

SENTENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO SUPREMO Nº 48 DEL MINISTERIO DE SALUD EN LA PARTE QUE AUTORIZA LA DISTRIBUCIÓN DE LA “PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS” EN EL SISTEMA PÚBLICO DE SALUD (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL)

I. EL *NASCITURUS* EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE

Comentario de Pablo Marshall Barberán

1. La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el asunto Rol 740 del año en curso presenta y pretende resolver varios problemas. En primer lugar, la cuestión de los hechos: si el fármaco permite la implantación y si hay una duda razonable sobre este hecho. En segundo lugar, la cuestión jurídica, que se refiere a la interpretación del derecho aplicable al caso. En la cuestión jurídica, el tribunal elude consideraciones penales, que son, sin duda, relevantes para el caso y se centra únicamente en consideraciones constitucionales. En resumen: ¿la distribución del fármaco está permitida o prohibida por la Constitución?

Esta cuestión constitucional exige la determinación de los efectos jurídicos que una norma constitucional establece para unos determinados supuestos. Pero claro, el efecto jurídico dependerá de la determinación de las normas que se decidan considerar como relevantes para buscar la solución de la cuestión. Por lo tanto, la primera pregunta que uno debe hacerse al enfrentarse con la cuestión de si la distribución de la píldora es o no constitucional es determinar cuáles normas son las que regulan y prevén efectos jurídicos para este caso.

El Tribunal yerra en tal tarea. No considera los derechos con los que el orden constitucional protege la autonomía de los ciudadanos para la búsqueda, determinación y realización de un plan de vida que cada uno considere como digno. Ese es un error mayúsculo cuando se trata de interpretar una constitución y un catálogo de derechos que tienen, históricamente, el rol superior de dar protección a la autonomía de los ciudadanos. Que tales derechos existan y deban ser considerados, no tiene por qué significar el triunfo de la autonomía sobre la vida.

2. El Tribunal no sólo se equivoca en aquello. El Tribunal se equivoca nuevamente en la interpretación del derecho que sí decidió considerar para la solución del asunto. Esas normas constitucionales son las establecidas en el artículo 19 Nº 1 incisos 1 y 2 de la Constitución.

Dichas normas establecen el derecho de todas las personas a la vida (1). Luego, en el segundo inciso, establece: “La ley protege la vida del que está por nacer” (2).

No hay pocas disputas en torno a la interpretación que debe hacerse de estas disposiciones. Sin embargo, existe claridad sobre al menos un punto: todos los seres humanos nacidos son titulares del derecho fundamental a la vida. Para esa conclusión pueden confrontarse los artículos 1º inciso 1º, el encabezado del 19 y el inciso 1º del numeral 1º del mismo artículo 19. Muy distinto es el caso del feto o *nasciturus*, respecto del cual la Constitución no es clara.

El voto de mayoría resuelve sobre la base que el feto es persona en la Constitución. Con ello sostiene que el feto tiene derecho fundamental a la vida igual al derecho de los nacidos. Esto significa que existe un deber correlativo por parte del Estado, que se manifiesta en la prohibición absoluta de dar muerte al feto.

Conforme a esta interpretación, toda la protección constitucional del feto está ya contenida en el inciso 1º del numeral 1º del artículo 19. El rol del mandato de protección del inciso 2º tendría un rol meramente simbólico (como en el voto de mayoría) o un rol de reforzar la protección, en razón de la indefensión del sujeto (como en el voto concurrente de Fernández Baeza). Ambas respuestas no son capaces de revertir la carga que sobre el Tribunal pesa, de darle un sentido útil y, por tanto, dar cuenta de la fuerza normativa que tienen las disposiciones constitucionales.

Esta es una hipótesis interpretativa de la regulación constitucional del derecho a la vida del feto que no es posible sostener. Ello es así porque controvierte manifiestamente la decisión normativa que subyace al texto constitucional. Ello puede ser ilustrado con la revisión de las actas de la comisión de estudios de la nueva Constitución, en las cuales esta alternativa fue defendida por Jaime Guzmán y en las cuales consta que la decisión tomada fue justamente una diferente. La mayoría de la comisión sostuvo la negativa de incorporar la prohibición del aborto y la incorporación de una cláusula en la cual el legislador regulará los supuestos de aborto permitido. Esta conclusión tuvo su base en la idea de que no puede incorporarse una cosmovisión religiosa a la Constitución y por lo tanto, toda su fuerza no reside en ser el antecedente fidedigno de la Constitución, sino mucho más, por ser congruente con una teoría liberal de la justicia como clave interpretativa de la declaración de derechos de la Constitución.¹

Las hipótesis interpretativas que son conciliables con la regulación constitucional del derecho a la vida del feto, son hipótesis mucho más débiles. Sin duda, deben partir del supuesto que el feto no es titular del derecho fundamental a la vida. Luego pueden considerar que la vida de feto es objeto de protección constitucional directa o, por el contrario, que el feto ni siquiera es objeto de protección constitucional directa, sino que sólo está indirectamente protegido.

