenes y autorizan el fármaco, los terceros que aleguen que las autoridades se han equivocado, deben probar el efecto dañino que alegan o, a lo menos, probar un cierto grado de duda acerca de ello. Ello no implica que las autoridades de salud no puedan equivocarse; de hecho, nos enteramos con frecuencia que se ordena retirar del mercado un fármaco que se había autorizado porque la nueva evidencia acredita sus ciertos o probables riesgos para la salud. Tampoco significa que los tribunales no deban examinar la prueba en que se basó la conclusión del efecto no nocivo, ni que puedan, en base a la prueba que se rinda, llegar a una conclusión diversa a aquella a la cual arribaron las autoridades de salud.

Sólo significa que lo que se debe probar es el error por quienes lo alegan. La prueba del efecto nocivo del fármaco válidamente autorizado o un cierto grado de duda acerca de ello es necesaria y corre necesariamente de cuenta de los requirientes.

40° Lo anterior resulta evidente si se tiene presente que, sobre cualquier producto que se ingiere, sobre cualquier fármaco, pero también respecto de cualquier alimento debidamente autorizado, podría alguien plantear la alegación de que es mortal, de que atenta en contra de la vida. Si el producto ha sido ya autorizado por los órganos competentes, resultaría absurdo que éste u otro tribunal lo prohibieran si esa alegación de ser mortal no viene acompañada de suficiente prueba que la sustente.

41° Habiéndose precisado el hecho que debe de acreditarse y a cuál de las dos partes corresponde hacerlo, es necesario ahora dilucidar el grado de certeza que cabe exigir a quien alega el efecto nocivo del fármaco. Los grados de certeza que puede exigirse a determinada prueba pueden ir desde la capacidad de plantear una duda, hasta la certeza absoluta acerca del hecho debatido. Los requirientes argumentan que, en este caso, basta con que la prueba sea capaz de plantear una duda. Señalan que, tratándose de derechos fundamentales, y particularmente del derecho a la vida, debe siempre interpretarse la duda en pro del valor de la vida. Agregan que tratándose del hecho que debe probarse, la prueba completa del carácter abortivo exigiría experimentar con embriones para ver si se les da muerte, lo que está ética y legalmente prohibido. En este sentido, ha de concedérseles la razón, particularmente porque tratándose de la imputación de que un fármaco puede producir la muerte, los efectos del hecho son del todo irreversibles. En consecuencia, a juicio de estos disidentes, bastaría con que la prueba produzca una duda razonable de que el fármaco autorizado pueda producir la muerte de un titular del derecho a la vida (lo que también está debatido en autos en el sentido de que el cigoto lo sea), para que este Tribunal pueda invalidar el decreto que ordena al sistema público de salud aconsejar su uso y distribuirlo gratuitamente, siempre que se verifiquen las demás condiciones que la Constitución establece, ya desarrolladas para el caso en discusión. Entenderemos por duda razonable aquella

que supera una mera conjetura y se apoya en evidencia que la sustenta, aunque no alcance el nivel de certeza absoluta. Decimos que la duda debe ser al menos fundada o razonable, toda vez que, por los motivos que ya se han desarrollado en los considerandos 36° a 41° que anteceden, no basta con que una parte afirme tal efecto dañino. Es necesario que acompañe prueba de la plausibilidad de lo que afirma. **En consecuencia, mientras el adecuado funcionamiento del sistema democrático exige que la afirmación de nocividad del fármaco ya autorizado se acredite, el valor de la vida y el carácter irreversible de la muerte hacen que sea suficiente una duda razonablemente motivada y acreditada.**

42° Que las cuestiones que se acaban de dilucidar acerca del peso de la prueba y del tipo o estándar de convicción que ésta debe producir han todavía de ser distinguidas de otras dos con las que suelen confundirse. La primera consiste en dilucidar de qué muerte -cierta o probable- se trata. Ya está dicho que la discusión acerca de si la tal muerte es la de una persona que es titular del derecho a la vida, como afirman los unos, o de un ente que aún no la tiene o sólo de una parte disponible del cuerpo de la mujer, como sostienen otros, es una cuestión diversa que sólo tendría utilidad analizar si se concluye que sí existe duda razonable acerca de tal efecto sobre el embrión. También es un problema diverso y posterior determinar qué daños se ocasionarían en caso de restringirse el uso del fármaco potencialmente dañino. A este respecto, la parte del Gobierno ha hecho ver que acoger el recurso llevaría a que se produzcan más abortos clandestinos, a que haya más embarazos adolescentes no deseados entre las mujeres más pobres y a que se afecten los derechos reproductivos de las mujeres. El análisis de estas cuestiones sería necesario a condición de que efectivamente exista duda razonable acerca de la capacidad de la píldora del día después y/o del Yuzpe de producir la interrupción del desarrollo del embrión no anidado, pues, si no hay tal duda, todo ese análisis de ponderar entre riesgos probables se hace enteramente teórico e innecesario para resolver la cuestión jurídica acerca de la inconstitucionalidad del Decreto.

#### **D. Análisis de la prueba disponible en esta causa acerca de los efectos en el embrión no anidado de cada uno de los dos métodos de anticoncepción cuestionados. Introducción al mismo.**

43° Tal como ya se ha concluido fundadamente, lo que habrá de dilucidarse en este apartado es si, conforme a la evidencia acompañada en autos, es o no posible dar por acreditada una duda razonable acerca de que la ingesta de la píldora, ya sea en su modalidad de levonorgestrel puro o en combinación con etinil estradiol (método Yuzpe), es capaz de evitar la implantación del embrión humano en el cuerpo de la mujer, de evitar su anidación, impedir su desarrollo y producirle la muerte de cualquier modo. Se ha concluido también que, por tratarse de un hecho, lo único que ha de pesar a su respecto es la evidencia científica y no los argumentos jurídicos o morales. También se ha explicado que el peso de las afirmaciones dependerá de la evidencia científica en que se sustentan y no del prestigio o cantidad de quienes las suscriban. Por último, se ha concluido que la prueba debe constar en la causa.

44° Las partes fueron invitadas por el Tribunal a probar sus afirmaciones. Al efecto, con fecha 7 de septiembre de 2007, se dictó resolución que textualmente estableció: *“fjase un plazo de 30 días en el cual las*

*partes podrán acompañar informe de expertos en que se indique con claridad y precisión los efectos que, de acuerdo a la ciencia que profesan, producen los métodos comprendidos en las normas del Decreto Supremo N° 48 del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de 3 de febrero de 2007, que los requirentes impugnan.*”. Ninguna de las partes acompañó informe alguno en respuesta a esa resolución. A partir de ello sería posible sostener que las partes nada probaron en este expediente sobre los efectos de ninguno de los dos métodos de anticoncepción de emergencia cuestionados y que por lo tanto no está sustentada en evidencia científica documental alguna la duda razonable de que ellos sean capaces de interferir en la vida del embrión. Sin embargo, varias entidades, entre ellas las Facultades de Medicina de las universidades de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile y Católica de la Santísima Concepción, así como el Instituto Chileno de Medicina Reproductiva, la Red por la Vida y la Familia y los médicos Patricio Mena González, Fernando Orrego Vicuña, José Antonio Arraztoa y Maritza Busquets, de la Universidad de los Andes, hicieron llegar informes al Tribunal que se abocan y dan alguna forma de respuesta a la cuestión reseñada en el considerando anterior.

Posteriormente, en audiencias públicas realizadas los días 8 y 9 de noviembre de 2007, diversas autoridades científicas concurrieron a exponer ante el Tribunal, dejando copias de sus presentaciones y, a veces, informes más extensos. Entre ellos, lo hicieron los médicos Horacio Croxatto por el Instituto Chileno de Medicina Reproductiva, Guillermo Galán en representación de la Asociación Chilena de Protección de la Familia, Giorgio Solimano y Ramiro Molina Cartes por la Facultad de Medicina de Universidad de Chile, Patricio Mena González y Fernando Orrego Vicuña por la Red de Organizaciones por la Vida y la Familia, y Sebastián Illanes por la Fundación Instituto de Estudios Evangélicos. En la vista de la causa, los abogados de las partes aludieron también a este debate científico. Por último, como medida para mejor resolver, se trajeron a la vista los expedientes administrativos de los registros sanitarios del ISP de los fármacos Postinal, Postinor-2, Tace, Glanique y Levonorgestrel, además de las resoluciones que sirvieron de antecedente del rechazo del registro de la píldora del día después verificado en la década de los noventa. Por su parte, también se ordenó traer a la vista el expediente judicial de la causa “Centro juvenil Ages con ISP”, Rol 5839-2002, del Vigésimo Juzgado Civil de Santiago, sobre la nulidad de derecho público del fármaco Postinor-2. En la última de las causas referidas consta toda la prueba judicial producida al discutirse la anulación de la Resolución que autorizó la píldora, la que es relevante tener a la vista, por la similitud de ambos debates. Lo que es más importante, en varios de los estudios acompañados y en las presentaciones hechas los científicos aluden a una cierta evidencia científica, la presentan, analizan y sacan conclusiones. Las referencias se reiteran, aun entre quienes discrepan, a una cierta cantidad de estudios científicos. Ellos se encuentran publicados y han podido ser consultados por quienes suscriben este voto. En consecuencia, nos ha parecido que es nuestra obligación analizarlos. Si hemos sostenido que sólo la evidencia científica es capaz de sustentar o descartar la duda razonable, y que ello sólo le corresponde al Tribunal, no nos parece posible otra alternativa.