La primera hipótesis considera que tras el mandato de protección del inciso 2º existe el bien jurídico protegido de la vida del feto. El mandato de protección es la expresión de

¹ Esta es la opinión sostenida por Antonio Bascuñán Rodríguez en “La píldora del día después ante la jurisprudencia”, en *Estudios Públicos* 95 (invierno 2004), pp. 43 y ss. Se seguirá su propuesta en lo que sigue.

la naturaleza de bien jurídico de la vida del feto. Que la vida sea un objeto de protección constitucional deja al feto en una categoría de protección debajo, respecto a la protección que brindan los derechos fundamentales. Sin embargo, dicha constelación no es neutra respecto a la afectación de ese objeto. Así, bajo esta hipótesis, no es posible cualquier protección legal para el feto. El feto no está a disposición del legislador.

La segunda hipótesis considera que el feto tampoco es objeto de protección directa y que el mandato de protección es el único modo de protección de la vida del feto que la Constitución acepta. Esta parece ser la opción del ministro Vodanovic, en su voto de minoría, al afirmar que el aborto no es un ilícito constitucional. La única forma de protección del feto es la que le brinda la ley. La cuestión que suscita esta última hipótesis es: ¿en qué medida la potestad del legislador es libre para configurar la protección a la vida del feto?

3. Las consideraciones con las que el Tribunal Constitucional elabora la respuesta al asunto de si el anticonceptivo de emergencia viola la Constitución son, sin duda, insuficientes. El Tribunal no da cuenta adecuadamente de todos los factores normativos involucrados. Ello, en lo que respecta a un tribunal que sienta su legitimidad en su conocimiento y experiencia en la elaboración del Derecho Constitucional, tiene como efecto necesario, la erosión de la legitimidad de la decisión particular, de los principios que el Tribunal pretende deslizar como subyacentes a tal decisión y, por último, a la naturaleza y rol que ocupa el Tribunal Constitucional en el régimen constitucional chileno.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Comentario de Yanira Zúñiga Añazco

Un análisis del reciente fallo del Tribunal Constitucional (en adelante TC) sobre la píldora del día después en relación a los derechos sexuales y reproductivos, requiere, ineludiblemente, establecer, aunque sea en un nivel epidérmico, el sentido y el contenido de tales derechos. Y, a la vez, esto último supone una mínima alusión al contexto histórico del surgimiento de estos derechos. Por tanto, me voy a permitir pincelar un breve marco teórico sobre estas dos cuestiones como preámbulo al comentario de este fallo.

Desde que en la década de los 60 el movimiento feminista acuñara el slogan “lo personal es político”, comienza un proceso de crítica a la dicotomía público/ privado y una atención creciente por las dimensiones políticas de todo aquello que antes había sido considerado como despolitizado: la esfera personal de la sexualidad, el trabajo doméstico y la familia.

Este proceso se caracteriza por una profundización de la individuación de las mujeres, es decir, por su progresiva consideración como verdaderos sujetos de derechos. Adviértase, a propósito de lo anterior, que la idea de que las mujeres son titulares de

derechos humanos, de una manera equivalente a los hombres, es relativamente reciente. En efecto, la historia de la subjetivación de las mujeres comienza en los albores de la modernidad, para alcanzar su máxima expresión de la mano de las reivindicaciones sufragistas de la primera mitad del siglo XX. La concesión del voto femenino va a aplacar sólo por un tiempo las reivindicaciones feministas que se reactivan en las postrimerías de la década de los 60 nutridas de los nuevos aires teóricos provenientes del impacto del *Segundo Sexo* de Simone de Beauvoir, la posibilidad concreta de un control de la sexualidad encarnada por el descubrimiento de la píldora anticonceptiva, y la creciente frustración ante una ciudadanía política que no ha materializado su promesa de real autonomía en el ámbito privado-íntimo. Así surge la llamada *segunda ola del feminismo*, se traza el puente entre lo personal y lo político, y se inicia la crítica a la dicotomía público-privado que subyace a la regulación de lo que hoy conocemos bajo el rótulo de derechos sexuales y reproductivos.