45º A continuación se listan los estudios referidos en las respectivas audiencias públicas y en los informes acompañados. En esos estudios consta la evidencia científica en que se sustentan las posiciones que se han debatido en esta causa:

1. Brito KS; Bahamondes L; Nascimento JA; de Santis L; Munuce MJ, *The in vitro effect of emergency contraception doses of levonorgestrel on the acrosome reaction of human spermatozoa*, *Contraception*.2005;72:225-228.
2. Croxatto HB, Brache V, Pavez M y cols. *Pituitaryovarian function following the standard levonorgestrel emergency contraception*. *Contraception* 2004; 70:442-50.
3. Croxatto, Horacio, *Proporción real de casos y condicione en las que el levonorgestrel previene el embarazo cuando se usa como anticonceptivo de emergencia*, *Resúmenes de la XII JORNADA NACIONAL DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA*, Santiago, 3-5 de Octubre de 2007.
4. Dunson TR, Blumenthal PD, Alvarez F y cols. *Timing of onset of contraceptive effectiveness in Norplant implant users. Part I. Changes in cervical mucus*. *Fertil Steril*. 1998; 69: 258-66.
5. Durand M, Cravioto MC, Raymond EG y cols. *On the mechanism of action of short-term levonorgestrel administration in emergency contraception*. *Contraception* 2001; 64:227-34.
6. Durand M, Seppala M, Cravioto Mdel C, Koistinen H, Koistinen R, Gonzalez-Macedo J, Larrea F. *Late follicular phase administration of levonorgestrel as an emergency contraceptive changes the secretory pattern of glycodelin in serum and endometrium during the luteal phase of the menstrual cycle* *Contraception* 2005;71:451-7.
7. Gemzell-Danielsson K, Marions L. *Mechanism of action of mifepristone and levonorgestrel when used for emergency contraception*. *Human Reproduction Update*, 2004; 10: 341-8.
8. Glasier A. *Emergency Postcoital Contraception*. *N Engl J Med*, 337:1058 – 64, 1997.
9. Hamoda H, Ashok PW, Stalder C, Flett GM, Kennedy E, Templeton A. *A randomized trial of mifepristone (10 mg) and levonorgestrel for emergency contraception*. *Obstet Gynecol*. 2004; 104(6):1307-13.
10. Hapangama D, Glasier AF, Baird DT. *The effects of pre-ovulatory administration of the levonorgestrel on the menstrual cycle*. *Contraception* 2001; 63:123-9.
11. Hewitt G, Cromer B., *Obstetrics and Gynecology Clinics of North America, 2000 Update on adolescent contraception*. *Obstetrics and Gynecology Clinics of North America*, 27(1), 2000.143-62.
12. Ho PC y Kwan MS, *A prospective randomized comparison of levonorgestrel with the Yuzpe regimen in post-coital contraception*. *HUMAN REPRODUCTION*, 1993 Mar; 8(3):389-92.
13. Kesserü E, Garmendia F, Westphal N, Parada J. *The hormonal and peripheral effects of d-Norgestrel in postcoital contraception*. *Contraception* 1974; 10:411-424.
14. Lalitkumar PG, Lalitkumar S, Meng CX, Stavreus- Evers A, Hambiliki F, Bentin-Ley U, Gemzell-Danielsson K. *Mifepristone, but not levonorgestrel, inhibits human blastocyst attachment to an in vitro endometrial three-dimensional cell culture model*. *Hum Reprod*. 2007, 22:3031-3037.

15. Landgren BM, Johannisson E, Aedo AR, Kumar A, Yongen S. The effect of levonorgestrel administered in large doses at different atages of the cycle on ovarian function and endometrial morphology. *Contraception* 39(3):275-289 (1989).
16. Lavalleur, *Emergency contraception, Obstetrics and Gynecology Clinics of North America*, 27(4), pp. 817, 2000.
17. Mandelin, H Koistinen, R Koistinen, B Affandi and M Seppala, *Levonorgestrel-releasing intrauterine device-wearing women express contraceptive glycodeilin A in endometrium during midcycle: another contraceptive mechanism?*, *Human Reproduction* 12 (12), 1997.2671-5.
18. Marions L, Cekan SZ, Bygdeman M, Gemzell-Danielsson K. *Effect of emergency contraception with levonorgestrel or mifepristone on ovarian function. Contraception* 2004; 69: 373-7.
19. Marions L, Hultenby K, Lindell I y cols. *Emergency contraception with levonorgestrel and mifepristone: mechanism of action. Obstetrics and Gynecology* 2002; 100:65-71.
20. Massai MR, Forcelledo ML, Brache V, Tejada AS, Salvatierra AM, Reyes MV, Alvarez F, Faundes A, Croxatto HB. *Does meloxicam increase the incidence of anovulation induced by single administration of levonorgestrel in emergency contraception? A pilot study. Hum Reprod*, 2007, Feb;22(2):434-9.
21. Mikolajczyk Rafael T, Joseph B. Stanford, *Levonorgestrel emergency contraception: a joint analysis of effectiveness and mechanism of action, Fertil Steril*. 2007 Feb 21; 17320877.
22. Moggia A, Beauquis A, Ferrari F, Torrado ML, Alonso JL, Korembli E, Mischler T, *The use of progestogens as postcoital oral contraceptives. Journal of Reproductive Medicine*, August 1974; 13(2):58-61.
23. Muller AL, Llados C, Croxatto HB. *Postcoital treatment with levonorgestrel does not disrupt postfertilization events in the rat. Contraception* 67:415-19, 2003.
24. Novikova N, Weisberg E, Stanczyk FZ, Croxatto HB, Fraser IS. *Effectiveness of levonorgestrel emergency contraception given before or after ovulation – a ilot study. Contraception* 75 (2):112-118, 2007.
25. Okewole IA, Arowojolu AO, Odusoga OL, Oloyede OA, Adeleye OA, Salu J, Dada OA. *Effect of single administration of levonorgestrel on the menstrual cycle. Contraception*. 2007; 75:372-7.
26. Ortiz ME, Ortiz RE, Fuentes M, Parraguez VH, Croxatto HB. *Post-coital administration of levonorgestrel does not interfere with postfertilization events in the new-world monkey Cebus apella. Human Reproduction* 19:1352-56, 2004.
27. Palomino A, Boric A, Gabler F y cols. *Efecto de levonorgestrel como anticoncepción de emergencia sobre receptores de endometrio durante la ventana de implantación. Resúmenes de la XVIII Reunión de la Asociación Latinoamericana de Investigadores en Reproducción Humana. Varadero, Cuba, 28-31 Mayo, 2003.*
28. Paltieli, I. Eibschitz, G.Zozkind et. al. *High progesterone levels and ciliari dysfunction- A possible cause of ectopic pregnancy. J. Asist.Reprod. Genet.* 17:103 (2000).

29. Raymond, Elizabeth G., Laurie P. Lovely, Mario Chen-Mok, Markku Seppälä, Robert J. Kurman and Bruce A. Lessey, *Effect of the Yuzpe regimen of emergency contraception on markers of endometrial receptivity*, *Human Reproduction*, Vol. 15, No. 11, 2351-2355, November 2000.
30. Rivera R, Yacobson I, Grimes D, *The mechanism of action of hormonal contraceptives and intrauterine contraceptive devices*. *Am J Obstet Gynecol*. 1999; 181(5 Pt 1):1263-9.
31. Rodrigues I, Grou F, Jly J., *Effectiveness of emergency contraceptive pills between 72 and 120 hours after unprotected intercourse*. *Am J Obstet Gynecol* 184:531-37, 2001.
32. Speroff, Leon, Seifer, David, *Clinical Gynecologic Endocrinology and Infertility*, Fifth Edit, 1994.
33. Trussell James, PhD and Elizabeth G. Raymond, MD, MPH, *Statistical Evidence About The Mechanism Of Action Of The Yuzpe Regimen Of Emergency Contraception*, *Obstetrics & Gynecology* 1999;93:872-876.
34. Trusell James, Ellerston Charlotte, Dorflinger Laneta, *“Effectiveness of the Yuzpe regimen of emergency contraception by cycle day of intercourse: implications for mechanism of action*, *Contraception* 2003; 67, 167-171.
35. Ugocsai G.; Rozsa M; Ugocsai P., *Scanning electron microscopic (SEM) changes of the endometrium in women taking high doses of levonorgestrel as emergency postcoital contraception*, *Contraception*, Volume 66, Number 6, December 2002 , pp. 433-437(5).
36. Vargas M Tapia A, Henríquez S, Quezada M, Reyes P, Cárdenas H, Noe G, Salvatierra A, Gangi L, Monroe D, Velasquez L, Croxatto HB. *Efecto de la administración postovulatoria de levonorgestrel sobre el perfil de expresión de 20.383 genes durante el período de receptividad endometrial analizado por microarreglos de ADN*. XIX Reunión Bienal de la Asociación Latinoamericana de Investigadores en Reproducción Humana ALIRH. Cartagena de Indias, Colombia, Mayo 10-13 de 2005.
37. Von Hertzen H. Von Hertzen y P.F.A. Van Look, *“Research on New Methods of Emergency Contraception”*, *International Family Planning Perspectives*, 22-62-68, 1996.
38. Wai Ngai Suk, Susan Fan, Shiqin Li, Linan Cheng, Juhong Ding, Xiaoping Jing, Ernest Hung Yu Ng and Pak Chung Ho, *A randomized trial to compare 24 h versus 12 h double dose regimen of levonorgestrel for emergency contraception*, *Human Reproduction* Vol.20, No.1 pp. 307–311, 2005.
39. Wang, J. Wu, J. Cheng et al., *Effects of Emergency Contraceptive with Mifepristone and Levonorgestrel on the Endometrium of the Time of Implantation*. In: *Proceeding of the International Conference on Reproductive Health*, 1998 mar. 15-19; Mumbai, India.
40. Wellbery, *Emergency contraception*, *Arch Fam Med* mom 9 (7), 2000. cmop. 00642-6.
41. WHO (OMS) Task Force on Postovulatory Methods of Fertility Regulation. *Randomised controlled trial of levonorgestrel versus the Yuzpe regimen of combined oral contraceptives for emergency contraception*. *Lancet* 1998;352(9126):428-33.
42. Wu, J. Chen, R. Xu, H. Wang et al. *Effects of mifepristone and levonorgestrel on the human endometrium during periimplantation*. En PP Chander, PFA Van Look, eds, *Sexual and Reproductive Health, Recent Advances, Future Directions*. New Age Internacional Publ., New Delhi 2001, pp. 143-148.

43. Yeung, WSB et al, *The effects of levonorgestrel on various sperm function*, *Contraception* 2002; 66:453-457.

44. Young D.C., R.D. Wielhe, S.G. Joshi, A.N. Poindexter III. *Emergency contraception alters progesterone associated endometrial protein in serum and uterine luminal fluid*. *Obst. Gynecol.*84: 266 (1994).

En lo que sigue, estos estudios serán citados sólo empleando el apellido del primero de los autores y el año de publicación. Los referidos en los numerales 3, 27 y 36 no se encuentran concluidos y sólo ha sido publicado el curso de la investigación y sus conclusiones provisionarias en congresos, por lo que ello habrá de tenerse presente al asignarles fuerza de convicción. Las indicadas en los numerales 39 y 42 corresponden a investigaciones concluidas que nunca fueron objeto de publicación en revista científica, por lo que no pueden ser consideradas como elementos de convicción. Por su parte, las indicadas en los numerales 7, 8, 16, 21, 30, 32, 33, 37 y 40 no dan cuenta de nueva evidencia científica sino que constituyen más bien un análisis de la existente, reseñas bibliográficas o manuales de medicina. En tercer lugar, debe tenerse además presente que los estudios mencionados en los numerales 9, 12, 31 y 38, fueron diseñados para medir la eficacia del levonorgestrel usado como anticoncepción de emergencia, pero no para explicar el modo en que alcanza tal eficacia. En razón de ellos no son relevantes para determinar si el fármaco es o no capaz de afectar la vida del embrión humano. Si bien el estudio de la Organización Mundial de la Salud (WHO, 1998), mencionado en el numeral 41 que antecede, podría considerarse parte de este grupo, no será descartado, por ser uno de los elementos fundantes de un argumento esgrimido por el informe de la Facultad de Medicina de la Universidad Católica que habrá de analizarse.

46º Para un análisis más ordenado de la evidencia científica que fuera referida a este Tribunal, la misma será agrupada en siete categorías, sin perjuicio de tenerse presente que alguna de ella puede ser clasificada en más de una:

1. Evidencia disponible en esta causa que alude a los efectos anovulatorios del levonorgestrel puro, conocido como píldora del día después, o del método Yuzpe;
2. Evidencia disponible en esta causa que alude a los efectos de la píldora del día después o del Yuzpe sobre la migración de los espermios;
3. Evidencia disponible en esta causa acerca del modo de acción de los métodos anticonceptivos de emergencia sobre la base del análisis de su eficacia en la prevención de embarazos y la posibilidad que actúe después de la ovulación;
4. Evidencia disponible en esta causa acerca de los efectos de la píldora del día después en animales;
5. Evidencia disponible en esta causa acerca de los efectos de la píldora del día después o del Yuzpe en el transporte tubario del embrión fecundado;
6. Evidencia disponible en esta causa acerca de los efectos de la píldora del día después o del Yuzpe en la producción de proteínas relevantes para el desarrollo del embrión;

7. Evidencia disponible en esta causa acerca de los efectos de la píldora del día después o del Yuzpe sobre el endometrio y su capacidad de anidar el embrión.

Para una mejor ilustración, el cuadro siguiente contiene un listado de la evidencia disponible y del o de los aspectos en relación a los cuales cada uno fue invocado.

Del listado referido en el considerando anterior se han excluido aquellos estudios que no serán considerados en el análisis para alcanzar convicción, por las razones ya expuestas.

Estudia los efectos del levonorgestrel y/o del Yuzpe sobre:	Espermios	Ovulación	Desarrollo del embrión				
			Eficacia post ovulación		Tubario Transporte	Proteínas	Endometrio
			Mujeres	Animales			
1. Brito, 2005 (citado en el "Informe" de la PUC)							
2. Croxatto, 2004 (citado por Orrego e ICIMER)							
3. Croxatto, 2007 (citado por ICIMER)							
4. Dunson et al, 1998 (citado por Mena y Orrego)							
5. Durand 2001 (citado por ICIMER)							
6. Durand 2005 (citado en ICIMER)							
7. Hapangama 2001 (citado por ICIMER)							
8. Kesserü 1974 (citado por Mena, Orrego, Illanes e ICIMER)							
9. Lalitkumar, 2007 (citado por ICIMER)							



10. Landgren, 1989 (citado por Mena)							
<b>Estudia los efectos del levonorgestrel y/o del Yuzpe sobre:</b>	Espermios	Ovulación	<b>Desarrollo del embrión</b>				
			Eficacia post ovulación		Transporte tubario	Proteínas	Endometrio
			mujeres	animales			
11. Mandelin E, et al., 1997. (citado por Mena)							
12. Marions 2002 (citado por ICMER)							
13. Marions, 2004 (citado por Illanes)							
14. Massai, 2007 (citado por Illanes)							
15. Muller 2003: (citado por ICMER)							
16. Novikova, 2007 (citado por ICMER e Illanes).							
17. Okewole, 2007 (citado por ICMER)							
18. Ortiz 2004 (citado por ICMER)							
19. Palomino, 2003 (citado por ICMER)							
20. Paltieli, 2000 (citado por Orrego)							
21. Raymond, 2000 (citado por Orrego)							
22. Trusell, 2003							
23. Ugocsai, 2002 (citado por Mena,							

Orrego e ICMER)							
24. Vargas 2005 (citado en ICMER)							
25. Young, 1994 (citado en Orrego e Illanes)							
26. WHO, 1998							
27. Yeung, 2002							

**E. Análisis de la evidencia disponible en esta causa que alude a los efectos anovulatorios del levonorgestrel solo (píldora del día después) y del método Yuzpe.**

47° La evidencia científica que aparece marcada en la columna “ovulación” del cuadro anterior, fue citada en todo o parte por los científicos que comparecieron ante el Tribunal. Todos ellos concordaron en que tal evidencia acredita, de manera indiscutida, que el levonorgestrel, ya sea puro (conocido como píldora del día después) o de la combinación de éste con etinil estradiol (conocido como método Yuzpe), en las dosis ya referidas, tiene la capacidad de inhibir la ovulación de la mujer. Este efecto figura como conclusión de esos estudios y experimentos, lo que parece suficiente para darlo por establecido, dada la convergencia de todas las conclusiones y de la opinión concordante de los científicos expositores. El hecho de que los fármacos cuyo uso el Decreto ordena aconsejar y distribuir sean capaces de producir este efecto inhibitorio de la ovulación es enteramente irrelevante para lo que este Tribunal debe resolver, toda vez que nadie ha sostenido que este efecto pueda ser contrario a la vida de una persona o de quien está por nacer. Nadie en este proceso ha sostenido que el óvulo no fecundado constituya vida humana.

**F. Análisis de la evidencia disponible en esta causa relativa a los efectos de los fármacos sobre los espermios y su capacidad de migración.**

48° Varios de los científicos que concurrieron a estrados o documentaron al Tribunal manifestaron que también existe evidencia en el sentido de que el levonorgestrel (puro o combinado) produce el efecto de dificultar el transporte de los espermios. Al efecto, citaron los trabajos que han sido marcados en el cuadro anterior como referidos a este tema. Sin embargo, esta evidencia acerca del efecto espermigratorio ha sido cuestionada y es discutida la eficacia del levonorgestrel en dificultar la sobrevivencia o el transporte de los espermios. Este es un hecho que será considerado más adelante (apartado G, considerando 57), pues resulta relevante, como se dirá, para sostener otras hipótesis acerca de los efectos de los fármacos. Sin embargo, lo que resulta fuera de toda duda y basta para concluir en esta materia es que si fuere efectivo que el levonorgestrel es eficaz para inhibir el transporte de los espermios o dificultar de cualquier otro modo su

sobrevida en el aparato genital de la mujer, ello no significa que atente en contra de la vida de una persona o desproteja a quien está por nacer, pues nadie ha sostenido que en los espermios exista vida humana que merezca protección constitucional.

**G. Análisis de la evidencia disponible en esta causa acerca del modo de acción de los métodos anticonceptivos de emergencia sobre la base del análisis de su eficacia en la prevención de embarazos y la posibilidad que actúe después de la ovulación.**

49° Conforme a lo anunciado, cabe, en tercer lugar, examinar la evidencia científica que dice relación con el análisis de los posibles modos de acción de los métodos anticonceptivos sobre la base de estudiar la eficacia en mujeres, según se administre antes o después de la ovulación. Según veremos, la evidencia se funda en estudios estadísticos destinados a dilucidar si existe o no una duda razonable acerca de la aptitud del levonorgestrel puro (o píldora del día después) o de la combinación de levonorgestrel y etinil estradiol (método Yuzpe) de producir efectos posteriores a la fecundación, consistentes en impedir la anidación del embrión o de impedir su desarrollo o darle muerte. Esta evidencia mide el número de embarazos resultantes en mujeres que han ingerido la píldora, contrastándolo con el número de embarazos probables, estimados según estudios estadísticos generalmente aceptados como la normalidad. Como no hay duda que ambos métodos tienen efectos anticonceptivos que consisten –a lo menos- en evitar la ovulación de la mujer, los estudios estadísticos a que nos referimos importan sólo en cuanto aíslan a un grupo de mujeres que haya ingerido la píldora después de haber ovulado (y de haber tenido relaciones sexuales, por supuesto). En este grupo de mujeres, la píldora ya no tiene capacidad de producir efectos anovulatorios (pues este fenómeno natural ya está producido). Si en este grupo se verificare un menor número de embarazos que el esperado como “normal”, sería evidencia de que la píldora podría producir efectos posteriores a la ovulación, que probablemente lo serían sobre el huevo fecundado. Si, por el contrario, el número de embarazos efectivos en este grupo fuere equivalente al esperado en condiciones normales, sería evidencia de que la píldora no tiene aptitud para interferir con el desarrollo del embrión. Para dar valor de convicción a estos estudios, como puede apreciarse, resulta decisiva la confiabilidad del criterio empleado para discriminar el momento de la ovulación.

50° Que son cuatro los estudios que han sido referidos por los expertos que han concurrido al Tribunal o por los estudios acompañados como evidencia relativa a estadísticas de embarazos en mujeres que han ovulado y a quienes se ha administrado algunos de estos fármacos: Landgren, 1989; WHO (OMS), 1998; Novikova, 2007, y Croxatto, esta última, en curso.

51° El estudio de Landgren (1989), citado en relación al tema del epígrafe, da cuenta de haber investigado a mujeres en distintos grupos del ciclo ovárico, a quienes se administró levonorgestrel 0,75 mg cada 48 hrs. Por cuatro veces. El estudio fue particularmente empleado por el Dr. Mena para sostener que el mismo acredita una baja efectividad antiovulatoria de la píldora, lo que daría margen para pensar que su efectividad anticonceptiva se debería a un efecto sobre el embrión. Debe destacarse que en este experimento se

administró levonorgestrel en dosis equivalentes al doble de aquella que se prescribe en el decreto impugnado. Además, debe dejarse constancia que el trabajo citado no contiene antecedente alguno que sea indiciario de efectos del fármaco sobre el embrión. De hecho, no fue requisito de la población de mujeres estudiadas en esta experiencia que hubiesen tenido siquiera relaciones sexuales. El estudio no es uno estadístico acerca de la eficacia del levonorgestrel para evitar embarazos, sino acerca de sus efectos en el endometrio y en la ovulación.

52° En el documento acompañado por la Facultad de Medicina de la Universidad Católica se toma pie del estudio de la Organización Mundial de la Salud (WHO, 1998) para afirmar que *“(d) e uno de los estudios disponemos la información de 243 mujeres que tuvieron la relación sexual un día antes o después de la ovulación esperada. De ellas, aproximadamente el 46% ingirió el levonorgestrel en las primeras 24 horas; el 36% entre las 24 y 48 horas y el 19% entre las 48 y 72 hrs. De tal manera que un porcentaje importante de mujeres tomó levonorgestrel uno o más días después de la ovulación esperada en que el único mecanismo posible para explicar su efectividad es el antiimplantatorio.”* El estudio referido no arriba a la conclusión citada por la Universidad. En él se concluye que el levonorgestrel es mejor tolerado y más efectivo que el método Yuzpe, considerado estándar a esa fecha.