Como se sabe, la Constitución chilena no consagra expresamente los derechos sexuales y reproductivos. Sin perjuicio de lo anterior, es claro que el catálogo de derechos fundamentales contenido en su art. 19 es abierto de conformidad a lo dispuesto en el inciso 2° del art. 5. Esta última norma establece que la soberanía está limitada por los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” los que pueden estar contenidos en el mismo texto constitucional o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En el nivel internacional, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (en adelante, CEDAW), contempla expresamente la obligación de los Estados de garantizar a mujeres y a hombres en condiciones de no discriminación, el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos como el intervalo entre éstos, así como el acceso a medios técnicos que permitan concretar estas libertades. Estos derechos han sido refrendados en la Conferencia de El Cairo sobre Población y Desarrollo (1990) y en la Conferencia de Beijing (1995); las que han puesto especial acento en el control de la fecundidad como un derecho de la mujer. Por su parte, el Comité de la CEDAW en su recomendación N° 24 de 1999 sobre *mujer y salud* establece que se debe dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado y aconseja la despenalización del aborto. Una aproximación similar ha seguido la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, órgano de control del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sobre la base de lo anterior, puede decirse que la regulación internacional de los derechos sexuales y reproductivos descansa sobre tres pilares: a) la maternidad debe ser voluntaria, b) las mujeres deben tener libre acceso a la contracepción y c) debe tenderse a la despenalización del aborto.

El reciente fallo del TC sobre la píldora del día después considera, en cambio, que lo único relevante para resolver el requerimiento planteado por diputados de la Alianza por Chile, es determinar si la píldora del día después es abortiva o no. A juicio del TC, esto equivale a determinar si este compuesto atenta o no contra la protección que la Constitución chilena dispensa a la vida del no nato en el art. 19 N° 1. Esta manera de encarar el problema es restrictiva porque excluye la concurrencia de otros derechos como

elementos relevantes para resolver la cuestión. Descarta, por tanto, la existencia de un conflicto de derechos, y de paso, las exigencias propias de un ejercicio de ponderación en el marco de una colisión de normas iusfundamentales.

El procedimiento argumentativo del TC para sostener este particular enfoque no sólo es dudoso en lo referente a la validez de sus premisas, sino que, además, es altamente acomodaticio. Recordemos que para fundar su decisión sobre la cuestión de fondo, el TC no sólo se refiere a la historia del establecimiento de la Constitución chilena— eludiendo toda la controversia que su interpretación ha originado entre juristas nacionales— sino que, además, cita de una manera profusa normas del Derecho Internacional. Entre estas referencias, incluye la alusión al art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La referencia a esta disposición es ampliamente discutible porque la propia jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (caso 2141 contra EEUU, 1981) se ha encargado de precisar que dicho artículo ni supone una prohibición absoluta del aborto, ni establece una regla inflexible en cuanto al inicio de la protección que la Convención Americana concede al no nato. Pero las deficiencias argumentales del fallo comentado no sólo se expresan a través de la preferencia por interpretaciones de normas internacionales extremadamente discutibles, sino que suponen, además, la preterición de otras disposiciones relevantes. Así, por ejemplo, el análisis del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que realiza el TC en su fallo no menciona siquiera a la CEDAW ni a la, cada vez más nutrida, jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en materia de aborto.

Estas omisiones son cruciales porque la cuestión que acaba de discutirse en Chile es considerada, en el marco de la jurisprudencia internacional, de una manera sustantivamente diversa a la aplicada por el TC. En efecto, en el nivel internacional esta cuestión puede adquirir dos configuraciones. A saber: a) conflicto de derechos de distinto titular (el feto y la madre), en el evento que al no nato se le considere persona en el ámbito de la legislación interna, o b) como un problema de límites a los derechos reproductivos de la mujer, en el caso de que el feto sea considerado un objeto de protección por parte del Derecho doméstico.

En una u otra vertiente, la jurisprudencia internacional ha entendido que están involucrados derechos de la mujer, que varían en función de los supuestos de hecho. Así, se ha determinado que, de manera general, concurre el derecho a la intimidad en lo relativo al control de la sexualidad; y , eventualmente, el derecho a la vida o a la salud de la madre en supuestos de aborto terapéutico, o, incluso, el derecho a no ser sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes en supuestos de violación, en relación con situaciones de aborto eugenésico o embarazo con feto inviable (p. e. Dictamen del Comité de Derechos Humanos recaído sobre la comunicación 11537/2003 contra Perú).

Desde esta óptica, la teoría de la duda razonable que desarrolla el TC para sostener que no se ha probado que la píldora del día después no es abortiva, no sólo tiene implicancias sobre la protección del derecho a la vida del feto —como sostiene el TC— sino también sobre la protección de los derechos de las mujeres reconocidos por tratados internacionales ratificados por Chile y por la jurisprudencia de los órganos de control

de esos tratados. Recuérdese, en este sentido, que el Decreto Supremo 48, impugnado por el requerimiento de inconstitucionalidad, no sólo prevenía la entrega de la píldora del día después en caso de relaciones sexuales sin protección, sino también en hipótesis de violación. Esto significa que la prohibición de distribución de la píldora a través del sistema público de salud tiene un efecto potencial pluriofensivo. Este abarca tanto la conculcación del derecho de las mujeres usuarias de este sistema a decidir sobre el número y el espaciamiento de los hijos, es decir, afecta derechos reproductivos en sentido estricto, como la lesión eventual del derecho de las mujeres víctimas de violación a no sufrir un trato cruel, inhumano o degradante por parte del Estado con sujeción a la Convención contra la Tortura; pasando por hipótesis intermedias en casos particulares. Es esta variada gama de derechos la que el TC parece relegar a la categoría extrajurídica de “connotaciones afectivas muy importantes para las personas” (p. 143 del fallo).

Claramente, la fórmula de la duda razonable desarrollada por el TC precave un daño eventual (o, como sostienen muchos expertos, ficticio) al embrión, pero hace esto al precio de afectar concretamente los derechos de las mujeres. Vale la pena hacer notar, a título de reflexión final, que la sentencia comentada en la medida que se funda sobre la premisa del “respeto irrestricto a la vida del no nato” implica un fortalecimiento de la misma idea que subyace a la penalización absoluta del aborto en Chile y que puede resumirse en dos asunciones: 1) la maternidad es sólo un deber y no constituye nunca un derecho para las mujeres y 2) el cuerpo de las mujeres no les pertenece a éstas sino a un tercero, en este caso al Estado.

III. UNA DUDA NADA RAZONABLE

Comentario de Daniela Accatino Scagliotti

1. La sentencia del Tribunal Constitucional que es objeto de este comentario concluye, en su voto de mayoría, que no hay “elementos que convengan definitivamente en orden que ella [la anticoncepción hormonal de emergencia] no afectará la vida de un ser humano concebido aunque no nacido”² y sobre la base de esa conclusión –unida a las premisas de interpretación constitucional a las que han hecho referencia los demás comentarios incluidos en esta misma publicación– considera justificada su decisión de declarar la inconstitucionalidad del decreto impugnado.

¿Qué ocurre si suspendemos por un momento nuestras creencias acerca de la (in) justificación de las premisas asumidas por el Tribunal Constitucional sobre el alcance del derecho constitucional a la vida y, concediéndolas sólo para efectos analíticos, dirigimos nuestra atención a esa conclusión sobre la falta de prueba de la inocuidad de la anticoncepción de emergencia y su justificación? Dedicaré este comentario a mostrar

² Considerando trigésimo tercero. En el mismo sentido se pronuncia el considerando trigésimo noveno.

que esa conclusión envuelve errores jurídicos en su formulación y, sobre todo, que ella no se encuentra respaldada por un examen riguroso de la evidencia científica disponible, ni está, por tanto, sostenida por razones suficientes. Eso permite notar cómo, aun partiendo de sus propias premisas sobre el alcance del deber constitucional de protección de la vida del que está por nacer, la decisión del Tribunal Constitucional no se sostiene, pues si la conclusión sobre los efectos de la anticoncepción de emergencia respecto del embrión humano no está justificada, entonces la justificación final de la decisión también se desploma.

Es obvio que la justificación también se derrumba si sus premisas normativas son erróneas y que la tarea primordial del Tribunal Constitucional es la de ser un intérprete sensato de la Constitución. Sin embargo, también esperamos de un tribunal constitucional que evalúe los argumentos que ante él se presentan con rigor e imparcialidad. Es precisamente esa expectativa la que resulta defraudada con respecto a las pruebas relativas a los efectos del fármaco que el decreto impugnado ordenaba distribuir.