*(“Interpretation: The levonorgestrel regimen was better tolerated and more effective than the current standard in hormonal emergency contraception. With either regimen, the earlier the treatment is given, the more effective it seems to be.”)* El documento de la Universidad no usa entonces las propias conclusiones de la evidencia que refiere para sacar las suyas, sino que hace una inferencia de sus datos, inferencia que está basada en el conocimiento de la fecha de la ovulación y el supuesto efecto impeditivo del embarazo de los métodos aun cuando se usen después de la ovulación. A este respecto, debe destacarse que, en el estudio, la fecha de ovulación esperada no fue medida sino que estimada sobre la base de la recordación o memoria de la mujer y predicciones de cuándo ocurriría, lo que la hace insegura. Asimismo, debe dejarse constancia de que el universo de mujeres estudiadas fue escogido de entre aquellas que pedían anticoncepción de emergencia, sin conocerse su fertilidad, ni la existencia efectiva de espermios en ellas. Esto importa por cuanto la ausencia de embarazo en una mujer del estudio no es atribuible a la píldora del día después si ella no es fértil o si no hay espermios en sus genitales.

53° En la investigación realizada por Novikova (2007), en cambio, la fecha de ovulación se determinó en base a exámenes de sangre, lo que permite conocer con precisión el momento de la ovulación, por lo que el resultado es más confiable. Sobre la base de este método, la investigación en comento realizó seguimientos a 34 mujeres en las que aún no se había producido la ovulación cuando se ingirió el levonorgestrel. Conforme a una tabla de fertilidad aceptada como lo normal en el ámbito científico (Tabla de Wilcox), de esos casos cabía esperar 4 embarazos (para mujeres sin levonorgestrel), de los que se produjeron 0, lo que da cuenta del efecto anticonceptivo de esa sustancia. En cambio, en los casos en que ya se había producido la ovulación, de un total de 17 mujeres, cabía esperar 3 embarazos según la Tabla de Wilcox (en mujeres sin levonorgestrel) y se produjeron 3, lo que se muestra como evidencia del nulo efecto de la píldora del día

después luego de la ovulación y de su consiguiente efecto inocuo en la capacidad de anidación y desarrollo del huevo fecundado.

54° El último estudio estadístico referido está siendo desarrollado por el investigador chileno Horacio Croxatto y se encuentra sólo publicado en congresos. (Croxatto, 2007). En él se han estudiado 224 mujeres de 18-38 años que solicitaron anticoncepción de emergencia dentro de 120 horas después de la relación sexual no protegida y que no estaban usando anticonceptivos hormonales en ese ciclo. La ovulación se determinó, al igual que en el estudio de Novikova, a través de exámenes de sangre, además de ecografías. A través de ese mismo método se pudo determinar si la relación sexual ocurrió dentro del período fértil. De todas las mujeres analizadas, 69 estaban en riesgo de quedar embarazadas por haber tenido relaciones sexuales en el período fértil. De aquéllas, 48 tomaron levonorgestrel antes de la ovulación y 21 después de la misma. Los resultados que se han obtenido hasta ahora son los siguientes: en 5 de estas 48 mujeres no se conoce el desenlace del tratamiento, y en las 43 restantes no hubo embarazo aunque, por la probabilidad acumulada de embarazo (5.54), se esperaba que ocurrieran 5 ó 6. En el caso de las 21 mujeres que tomaron levonorgestrel después de la ovulación, en tres casos no se conoce el desenlace del tratamiento, y de las 18 restantes se esperaba que ocurrieran 3 ó 4 embarazos y efectivamente se han producido 3 embarazos. A partir de estos experimentos, el autor concluye que *“(e)stos resultados preliminares que revelan un 30% de falla del método son concordantes con los hallazgos de Novikova col (Contraception 75:112, 2007) y con nuestra hipótesis [de que el levonorgestrel (LNG) como anticonceptivo de emergencia (AE) sólo previene el embarazo cuando se administra antes de la ovulación] y sugieren que el LNG sólo afecta el proceso reproductivo cuando aún puede interferir con el proceso ovulatorio.”*

55° Las conclusiones de Novikova fueron criticadas por el informe de la P. Universidad Católica pues “cualquiera conclusión de este tipo carece de consistencia por el escaso número de mujeres estudiadas ...” (página 15) y también en estrados por el Doctor Illanes, ya que la tabla estadística de embarazos esperados en condiciones de normalidad o Tabla de Wilcox está construida sobre una tasa de fertilidad de las mujeres norteamericanas, que, a juicio de Illanes, no sería extrapolable al grupo de mujeres australianas en las que Novikova hace el seguimiento. Illanes señaló que la fertilidad de la población norteamericana es casi la mitad de la fertilidad de la población de Nueva Zelanda. Sin embargo, esta alegación pierde toda capacidad de convicción, pues no afirmó ni acompañó antecedentes para estimar que las mujeres australianas debieran tener una fertilidad más aproximada a las neozelandesas que a las norteamericanas.

56° Que de los cuatro estudios estadísticos enunciados, se concluye que los dos en que la ovulación fue calculada con mayor grado de precisión a través de exámenes de sangre, constituyen evidencia de que, una vez producida la ovulación, la ingesta de la píldora no produce efectos que puedan afectar a un eventual embrión. Si bien no puede decirse que esta evidencia sea definitiva -ni a este Tribunal cabría discernir aquello, que es propio de la ciencia-, particularmente porque las muestras estadísticas son pequeñas y se encuentra discutida, al menos en un caso, la tasa de fertilidad normal contra la que se compara la muestra, y otro de los estudios se encuentra publicado sólo como investigación en curso, no es menos cierto que esta

evidencia apunta en la dirección de reafirmar y no de poner en duda el carácter inocuo de la píldora de levonorgestrel puro que el Decreto ordena aconsejar y distribuir como anticonceptivo de emergencia.

Las dudas planteadas respecto a la capacidad de los métodos de interferir con el desarrollo del embrión no se fundan en evidencia de que así ocurra, sino que surgen a partir de la supuesta eficacia de los mismos después de producida la ovulación, pero tales conjeturas se fundan en estudios que determinan la ovulación de manera menos certera que aquellos otros estudios que la miden de manera más precisa y éstos muestran evidencia (no conclusiva) de que no hay efectos del fármaco después de la fecundación.

57° Los Drs. Mena y Orrego argumentaron que la alta eficacia que muestra la píldora en prevenir embarazos no podía explicarse por sus solos efectos anovulatorios y anti espermigratorios. Sobre este último efecto, manifestaron que la evidencia científica, particularmente los estudios de Kesserü y Dunson, eran suficientes para acreditar que él sólo se verificaba entre las 7 horas y los 3 días posteriores a la administración del levonorgestrel. De esta limitación temporal del fármaco para obstaculizar la migración de los espermios dedujeron que la eficacia mostrada por esta sustancia en impedir los embarazos no podría explicarse sólo por este efecto antiespermigratorio o el anovulatorio y sería suficiente para sostener una duda acerca de si el mismo no actúa además sobre el embrión humano. Esta argumentación no es suficiente a estos disidentes para postular la duda razonable indicada, por cuanto nada en esa argumentación es indicio directo de un efecto sobre el embrión y tampoco ella establece por qué los casos en que no se produce el embarazo no podrían explicarse por el efecto anovulatorio. Como se ha dicho, la evidencia más confiable, esto es, aquella que calculó el momento de la ovulación por métodos más certeros, es indiciaria de que la píldora es enteramente incapaz de disminuir embarazos y, por ende, de afectar al embrión.

58° Por su parte, el informe emitido por la Facultad de Medicina de la P. Universidad Católica de Chile, en sus acápites preliminares (punto 2., finalidad de la anticoncepción de emergencia), sostiene, de un modo más general, que uno de los mecanismos a través de los cuales actúa la píldora consiste en impedir la implantación. A pesar de que el texto afirma que todos los investigadores coinciden en ello, cita sólo 1 texto y refiere a otros 3 autores en ese mismo acápite. El texto citado (Von Herten H. and van Look) no corresponde a una investigación que dé cuenta de nueva evidencia científica, sino a un artículo de recopilación o reseña. Su data es de 1996, cuando se había realizado mucho menos investigación que aquella de la que hoy se dispone. Otro tanto ocurre con el trabajo que se cita de Glasier, un trabajo también de recopilación y comentarios que data de 1997. La tercera cita corresponde al Boletín 51 de la OMS, al que nos referiremos más adelante. El único trabajo citado que si bien no aporta nueva evidencia, sí reúne la producida y extrae consecuencias a partir de ella, es el de Trussell, 2003. Este se refiere a la eficacia del método Yuzpe para anticoncepción de emergencia. Su conclusión no es, sin embargo, concordante con lo afirmado por quienes le citan, puesto que explícitamente el estudio concluye que uno de los **mecanismos hipotéticos** de la acción del método Yuzpe, el inhibir la implantación de un huevo fertilizado, **es improbable que sea el mecanismo** primario de acción. (*These results suggest that one hypothesized mechanism of action of the Yuzpe method, inhibiting implantation of a fertilized egg, is unlikely to be the primary mechanism of action.*) Es distinto formular, a modo de hipótesis cuáles pueden ser los mecanismos

de acción de un fármaco que concluirlo o demostrarlo. Lo que el trabajo demuestra es que la hipótesis citada resulta improbable, al menos como mecanismo primario de acción.

59° En consecuencia, la experiencia con mujeres de que dan cuenta los considerandos anteriores es indiciaria de que la píldora del día después no tiene efecto alguno después de producirse la ovulación y, por ende, carece de aptitud para afectar el desarrollo del huevo fecundado. Si bien se ha discutido, con razones no despreciables, que esta evidencia no es concluyente en el sentido indicado, lo importante, para los efectos de resolver la cuestión que nos ocupa, es que la prueba no establece la duda razonable de los efectos mortíferos de la píldora sobre el embrión que pretenden los requirentes.