2. Tras fijar el alcance del deber constitucional de protección de la vida del que está por nacer y concluir que *cualquier riesgo de afección de la vida del embrión*, incluso antes de su implantación, resulta constitucionalmente inaceptable,³ el Tribunal Constitucional debió determinar qué es lo que debía ser probado —el riesgo o la ausencia de riesgo— y a qué parte correspondía la carga de la prueba.

Aunque, según da cuenta la propia sentencia en su parte expositiva, este fue un punto intensamente discutido entre las partes, el voto de mayoría no la aborda en forma diferenciada ni ofrece, por consiguiente, argumentos. De hecho, sólo la resuelve implícitamente, dando por supuesta una determinada formulación de aquello que debía ser objeto de prueba —la inocuidad respecto del embrión humano de la anticoncepción de emergencia con levonorgestrel— y de la parte a quien correspondía asumir la carga de la prueba —la parte que alegue dicha inocuidad.

Hay, con todo, buenas razones para sostener que esa aproximación es jurídicamente errónea. Tal como precisa el voto disidente de los ministros Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes, la forma en la que la sentencia de mayoría determina los hechos a probar y la carga de la prueba implica desconocer que el decreto impugnado ordena informar acerca de y distribuir un fármaco cuya circulación se encuentra *autorizada por el órgano competente*.⁴ Es ese órgano, el Instituto de Salud Pública, el que, en ejercicio de esa competencia, ha debido comprobar que el fármaco carezca de efectos secundarios

³ Considerandos quincuagésimo cuarto, quincuagésimo sexto, sexagésimo cuarto, párrafo 4º, y vigésimo noveno, párrafo 2º. Por cierto que la justificación de esta conclusión es objetable, sobre todo por el sacrificio que impone, sin aportar ningún argumento que se haga cargo de él, a los derechos e intereses constitucionales en conflicto. También puede objetársele el fijar el riesgo aceptable en un nivel excesivo por ser incoherente con nuestras prácticas en relación a otras actividades que entrañan peligros ciertos y que sin embargo toleramos (uso de automóviles, actividades industriales contaminantes, etc.). Insisto en que las premisas normativas de la decisión del Tribunal Constitucional sólo se conceden para efectos de analizar el resto de su justificación.

⁴ Considerando trigésimo cuarto y siguientes.

inaceptables. Ciertamente esa decisión no es ni infalible ni definitiva y puede ser objeto de revisión si se impugna su validez y se acredita un error en la autorización, ya sea en la determinación de los efectos secundarios del fármaco (cuestión empírica), ya sea al considerar aceptables ciertos efectos riesgosos o dañinos que resultan constitucionalmente inaceptables (cuestión normativa). Si bien el requerimiento sometido a la decisión del Tribunal Constitucional no impugnó (pues no era ya posible) las autorizaciones sanitarias de los fármacos, sino que objetó las exigencias relativas a su distribución gratuita por el Estado, impuestas por el Decreto Supremo N° 48 de 2007, la calificación de estas últimas normas como inconstitucionales por lesionar el derecho a la vida supone –además de las premisas interpretativas aceptadas por el Tribunal Constitucional– la refutación del fundamento de esas autorizaciones. Aunque la decisión no pueda afectar formalmente la vigencia de los registros sanitarios, su justificación requiere que se establezca que los fármacos en cuestión tienen efectos nocivos inaceptables, que habrían sido erróneamente determinados o valorados al autorizar su circulación.

Si en lugar de suponer la validez de las autorizaciones sanitarias y requerir que los vicios de validez que se les imputen sean acreditados, se parte del supuesto contrario, se desconoce entonces el sistema diferenciado de competencias que el derecho establece y se llega, como dice el voto de minoría ya citado, “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”.⁵

Por consiguiente, la formulación correcta de los hechos a probar es la que requiere que se acrediten los efectos riesgosos de los anticonceptivos hormonales, imponiendo la carga de probarlos a quien los alegue.

3. A pesar de que la forma en que la sentencia determina los hechos a probar y la carga de la prueba es errónea, hay dos factores que determinaron que ese error no tuviera, con todo, mayor trascendencia en la valoración y en la decisión sobre la prueba.

El primer factor tiene que ver con las características del procedimiento a través del cual se conocen y fallan los requerimientos de inconstitucionalidad. Pues en la medida que en ese procedimiento cabe la intervención –con argumentos y pruebas– de sujetos distintos al requirente y al requerido, y que el Tribunal cuenta con una facultad amplia para decretar medidas para mejor resolver,⁶ se dificulta la operación de la carga de prueba como *regla de juicio*, que requiere que se resuelva contra la parte que debía probar los hechos y que no aportó elementos suficientes de prueba. Aunque el Tribunal Constitucional hubiera tenido claro que le correspondía a los requirentes aportar evidencias sobre los efectos nocivos para el embrión humano de la anticoncepción de emergencia y aunque ellos no las hubieran aportado, siempre hubiera podido suplirse esa inactividad a través de la intervención de terceros o de la iniciativa probatoria del propio Tribunal. Sólo si

⁵ Considerando trigésimo séptimo.

⁶ De la intervención en este caso de sujetos diversos a las partes da cuenta la parte expositiva de la sentencia en su parte X.2. A las medidas para mejor resolver decretadas en este caso se refiere la misma sentencia en su parte XV.

tras la valoración de todos los elementos de juicio obtenidos por esas diversas vías el Tribunal hubiera estimado que ellos resultaban insuficientes para llegar a una conclusión sobre los hechos, la correcta determinación de la carga de la prueba hubiera podido, en principio, ser decisiva, al haber requerido entonces que se rechazara el requerimiento de inconstitucionalidad. Sin embargo, hay un segundo factor que hace que aun bajo esta hipótesis ese error no sea, en definitiva, decisivo.

Ese segundo factor dice relación con la determinación que el voto de mayoría hace –aunque de modo confuso e impreciso– del estándar de convicción al que estaría sujeta la prueba de la inocuidad de la anticoncepción hormonal de emergencia para el embrión. El Tribunal parece entender que la inocuidad de dichos fármacos debe ser probada *más allá de toda duda razonable*, pues postula que la sola persistencia de una duda razonable sobre los posibles efectos nocivos del levonorgestrel es suficiente para estimar constitucionalmente inaceptable su distribución.⁷ Por consiguiente, desde esta perspectiva, bastaría que las evidencias científicas disponibles permitieran fundar una duda razonable sobre los efectos nocivos de los fármacos en cuestión para descartar la inocuidad y acoger el requerimiento. El punto es que a la misma conclusión se debiera haber llegado si el voto de mayoría, en lugar de sostener erróneamente que debía probarse la inocuidad del fármaco, hubiera reconocido que lo que debía probarse eran los riesgos que éste implicaba para el embrión. Si el Tribunal Constitucional hubiera definido correctamente los hechos a probar en esos términos, la coherencia con su conclusión normativa sobre la exclusión de cualquier riesgo para el embrión como constitucionalmente inaceptable hubiera debido llevarle a considerar suficiente que las pruebas disponibles permitieran fundar una duda razonable sobre dichos riesgos, para estimarlos probados y acoger el requerimiento de inconstitucionalidad.⁸ Por consiguiente, con independencia de la asignación correcta o incorrecta de la carga de la prueba, la cuestión central (dadas las demás premisas de la decisión del Tribunal Constitucional) resultaba, en todo caso, la posibilidad de fundar en los elementos de juicio disponibles una duda razonable sobre los efectos nocivos de los anticonceptivos de emergencia.

4. Analicemos, pues, el modo en que esa cuestión capital es resuelta en el voto de mayoría y evaluemos si en él se da cuenta de una valoración racional de las pruebas disponibles que permita fundar una duda razonable sobre el riesgo que la ingesta de los anticonceptivos de emergencia una vez producida la concepción podría acarrear para el embrión.

La argumentación del voto de mayoría comienza asumiendo la definición de duda razonable que ofrece el informe del Centro de Estudios para la Ética Aplicada de la Universidad Católica de Chile sobre “La duda razonable en la prohibición del levonorgestrel 0,75 mg.”, según el cual –cita literalmente el fallo– “existe duda cuando el

⁷ Considerandos sexagésimo cuarto y sexagésimo noveno.

⁸ Esa es precisamente la tesis que sostiene el voto de minoría de los ministros Correa Sutil y Fernández Fredes, en el que no se discuten las premisas del voto de mayoría sobre la interpretación del derecho constitucional a la vida (considerando cuadragésimo primero).