#### **H. Análisis de la prueba acerca de los efectos del levonorgestrel puro en animales disponible en esta causa.**

60° Que en las audiencias públicas llevadas a cabo ante este Tribunal, los expertos individualizados en el considerando 44° aludieron a dos estudios fundados en experimentos científicos realizados con animales. Ambos se encuentran publicados y han podido ser consultados por esta Magistratura. El primero, Muller (2003), a través de experimentos con ratas, busca precisar si el levonorgestrel puede interferir eventos posteriores a la fecundación. El estudio concluye que, en esos animales, la administración del fármaco inhibió la ovulación total o parcialmente, **mientras que no tuvo efecto en la fertilización ni en la implantación** cuando el levonorgestrel fue administrado inmediatamente antes o después del apareamiento, o antes de la implantación. Los autores concluyen que la administración de levonorgestrel, incluso en dosis varias veces mayores que las usadas por mujeres como anticoncepción de emergencia, puede inhibir la ovulación pero no tiene un efecto posterior a la fecundación que deteriore la fertilidad en la rata. (*“It is concluded that acute postcoital administration of LNG at doses several-fold higher than those used for EC [emergency contraception] in women, which are able to inhibit ovulation, had no postfertilization effect that impairs fertility in the rat”*). En el segundo estudio, Ortiz et. al, 2004, se indaga si el levonorgestrel tiene capacidad de prevenir el embarazo a través de la interferencia de eventos posteriores a la fertilización, pero esta vez experimentando en monas cebus apella. En esos animales los autores reportan haber realizado dos experimentos: uno para estudiar los efectos del levonorgestrel en la fertilidad y otro para estudiar los efectos en la ovulación. Para determinar el efecto en la fertilidad, se administró oralmente o por vía subcutánea levonorgestrel 0.75 mg. una o dos veces dentro de las primeras 24 horas posteriores al apareamiento. En estos casos, la administración postcoital tenía por objeto determinar si el levonorgestrel podía interferir en eventos posteriores a la fecundación. Los resultados del experimento demostraron que la tasa de embarazos fue idéntica en los casos tratados con levonorgestrel y en aquellos en que no lo fueron (en que se usó placebo) (54%), descartándose de este modo que el fármaco interfiera con la implantación. En el segundo experimento, dirigido a estudiar los efectos del levonorgestrel sobre la ovulación, se concluyó en su eficacia anovulatoria.

Realizados estos experimentos, los autores concluyeron que en la mona Cebus Apella el levonorgestrel puede inhibir o retrasar la ovulación pero no puede prevenir el embarazo cuando ya se ha producido la fecundación. (*"In Cebus monkeys, LNG can inhibit or delay ovulation but, once fertilization has taken place, it cannot prevent the establishment of pregnancy. These findings do not support the hypothesis that emergency contraception with LNG prevents pregnancy by interfering with post-fertilization events"*).

61° Que las conclusiones de los estudios referidos en el considerando anterior fueron objeto de observaciones entre los expertos que concurrieron a estrados y en uno de los documentos acompañados. Así, los resultados de la investigación de Ortiz fueron cuestionados por el Dr. Mena, quien observó que en los casos en que la mona a la que se le había administrado levonorgestrel quedó preñada, no hubo diagnóstico de la vitalidad del embrión, lo que, a su juicio, constituía un error metodológico, ya que el levonorgestrel podría –según el Dr. Mena- disminuir las proteínas que el embrión necesita para desarrollarse y alcalinizar el líquido uterino a tal punto que puede impedir su sobrevivencia. En ese sentido planteó que el estudio debería haber determinado el momento de aparición de la actividad cardíaca cebus apella, que se debería repetir el estudio prolongando el período de observación hasta que haya posibilidad de latido cardíaco en los embriones y ajustar el tamaño de la muestra para determinar riesgo de aborto espontáneo en los controles no tratados. Por otra parte, en varias presentaciones y en el documento de la Escuela de Medicina de la P. Universidad Católica también se puso en duda que los resultados en ratas o en monas sean extrapolables a humanas, ya que tienen sistemas hormonales y endometriales distintos.

Algunas de estas observaciones críticas fueron respondidas por el Dr. Croxatto, en su exposición ante el Tribunal.

62° Que, como puede apreciarse de lo señalado en los dos considerandos que anteceden, los únicos dos estudios que han sido invocados en esta causa que dan cuenta de experimentos de administración del fármaco cuestionado en animales, han concluido que tiene un efecto antiovlutorio, que es una forma de anticoncepción, y que, en cambio, no tiene ninguna capacidad de afectar la anidación del embrión. Del debate posterior puede colegirse que aspectos metodológicos y de extrapolación de conclusiones a humanos, cuestionan que estos experimentos permitan dar por científicamente establecido que la ingesta de la píldora por mujeres no tenga capacidad de evitar la implantación del embrión. Con todo, lo que resulta decisivo e importante para la decisión de este voto, es que los únicos dos estudios referidos en esta causa que dan cuenta de experimentos con animales son indiciarios de que la píldora no tiene capacidad de afectar la anidación del embrión y que no se ha citado estudio alguno ni se ha hecho ver respecto de los referidos de que exista indicio que el fármaco sea capaz de evitar la anidación del embrión o interrumpir su desarrollo. En consecuencia y ante la única pregunta relevante para esta decisión, de si existen antecedentes para sustentar una duda razonable de que la píldora pueda atentar en contra de la vida, debe concluirse que, hasta donde se puso en antecedentes al Tribunal por las partes y los expertos que concurrieron a él, la experimentación con animales no permite sustentarla.

**I. Análisis de la evidencia disponible en esta causa acerca de los efectos de los fármacos de la anticoncepción de emergencia en el transporte tubario del embrión fecundado.**

63° El Dr. Mena, al exponer ante el Tribunal, afirmó también la existencia de la duda razonable acerca del efecto mortífero de la píldora del día después sobre el embrión, en base a que ella tendría el efecto de paralizar los cilios de la trompa de Falopio, elementos cuyo movimiento ayuda a que el embrión se desplace desde la trompa hasta el útero para implantarse. Conforme a la tesis del exponente, como el movimiento del óvulo es más lento de lo que debería por acción del fármaco, éste no alcanza a llegar al útero en el momento en que el endometrio está preparado para recibirlo. De ese modo, la píldora tendría aptitud para frustrar la implantación. Estos argumentos se fundaron de manera principal en los estudios efectuados por Ugocsai, 2002. El doctor Orrego adujo argumentos similares y concordantes fundándose también en el estudio de Paltieli, 2000. En el mismo sentido se pronunció el Dr. Illanes.

64° Analizados los estudios referidos, ellos no convencen a estos disidentes de que exista una duda razonable acerca del efecto anti implantatorio de los precisos métodos impugnados en autos, por las siguientes razones: primero, porque el estudio de Paltieli se llevó a cabo con progesterona y no con levonorgestrel. En segundo lugar, porque el estudio de Ugocsai se llevó a cabo con dosis de levonorgestrel cuatro a seis veces superiores a las dosis recomendadas (1.5 mg por una sola vez), por lo que no puede ser considerada evidencia suficiente acerca de los efectos de dosis menores, además de estar basado en un estudio sobre sólo tres mujeres. Por último, y lo que resulta más importante, si uno de los efectos del levonorgestrel fuere la paralización de los cilios, entonces su administración debiera naturalmente derivar en una mayor cantidad de embarazos tubarios o ectópicos, lo que no ha sido probado por evidencia alguna.<sup>1</sup> En consecuencia, tampoco por esta vía se ha logrado establecer una duda razonable de que la píldora del día después tenga aptitud para atentar en contra de la vida del embrión.

**J. Análisis de la evidencia disponible en esta causa acerca de los efectos de la píldora del día después en la producción de proteínas necesarias para el desarrollo del embrión.**

65° El Dr. Mena sostuvo ante el Tribunal que el levonorgestrel disminuye una proteína denominada glicodelina A en el líquido uterino, la que, sostuvo, era importante para el desarrollo del embrión antes de su implantación. Al efecto citó el estudio de Mandelin, 1997.

Orrego, por su parte, coincidió con este punto y al efecto citó el estudio de Young, 1994, el que también fue referido por el Dr. Illanes.

66° El estudio de Mandelin no tiene aptitud para provocar en estos disidentes duda acerca de los efectos de los métodos impugnados en el embrión, toda vez que fue efectuado con un DIU liberador de levonorgestrel y existe concordancia entre los expertos en que este método de liberar <sup>1</sup> Si bien existen casos reportados de embarazos ectópicos en mujeres que han consumido levonorgestrel como anticoncepción de emergencia, no existen estudios que señalen una relación causal entre un fenómeno y otro, ni experiencias que den cuenta de

un número estadístico de embarazos ectópicos que pudiere ser indiciario del efecto de la píldora que se viene analizando.

levonorgestrel, de manera constante al interior del útero, produce efectos del todo diversos a los que provoca la administración oral postcoital y ocasional del mismo fármaco, que es lo que las normas impugnadas ordenan aconsejar y distribuir. A mayor abundamiento, el estudio de Raymond, invocado también por el Dr. Orrego para el análisis del endometrio que se incluye más adelante, luego de experimentar con régimen Yuzpe en 19 mujeres en 2 períodos menstruales, concluye no haber encontrado diferencias significativas entre los ciclos tratados y no tratados, entre otros factores, en el de la glicodelina.

Además el punto acerca de si la glicodelina ayuda a proteger o alimentar al embrión antes de su implantación, constituye una afirmación sobre la cual no se acompañó evidencia alguna al Tribunal. Lo que hemos leído en los textos revisados sí indica que ese compuesto inhibe la fecundación. En cuanto al estudio de Young, éste experimenta con régimen Yuzpe, concluyendo que el mismo tiene aptitud para disminuir la proteína endometrial asociada a progesterona. En efecto, el estudio señala que *“High doses ethinil estradiol-norgestrel emergency contraception effectively suppresses progesterone-associated endometrial protein in the midluteal uterus, potentially altering the endometrial environment unfavorably and affecting the survival of the early embryo”*. El método empleado por este estudio para arribar a la referida conclusión no tiene aptitud para provocar una duda razonable acerca de los efectos del régimen Yuzpe que el Decreto Supremo impugnado ordena recomendar, ya que mientras las dosis del Decreto son de 0,2 mg de etinil estradiol más 1 mg de levonorgestrel, las dosis con que experimentó Young ascienden a 0,2 mg de etinil estradiol más 4 mg de levonorgestrel. Es decir, la dosis de levonorgestrel sobre la cual se sacan las señaladas conclusiones es cuatro veces mayor que aquella que contempla el Decreto impugnado. En consecuencia, los antecedentes referidos no tienen la fuerza de convicción mínima suficiente para dar por establecida una duda razonable acerca de un efecto mortal o siquiera dañino sobre el embrión del levonorgestrel puro (pues no experimentan con él) ni con el régimen Yuzpe en las dosis que el Decreto ordena aconsejar.

67° Por su parte, los doctores Mena, Orrego e Illanes plantearon en estrados que el levonorgestrel no sólo afectaba al embrión a través de la disminución de la glicodelina A, sino que también el fármaco lograba alcalinizar en tal medida el líquido uterino, que impedía la sobrevivencia del cigoto. Para afirmar esa idea se apoyaron en el trabajo de Kesserü que concluye que el LNG produce una alcalinización del líquido uterino, después de 4 horas y hasta 48 horas desde que el medicamento es ingerido.