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 a favor y en contra del enunciado: hay igualdad, tanto en calidad como en cantidad, entre las razones que afirman o niegan el aserto”.⁹ A pesar de su inicial tono subjetivista —usual por lo demás cuando se recurre a la noción de duda razonable para definir el estándar de prueba, como ha ocurrido en el contexto del proceso penal—,¹⁰ esa definición acierta al referir la noción a la evaluación de las razones a favor y en contra, de acuerdo con parámetros que posean validez intersubjetiva (“calidad” y “cantidad”).¹¹

La aplicación que el voto de mayoría hace de esa definición echa por tierra, sin embargo, esa alusión a una evaluación racional del peso de las razones en conflicto y considera que, con respecto a los efectos nocivos de la anticoncepción de emergencia para el embrión, puede darse por establecida una duda porque “las posiciones de los médicos que han aportado antecedentes a esta causa, ya sea a favor o en contra de que [sic] 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*”.¹²

Basta, por consiguiente, de acuerdo al voto de mayoría, el solo contraste entre las opiniones de los expertos que aportaron informes al proceso, con independencia de las evidencias científicas que las respalden, para dar por establecida la existencia de una duda razonable. En lugar de la “cantidad” y la “calidad” de las razones que sustentan cada posición, lo único que se evalúa es el “vigor y convicción” con que ellas son sostenidas. De hecho, el Tribunal renuncia explícitamente a valorar el fundamento científico de esas opiniones, cuando afirma que la duda en cuestión es razonable “puesto que no se puede cuestionar, por este juzgador, el raciocinio de quienes son expertos en la ciencia médica”.¹³ Si el mismo criterio fuera adoptado por los Tribunales de Juicio Oral en lo

⁹ Considerando sexagésimo cuarto.

¹⁰ Vid. Accatino, Daniela, “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XIX, Nº 2, dic. 2006, pp. 9-26.

¹¹ Incluso se podría decir que, si la comparamos con las interpretaciones que intentan precisar esa misma noción en el ámbito procesal penal, esa definición resulta muy exigente, pues parece exigir que a la luz de los elementos de juicio en conflicto las dos hipótesis resulten igualmente probables. Lo usual es que se considere suficiente para dar por establecida una duda razonable que la hipótesis a la que se ella refiere resulte corroborada y no refutada por las evidencias disponibles, aun cuando la hipótesis en competencia tenga un mayor grado de confirmación. Vid., por ejemplo, Stein, Alex, *Foundations of evidence law*, Oxford U. Press, Oxford, 2005, p. 178; Ferrer, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007, pp. 144 y ss.

¹² Considerando sexagésimo cuarto, párrafo 2º (las cursivas han sido añadidas). En el mismo sentido también se expresa el considerando sexagésimo noveno, cuando habla de “la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia”. Previamente, en los considerandos trigésimo primero y siguientes, se reseñan brevemente en la sentencia los informes aportados para dar por establecida la existencia de posiciones encontradas.

¹³ Considerando sexagésimo cuarto, párrafo final. Además de implicar una omisión del cabal ejercicio de su potestad jurisdiccional, esa renuncia resulta contradictoria con la defensa que el Tribunal Constitucional

Penal, entonces, cada vez que se aportaran, por la acusación y por la defensa, declaraciones periciales divergentes o contradictorios, se debiera omitir todo intento de valorarlas y proceder de inmediato a la absolución por no satisfacerse el estándar de prueba de la acusación más allá de toda duda razonable.

Tal como ocurre con esos tribunales, también del Tribunal Constitucional se habría esperado una ponderación cuidadosa de los informes en contraste, lo que suponía, en este caso, evaluar su apoyo efectivo en los estudios científicos públicamente accesibles a los que unos y otros informes hacían constante referencia. Así lo entiende el voto de minoría de los Ministros Correa Sutil y Fernández Fredes, quienes expresan, en relación a esos estudios, que “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”.¹⁴ A falta de ese análisis, no puede considerarse suficientemente justificada la conclusión que rechaza tener por probada la inocuidad de los anticonceptivos de emergencia.

La desolación por la pobreza argumentativa de la sentencia de mayoría se vuelve consternación cuando se contrasta con el esfuerzo analítico que se realiza en el voto disidente antes citado. Consternación porque la conclusión que allí se justifica paso a paso, a través del análisis de cada publicación citada, así como de las objeciones y preven- ciones que frente a ellas formularon las partes, es que la evidencia científica no es capaz de sustentar una duda razonable de que los anticonceptivos hormonales de emergencia que el decreto impugnado ordena distribuir sean capaces de impedir la anidación de un embrión humano, de impedir su desarrollo o de darle muerte por cualquier otra vía.¹⁵

Tan sólo para ilustrar por vía ejemplar la posibilidad y la relevancia de ese análisis de la prueba, ausente en la sentencia de mayoría, termino este comentario con la cita de sólo uno de los numerosos considerandos que a él dedica el voto disidente de Correa Sutil y Fernández Fredes:

“Por su parte, el informe emitido por la Facultad de Medicina de la P. Universidad Católica de Chile, en sus acápite preliminares (punto 2., finalidad de la anticoncep- ción 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

hace, en la misma sentencia, de su competencia para ponderar cuestiones de hecho necesarias para establecer la vulneración de un derecho fundamental (considerando noveno) y, en concreto en este caso, de la necesidad de “ponderar ciertos hechos relacionados con la ciencia o con la técnica” (considerando vigésimo primero).