Revisado este estudio, constatamos que efectivamente este autor observó un efecto alcalinizador de diversas dosis levonorgestrel sobre 10 mujeres. Concluyó que este ambiente alcalinizado impide enteramente la supervivencia de espermios. (*“Alteration of the genital environment and consequent interference with ascent of the sperm might have a role in the contraceptive mechanism of postcoital d-norgestrel”*).

68° El estudio de Kesserü, en cuanto se refiere a la alcalinización del líquido uterino, será descartado por estos disidentes. El mismo fue realizado hace ya treinta y cuatro años y lo que este investigador observa resulta incompatible y contradicho por múltiple evidencia posterior. Desde luego, entre la restante evidencia puesta a disposición de este Tribunal, no aparece ninguna que en los 34 años posteriores haya hecho

seguimiento a esta observación del efecto alcalinizador del levonorgestrel, que aparece así enteramente aislada. El efecto 1974, observa, en las mujeres con que experimentó resulta contradicho por toda la evidencia posterior que hemos citado en la primera columna del cuadro contenido en el considerando 46. En toda la evidencia más reciente que se ha referido al Tribunal y en las opiniones científicas acompañadas, el efecto del levonorgestrel sobre los espermios es muy inferior al observado por Kesserü, al punto que hoy se discute, como se ha dicho, si el levonorgestrel efectivamente tiene o no capacidad para afectarlos. La contradicción insalvable entre lo observado por este investigador y aquella, mayor en número, que se ha verificado con posterioridad, nos obligan a dar mayor fe a esta sobre aquella.

#### **K. Análisis de la evidencia disponible en esta causa acerca de los efectos de los métodos de anticoncepción de emergencia sobre el endometrio y su capacidad de anidar el embrión.**

69° En su exposición el Dr. Croxatto señaló la existencia de evidencia científica reciente que acredita que la administración del levonorgestrel no produce efecto alguno impeditivo de la anidación del embrión. Al efecto, citó fundamentalmente el trabajo de Lalitkumar, 2007, y las investigaciones de Vargas y Palomino, las que actualmente se encuentran en curso y no han sido publicadas más que en congresos, lo que, como ya se señaló, debe ser considerado para disminuir su fuerza de convicción. Por su parte, Mena, Orrego e Illanes argumentaron que el levonorgestrel produce daños en el endometrio que impiden la anidación del embrión. Al efecto citaron los estudios de Wu, Ugocsai, 2002, y Raymond, 1999. El estudio de Wu, tal como se anunciara con anterioridad, ha sido descartado de este razonamiento porque nunca fue publicado.

70° En el estudio de Lalitkumar se investigan endometrios cultivados in vitro. En 14 de ellos, se administró levonorgestrel, anidándose correctamente embriones en 6 casos, mientras que en 17 en que no se administró esa sustancia anidaron correctamente 10 embriones. Este experimento acreditaría, según quien lo expuso, que el levonorgestrel no tendría aptitud para impedir la anidación. (*“Levonorgestrel did not impair the attachment of humans embryos to the in vitro endometrial construct. This model could be used to understand endometrial receptivity and embryo-endometrial construct. This model could be used to understand endometrial dialog and to develop new fertility regulating substances”*).

71° El estudio referido en el considerando anterior fue objeto de análisis tanto por el Doctor Mena como por el Doctor Illanes. El primero formuló varias razones por las cuales no debiera considerarse esta experiencia in Vitro como suficiente prueba, fundamentalmente porque las condiciones reales del endometrio, especialmente después del acto sexual, eran muy diversas a aquel in vitro con el que se experimentó. Así se pronuncia también el informe de la Facultad de Medicina de la P. Universidad Católica, el que, luego de reconocer que los estudios más recientes que emplean las dosis recomendadas de LNG para la anticoncepción de emergencia no han encontrado evidencia de alteraciones endometriales, lo que ha convencido a la mayoría de los investigadores de que no hay evidencia consistente en cuanto a que el LNG altere la receptividad endometrial, retruca esta percepción generalizada haciendo ver que tales estudios recientes fueron hechos en mujeres que no habían tenido relaciones sexuales (pág. 12 del informe). El Doctor Illanes, si bien aceptó que

la diferencia estadística proporcionada por el estudio era indiciaria de un efecto inocuo, cuestionó que lo pequeño de la muestra y la incidencia del azar la hacía irrelevante. (Argumentos similares acerca de que el bajo número de embriones estudiados no permite arribar a conclusiones importantes puede encontrarse en el informe de la P. Universidad Católica). Illanes fue más allá e hizo ver que la pequeña diferencia en la proporción 10 de 17 casos en que no se administró levonorgestrel y 6 de 14 casos en que sí se administró, podría, si se llevara a grandes números, indicar la conclusión contraria de aquella a la que arriban los investigadores; esto es, que sí podría haber un efecto de la píldora en el endometrio que dificultaría la anidación del embrión.

72º El estudio de Vargas (2005), aún inconcluso, investiga la reacción de la expresión génica del endometrio frente a la administración de levonorgestrel. Después de analizar 20.383 genes, llega a la conclusión preliminar de que la cantidad de genes que se ven afectados por la administración de levonorgestrel es irrelevante (0.05%) para afectar la receptividad endometrial.

73º Por su parte, el estudio de Palomino (2003), aún en curso, analiza mediante biopsias de endometrio el estado del endometrio después de la administración de levonorgestrel 1.5 mg, concluyendo preliminarmente que *“(e)l proceso de ovulación no es interferido por la administración de LNG en período periovulatorio. En conjunto estos datos no muestran modificaciones en la morfología del endometrio y la expresión de PR durante la ventana de implantación”*.

74º En lo que dice relación con la investigación de Ugocsai, valga reiterar lo señalado en el considerando 64º de esta disidencia, de acuerdo al cual la referida investigación no convence a estos disidentes de que exista una duda razonable acerca del efecto dañino que tendrían los métodos impugnados sobre el endometrio, ya que éste se llevó a cabo con dosis de levonorgestrel 4 a 6 veces superiores a aquellas que ordena aconsejar y distribuir el Decreto Supremo impugnado, por lo que no puede ser considerada evidencia suficiente acerca de los efectos de dosis menores.

75º La investigación de Raymond, 2000, citada por Orrego ante el Tribunal, concluye que el régimen Yuzpe disminuye el grosor del endometrio, lo que, según afirmara el exponente, podría afectar la implantación del embrión. De acuerdo al estudio, la administración de Yuzpe disminuye el grosor endometrial en un 22,6%, pudiendo llegar a medir 7 mm., en circunstancias que su grosor natural es de 9 mm.

No se acompañó evidencia alguna de que la disminución del grosor endometrial en 2 mm. pueda disminuir la capacidad de implantación del embrión. De hecho, el propio estudio que se viene mencionando señala que no existe claridad acerca de la relación entre los efectos descubiertos y la acción contraceptiva del régimen Yuzpe. (*“Five statistically significant changes were noted in treated cycles: a reduction in endometrial MUC-1 expression, an increase in endometrial oestrogen receptor, lower proportion of glandular supranuclear vacuoles. The relationship of these findings to the contraceptive action of the Yuzpe regimen is unclear”*).

76º Como puede apreciarse de lo establecido en los siete considerandos que preceden, la evidencia científica disponible que se puso en conocimiento de este Tribunal indica que los fármacos empleados en la anticoncepción de emergencia a que alude el Decreto Supremo no producen efectos sobre el endometrio que disminuyan su capacidad de anidar al embrión. Los cuestionamientos de esta evidencia, tanto en su vertiente

relativa a las condiciones in Vitro como al tamaño de la muestra, parecen suficientes para no estimarla definitiva, ni le corresponde a este Tribunal hacerlo. Sin embargo, y lo que es decisivo para la presente causa, la evidencia científica presentada no permite dar sustento a la duda contraria; esto es, a que efectivamente el levonorgestrel tenga capacidad de impedir la anidación del embrión. No existe evidencia alguna invocada ante el Tribunal que así lo sustente para el levonorgestrel puro (píldora del día después) y la única que le da sustento en el caso del Yuzpe o combinación de levonorgestrel con etinil estradiol, es con dosis muy superiores a aquella que el Decreto impugnado ordena aconsejar.

#### **L. Los argumentos derivados de información de organismos extranjeros y de rotulación farmacéutica de la píldora.**

77º Que la parte requirente y varios informes acompañados han destacado como prueba del carácter antianidatorio que tendría la píldora (y, por ende, inconstitucional según esa postura) el hecho que ello se afirme como posible o probable por la agencia Food and Drug Administration (F.D.A.) de los Estados Unidos de Norteamérica y por varios de los laboratorios que producen el fármaco.

Quienes así argumentan, hacen ver que, una vez definido por la Organización Mundial de la Salud que el embarazo y la vida comienzan con la anidación, las compañías farmacéuticas han dejado de tener inhibiciones en reconocer que la píldora puede impedir la anidación, por entender este fenómeno como previo a ello. Así, destacan que la OMS en su Boletín Nº 51 (1999), titulada “Progress in Reproductive Health Research”, indica en relación al régimen Yuzpe que **este puede** bloquear la implantación del embrión, lo que no constituye aborto, pues el embarazo sólo puede ocurrir a partir de la implantación. (“*The Yuzpe method of emergency contraception works by interrupting a woman’s reproductive cycle. Depending on when in the cycle the pills are taken, they can prevent or delay ovulation, may interfere with fertilization of the egg, or block implantation in the uterus wall. Medical science considers that pregnancy has begun when the implantation of a fertilized egg in the lining of a woman’s uterus is complete. The process of implantation starts about five days after fertilization and is completed about one week later, just prior to the time of the expected menses. Emergency contraceptive pills are ineffective after implantation; they cannot cause an abortion if the woman is already pregnant*”). En concordancia con lo anterior, la agencia norteamericana (F.D.A.) señala respecto del fármaco Plan B (levonorgestrel 0.75), que **es posible** que éste pueda prevenir la anidación. (“*How does Plan B work? Plan B works like a birth control pill to prevent pregnancy mainly by stopping the release of an egg from the ovary. It is possible that Plan B may also work by preventing fertilization of an egg (the uniting of sperm with the egg) or by preventing attachment (implantation) to the uterus (womb), which usually occurs beginning 7 days after release of an egg from the ovary. Plan B will not do anything to a fertilized egg already attached to the uterus. The pregnancy will continue*”). En el mismo sentido se refiere el Laboratorio Duramed Pharmaceuticals al señalado fármaco, haciendo ver que **puede** afectar la implantación. (“*Plan B works like a regular birth control pill. It prevents pregnancy mainly by stopping the release of an egg from the ovary, and may also prevent the fertilization of an egg (the uniting of*

*sperm with the egg). Plan B may also work by preventing it from attaching to the uterus (womb). It is important to know that Plan B will not affect a fertilized egg already attached to the uterus; it will not affect an existing pregnancy.”).*

78º Que cada vez que el Instituto de Salud Pública ha aprobado este fármaco, lo ha hecho obligando al productor a incluir leyendas al modo de folletos de información médica y de información al paciente. Las leyendas pertinentes varían en cada caso. En la última de las resoluciones aprobatorias, dictada para el Laboratorio Bestpharma, se señala que en el folleto de información al médico debe constar lo siguiente: *“El mecanismo de acción de los anticonceptivos de emergencia no ha sido claramente establecido, sin embargo, la evidencia científica sugiere que la inhibición o retraso de la ovulación es el principal mecanismo de acción. También se piensa que podrían prevenir la fertilización por alteración del transporte de los espermios y/o del óvulo. Además se ha sugerido que podrían prevenir la implantación o la alteración del endometrio, no obstante los anticonceptivos de emergencia no son eficaces una vez que el proceso de implantación ha comenzado”*. Por su parte, en el folleto de información al paciente, del mismo medicamento, el Instituto de Salud Pública ha establecido que debe constar la siguiente leyenda: *“Los anticonceptivos de emergencia no deben ser administrados en mujeres que han confirmado su embarazo, principalmente, porque no producirán ningún efecto.”*

79º Que las leyendas o advertencias referidas en los considerandos anteriores no pueden ser consideradas como evidencia para convencer de que la píldora sea capaz de producir los efectos sobre los que advierten como posibles. Como ya se ha reiterado, para generar una duda razonable sobre un hecho empírico sobre el que existe prueba científica, es necesario invocar tales pruebas científicas y no meras opiniones. Las opiniones que se citan dan cuenta de no poder descartarse un efecto posible. No poder descartar un efecto, **señalar que “se ha sugerido”**, o que “podrían” impedir la implantación no es lo mismo que afirmar que ello ocurra o sustentar una duda razonable a su respecto, ni menos constituye evidencia de ello.

Aun cuando sea la autoridad la que obligue a circular tales leyendas junto con el fármaco, ellas siguen diciendo lo que dicen: que se ha sugerido o que es posible o que se ha sugerido que el fármaco tiene efectos contrarios a la vida del embrión, lo que no es evidencia de que ello sea efectivamente así, ni que sobre ello exista una duda razonable.

En la medida que tales leyendas no son obligadas por la autoridad, probablemente están movidas por el afán de evitar responsabilidad por un riesgo posible acerca del cual el usuario queda advertido; efecto que no se afirma, ni menos se sustenta como probable mientras que afirmarlo no acarrea riesgo alguno sobre quienes lo formulan, al considerar ellos que el efecto posible que advierten no está prohibido a nivel internacional.

#### **M. Análisis de la evidencia disponible en los expedientes administrativos que autorizaron la circulación y comercialización de la píldora del día después.**

80º Que obran en este proceso los expedientes administrativos correspondientes a los registros sanitarios de los fármacos Postinal, Postinor 2, Tace, Glanique y Levonorgestrel, este último presentado por diversos

laboratorios, en el Instituto de Salud Pública, todos ellos tramitados entre los años 1990 y 2006. Todos los expedientes se refieren al registro o al cambio en las condiciones de circulación de fármacos compuestos de levonorgestrel al 0,75, para ser administrados como anticoncepción hormonal de emergencia post coital (lo que hemos denominado en este voto píldora del día después). En estos procesos administrativos consta la Resolución 8416, del Instituto de Salud Pública de 23 de julio de 1990, que deniega la solicitud por cuanto *“(l)a dosis de Levonorgestrel de 750 mcg (0,750 mg) sobrepasa considerablemente las dosis aceptadas para el uso como anticonceptivo.”* Agrega la Resolución que *“en dosis tan elevadas, este compuesto es capaz de bloquear el desarrollo del óvulo fecundado en su fase más precoz, impidiendo la progresión del embarazo. Por lo tanto - concluye la referida Resolución-, además de ser anticonceptivo postcoital por su administración, actuaría como abortivo o favoreciendo la expulsión del huevo fertilizado después de su nidación (sic)”*. El texto transcrito es copia de las conclusiones a las que llega la Comisión para Evaluación de Productos Farmacéuticos Nuevos del Ministerio de Salud en su sesión de fecha 24 de mayo de 1990. En el acta de la Comisión no existe análisis, cita o referencia de la evidencia científica que le permite arribar a ella.

81° La misma Comisión cambia luego de criterio, a partir del 15 de diciembre de 2000, y recomienda autorizar este fármaco. Consta en el acta de la sesión N° 9 de la referida Comisión, celebrada con fecha 15 de diciembre de 2000, que 5 de los expertos votaron a favor de *aprobar el fármaco y 4 en contra. Las únicas razones de los primeros que constan en el acta es el “informe positivo del evaluador” y que “demuestra con estudios clínicos eficacia y seguridad en las indicaciones propuestas.”* Quienes votaron en contra se limitaron a dejar constancia como razones que *“uno de los posibles mecanismos de acción sería impedir la anidación del óvulo fecundado en el útero. Si se considera la vida desde el momento de la fecundación y no de la implantación del óvulo sería microabortivo. La legislación vigente en Chile no permite la interrupción del embarazo.”* El acta no nos informa qué evidencia científica le permite a la minoría de esa Comisión afirmar que uno de los posibles mecanismos de acción sería impedir la anidación del óvulo fecundado en el útero. Por su parte, el informe en que se sustenta la mayoría para aprobar, emitido por el Doctor Sergio Lecanellier, sostiene, a esa fecha, *“que el mecanismo de acción del levonorgestrel en la contracepción de emergencia no está totalmente establecido..., pero se sostiene que este método no interrumpe el embarazo, y por lo tanto no produce aborto.”* El texto de este informe tampoco analiza o refiere la evidencia científica en que se sustenta, aunque dice acompañar una serie de publicaciones acerca del efecto del Yuzpe, las que no quedaron adjuntas al expediente administrativo que se nos ha acompañado, por lo que no es posible analizarla o identificarla siquiera.

82° A partir de marzo de 1991, consta que el Instituto de Salud Pública, luego de ese informe de la Comisión, ha procedido a autorizar a varios laboratorios la comercialización del fármaco. Más allá de la constancia de las conclusiones a que arribaron en una y otra oportunidad, ni en las actas de las comisiones ni en las resoluciones acompañadas ellas aparecen justificadas, más allá de la afirmación o negación de su capacidad de interferir con el desarrollo del embrión antes de su anidación. No existen fundamentos ni se invoca evidencia científica para sustentar la verdad o falsedad que se sustenta. Ni en las anteriores opiniones de la Comisión ni en las más recientes, ni en ninguna resolución encontramos fundamento alguno que sustente o

dé razón de las conclusiones a las que los expertos o las autoridades arriban y que ya han sido referidas. Por su parte, en los expedientes respectivos figuran, además de las solicitudes, pruebas de laboratorio relativas a la composición del fármaco, su pureza, caducidad, capacidad de disolución y desintegración y otros aspectos análogos y referencias y, en un caso, resumen de alguna literatura científica, acompañada por los solicitantes del registro, la que no difiere de la ya analizada en considerandos anteriores, y otros antecedentes, tales como conclusiones de comisiones de expertos en otros países o de organizaciones como la Organización Panamericana de la Salud, las que son coincidentes en que la píldora no es abortiva y que su función es la de impedir la fertilización previniendo la ovulación o interfiriendo con los espermios, de modo tal que no puedan fertilizar.

83º Consta en estos mismos expedientes que, en sesión sexta del Grupo de Trabajo para Evaluación de Productos Farmacéuticos Nuevos del Instituto de Salud Pública, realizada el 18 de julio de 2001 (sólo consta de ella un documento denominado Pre Acta Nº 6 y no el acta misma, ni documento firmado), se acordó recomendar, por unanimidad, el registro del fármaco Postinor 2. No figura fundamentación, salvo en cuanto se asimila a Postinal, ya aprobado.

84º Que de los antecedentes analizados y reseñados en los cuatro considerandos que anteceden puede concluirse que las autoridades del Ministerio de Salud y los integrantes de la comisión que lo asesora en la evaluación de los productos farmacéuticos nuevos han mostrado convicciones y resoluciones que han variado a lo largo del tiempo acerca de los efectos de la píldora. En general, puede afirmarse que hasta el año 2000 la circulación de la píldora fue prohibida por la autoridad sanitaria competente por cuanto la comisión que la asesoraba en la materia concluyó que la píldora interfería con la vida del embrión humano y que, en cambio, a partir del año 2001 hasta hoy el criterio de la autoridad ha sido autorizarla, fundada en un informe de la misma comisión que considera lo contrario. En uno y en otro caso, la Comisión dejó constancia de su conclusión, pero no de la evidencia científica en que se apoyaba.

Habiéndose ya concluido en este voto que no es la existencia de convicciones u opiniones de otros, por respetables que sean sus personas o las posiciones que ocupan, lo que puede dar por establecida una duda razonable acerca de la capacidad de un producto autorizado de producir la muerte de un embrión humano, sino la invocación de evidencia científica que acredite el hecho o la duda razonable de su verificación, esta documentación tampoco tiene esa aptitud de producir tal duda, máxime si los expertos que allí figuran suscribiendo conclusiones, ya no las sustentan desde hace siete años atrás.

#### **N. Conclusiones acerca de la prueba recopilada en autos.**

85º Habiendo concluido que sólo sobre la base de evidencia científica y no de constatar el debate entre científicos era posible determinar si existía o no una duda razonable acerca de la capacidad de la píldora de actuar contra las expectativas de vida del embrión humano entre la fecundación y antes de la anidación, nos hemos visto obligados al análisis de toda esa evidencia, en cuanto fue recopilada en estos autos o referida en ellos. En cada uno de los acápites que nos han servido para exponerla y analizarla, hemos concluido que no

es suficiente para dar por establecida esa duda, ni para el uso de dos dosis de levonorgestrel puro (píldora del día después), ni para el régimen Yuzpe en las dosis que el Decreto Supremo contempla. Al terminar el análisis de las pruebas aportadas por las partes no nos cabe entonces sino concluir de igual modo.

La evidencia científica analizada acredita que los métodos de anticoncepción hormonal de emergencia son eficaces para prevenir embarazos. También acreditan que ello se debe, en todo o parte, según se discute, a su capacidad de impedir la ovulación en la mujer. También existe evidencia indiciaria de que dificultan el viaje de los espermios al óvulo, aunque ello se discute y no está plenamente acreditado. Ninguno de los dos efectos antes mencionados podría considerarse contrario a la Constitución, pues no lo es prevenir la fecundación. Se discute si los fármacos podrían interferir con el embrión y es difícil una prueba cierta y definitiva por los problemas que conlleva experimentar con embriones. La experiencia con animales conduce a concluir que no hay tales efectos contrarios al desarrollo del embrión, pero se discute si tales conclusiones pueden extrapolarse a humanos. La evidencia que ha medido el efecto del levonorgestrel en otras condiciones del aparato reproductor femenino es indiciaria de que no tiene capacidad de alterar su desarrollo o anidación. Lo mismo puede decirse del Yuzpe, salvo en cuanto se emplee con dosis de levonorgestrel muy superiores a aquella que recomiendan las normas impugnadas. En consecuencia, en esta causa no se ha acreditado la existencia de una duda razonable de que ni uno ni otro de los métodos que la norma cuestionada ordena aconsejar, ni la píldora de levonorgestrel puro que ordena distribuir, son capaces de impedir la anidación de un embrión humano, de impedir su desarrollo o de darle muerte por cualquier otra vía. Hemos querido que esta conclusión, que versa sobre un elemento fáctico, no emane de nuestras propias convicciones morales acerca de la vida, ni del respeto que nos merecen quienes preconizan unas u otras, sino de la evidencia disponible en este expediente, cuyo análisis hemos intentado exponer de modo pormenorizado.

Ello no niega que pueda existir otra evidencia al margen de este proceso o que pueda producirse en el futuro, pero tales posibilidades tampoco podrían conducirnos a dar por establecida una duda razonable, pues, como jueces, creemos estar obligados a adquirir convicción con el solo mérito del proceso.

Por su parte, la rotulación voluntaria u obligada del producto, si bien deja constancia de que se ha sostenido u sugerido que puede tener efecto sobre el embrión, no afirma que ello sea un hecho cierto o una duda razonable.

Dejar constancia de que se ha sostenido un hecho no constituye evidencia alguna acerca de la probabilidad de su certeza y, a nuestro juicio, no puede fundar su prohibición por un tribunal, máxime en una materia de esta trascendencia.

Por último, los expedientes administrativos tenidos a la vista acreditan que las autoridades sanitarias respectivas vienen autorizando los productos mencionados desde hace 7 años, fundándose en opiniones de expertos que las asesoran, que opinan que los fármacos no tienen aptitud abortiva.

86° Que cabe destacarse que al concluirse de este modo, se coincide con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia que, en fallo de fecha 28 de noviembre de 2005, rechazó una acción de nulidad de derecho público en contra del registro de la misma píldora que el Decreto ahora impugnado ordena aconsejar y distribuir. Entre las consideraciones de tal decisión, la Corte estableció que *“30°... de lo anterior, fluye como una cuestión*

*vinculante, para la resolución del recurso de casación en el fondo, de acuerdo con los hechos indicados precedentemente y a los cuales este tribunal no está en condiciones jurídicas de modificar, que no está establecido que el fármaco Postinor 2 produzca los efectos dañinos que se invocan en la demanda, para justificar la nulidad de derecho público que permita dejar sin efecto la resolución N° 7.224 de 24 de agosto de 2001, dictada por el I.S.P., que materializó el registro para la venta o comercialización del aludido fármaco, elaborado en base al principio activo "Levonorgestrel" 0.75 mg. En síntesis, [continúa la Corte] se adujo por el actor que dicho compuesto amenaza o afecta el derecho a la vida de los concebidos y no nacidos y por ello se pedía la protección jurisdiccional, porque tal fármaco al afectar un embrión, por consiguiente un ser ya concebido, tenía un efecto abortivo que proscribía el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Carta Fundamental y el artículo 75 del Código Civil, que cautela también la vida del que está por nacer", lo que hemos denominado en este voto píldora del día después, **pero tales supuestos no fueron demostrados.***

En el considerando siguiente, la misma Corte descartó que la sentencia impugnada en esa oportunidad hubiere transgredido normas jurídicas, razonando al efecto: "31°) *Que en estas circunstancias, la sentencia impugnada al expresar que no se demostró que el fármaco "Postinor 2" tenga los efectos abortivos que sostuvo la demanda y al desestimarla por este motivo, no ha podido transgredir las normas antes indicadas, que aseguran la vida del que está por nacer*". Luego la Corte razona del siguiente modo: "32°) *Que frente a lo concluido anteriormente, **no ha podido transgredirse, como lo sostiene el recurso, el estatuto jurídico del embrión humano, con infracción a lo dispuesto en los artículos 19 N° 1 de la Constitución Política de la República y 75 del Código anteriormente aludido, puesto que la infracción denunciada, parte del supuesto de hecho, de un compromiso vital a un concebido, no demostrado ante los jueces del fondo, por lo que dicho quebrantamiento no se ha producido***". 34°) *Que, como ya se ha explicado, no es cuestión demostrada en este juicio la cualidad abortiva del fármaco aludido ni tampoco que su utilización pudiera provocar, en grado de certeza, un peligro de la vida del que está por nacer*". Puede constatarse entonces que la exposición razonada de la evidencia disponible en esa oportunidad, llevó a los Tribunales Superiores de Justicia a una conclusión análoga a la que se arriba en este voto, cual es la de que no se han aportado evidencias de los efectos contrarios a la vida de la denominada píldora del día después. En esa oportunidad no se dio por acreditado el hecho alegado; en este voto se da por no sustentada la duda razonable acerca del mismo hecho.

#### **Ñ. No es necesario el examen de los restantes supuestos.**

87° Habiéndose llegado a la conclusión de que la prueba presentada en esta causa no permite afirmar que la píldora del día después tenga efectos mortales sobre el embrión, ni que sobre ello exista una duda suficientemente razonable, no resulta necesario continuar con el análisis para rechazar el requerimiento. En efecto, al haberse concluido del modo en que se ha hecho, ya no es posible sostener que haya atentado en contra de la vida. Siendo ello así, no tendría sentido, para magistrados que formamos parte de un órgano jurisdiccional llamado a resolver este concreto requerimiento en contra del Decreto Supremo, continuar

razonando acerca de la naturaleza y derechos del embrión no anidado frente a los conceptos de vida, persona, protección del que está por nacer y demás complejas cuestiones planteadas en esta causa.

## **V. Conclusiones.**

88° En el capítulo III, considerandos 11° a 28°, hemos estudiado las cuatro razones por las cuales las partes han solicitado a este Tribunal abstenerse de conocer el fondo de este asunto, concluyendo que ninguna de ellas era suficiente y que, por ende, también a juicio de estos disidentes, resulta necesario entrar a determinar el fondo del asunto, materia que queda descrita en los considerandos 2° a 10° que les anteceden. De esos mismos razonamientos se toma el apartado A del capítulo IV, considerandos 29° y 30°, para exponer como es que, para acoger el requerimiento de autos, se requiere dar por establecidas tres premisas: la primera es que los métodos de anticoncepción de emergencia, que el Decreto ordena a los funcionarios del sistema público de salud aconsejar y distribuir, sean capaces de interferir con la vida del embrión, entre el momento en que surge, a partir de la fecundación, y hasta antes de que éste se anide o adhiera al cuerpo de la mujer. Ese momento inicial está determinado porque sólo desde él es posible argumentar que haya vida y el de término, porque la ciencia ha determinado que la píldora no es capaz de producir efecto alguno después de la anidación. La segunda premisa para acoger este requerimiento es que se concluya que la interferencia con la vida del embrión en esa etapa equivale al atentado en contra de una persona, titular del derecho a la vida, y/o que infringe la regla que ordena al legislador proteger la vida del que está por nacer. La tercera y última premisa es que tal acto que vulnera el derecho a la vida no pueda justificarse en virtud de bienes superiores. Establecidas esas tres premisas, este voto razona para demostrar que la primera es requisito necesario para acoger el requerimiento y que, por ende, debe iniciarse el razonamiento de fondo analizando si se cumple.

En el apartado B del capítulo IV, considerandos 31° a 33°, se precisa la pregunta que se deberá responder y se razona para concluir que siendo la tal pregunta una acerca de si se verifica o no un hecho en la realidad, ella no puede ser respondida ni por la moral, ni por la religión, ni por el derecho, sino por evidencia, en este caso científica, que debe encontrarse acompañada o referida en el proceso.

Los considerandos 34° a 42°, agrupados en la letra C del capítulo IV, razonan hasta concluir que mientras el adecuado funcionamiento del sistema democrático exige que la afirmación de nocividad del fármaco ya autorizado se acredite, el valor de la vida y el carácter irreversible de la muerte hacen que sea suficiente una duda razonablemente motivada y acreditada para dar por establecida esta primera premisa.

Los considerandos 43° a 46° presentan la evidencia disponible en esta causa para afirmar o negar la existencia de una duda razonable acerca de la capacidad de los métodos en cuestión de interferir con la vida del embrión humano y anuncian y justifican el modo en que será analizada. Los considerandos que siguen, signados con los números 47° a 86° de este voto, analizan la referida evidencia, agrupada en los apartados ya anunciados. En ese análisis se constata que la abrumadora mayoría de la evidencia científica es indiciaria de que los hechos ocurren de un modo contrario a la duda que se requiere acreditar para acoger este requerimiento; esto es, que la evidencia indica que los métodos anticonceptivos de emergencia que el

Decreto ordena aconsejar y distribuir (píldora y Yuzpe) agotan su eficacia antes que la fertilización o concepción se produzca y que no tienen capacidad de interferir en las etapas posteriores de desarrollo del embrión. Si bien esta prueba no es concluyente, ello es irrelevante a esta decisión por cuanto, como se ha demostrado, es la duda contraria lo que debe acreditarse para acogerlo. La evidencia científica que se ha invocado para acreditar que los métodos sí interfieren con el desarrollo del embrión, restándole alimento, alterando negativamente el ambiente en que se desarrolla, dificultando su traslado o dañando los órganos en que debe implantarse, no tienen aptitud para convencer, según ya se ha demostrado.

Establecido que no se ha presentado evidencia para afirmar una duda razonable de que los métodos y fármacos que el Decreto Supremo 48 del Ministerio de Salud de 2007 ordena aconsejar y distribuir, sean capaces de interrumpir la vida de un embrión humano, no se puede dar por acreditada la primera premisa de las tres que debían necesariamente verificarse para acoger este requerimiento y, por ende, estos disidentes concluyen que no hay razones para declararlo inconstitucional y que el requerimiento debe rechazarse en todas sus partes.