¹⁴ Considerando cuadragésimo cuarto. Antes, en el considerando trigésimo primero, habían sostenido que “las meras opiniones, aunque ellas sean sustentadas por científicos de renombre, no constituyen pruebas de un hecho”.

¹⁵ Considerando octogésimo quinto.

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”.¹⁶

IV. EFECTOS JURÍDICOS DEL FALLO

Comentario de Andrés Bordalí Salamanca

Santiago, dieciocho de abril de dos mil ocho.

VISTOS:

[...]

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 16, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo*”.

No escapa a la consideración de esta Magistratura el impacto evidente que tal declaración de inconstitucionalidad con efectos generales está llamada a producir en una materia que, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas contenidas en esta sentencia, tiene también connotaciones afectivas muy importantes para las personas, las que son, sin duda, plenamente respetables. No obstante, en la misma línea estrictamente jurídica que caracteriza a toda sentencia, es preciso recordar que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo” (artículo 6º, inciso segundo, de la Constitución). Fluye de

¹⁶ Considerando quincuagésimo octavo.

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.

[...]

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR RAÚL BERTELSEN REPETTO.

El Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto concurre al fallo, aunque a propósito de lo expuesto en el considerando septuagésimo, manifiesta que la cuestión sometida a la decisión del Tribunal Constitucional, en esta parte del requerimiento, es únicamente la que se precisa en el considerando décimo, al señalar que: “Lo que ha de resolver, entonces, esta Magistratura, es la constitucionalidad de las normas contenidas en un acto administrativo que obliga a los organismos, instituciones y funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, tal como se indica en el n° 4 del Decreto Supremo n° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, conforme al alcance con que la Contraloría General de la República tomó razón de dicho decreto”.

El efecto de la decisión de un Tribunal Constitucional de tipo kelseniano como en parte es el que tenemos en Chile actualmente es expulsar del ordenamiento jurídico un precepto jurídico que es considerado contrario a la Constitución. Se trata de la función del tipo “legislador negativo” de la que hablaba Kelsen. En este caso la expulsión no recayó sobre un precepto legal sino sobre una disposición administrativa. Ese efecto está perfectamente indicado por artículo 94 de la Constitución que se encarga de indicar que en casos como éste, el decreto supremo declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia.

Si así es como funciona un Tribunal Constitucional de tipo kelseniano y si los efectos de la sentencia en casos como éste están perfectamente detallados por la propia Constitución, llama la atención la finalidad que tendría el considerando septuagésimo del fallo. ¿Qué sentido tiene señalar que toda persona, institución o grupo se encuentran en el imperativo de acatar la decisión del Tribunal si es la propia Constitución la que prescribe la derogación o expulsión del referido decreto?

Se podrían visualizar tras esta indicación del voto de mayoría del fallo del Tribunal Constitucional cuatro posibles situaciones, como expondré a continuación.

En primer lugar, visualizo una situación, un poco tosca quizá, que supone que el Ejecutivo no acatará el sentido antes expresado del fallo y siga por tanto ejecutando la política de distribuir gratuitamente la denominada “píldora del día después” en el sistema público de salud. Es decir, el fallo se pondría en la situación de que el Ejecutivo no considere la expulsión del ordenamiento jurídico de la parte correspondiente del decreto supremo n° 48. Esta interpretación significa asumir que el Ejecutivo se situará

derechamente al margen de la Constitución, violando flagrantemente el artículo 94 de la Constitución. Es poco plausible que el Tribunal Constitucional se haya puesto en esta posición de desconfianza extrema entre poderes del Estado. Por tal motivo rechazaré esta primera hipótesis.

Una segunda hipótesis pasa por considerar que el Tribunal Constitucional se puso en la situación de que el Ejecutivo dicte en el futuro un nuevo decreto supremo con el mismo contenido declarado previamente inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Una situación como ésta no está prevista por nuestro ordenamiento jurídico. ¿Podría hacerlo el Ejecutivo? No hay ningún precepto de la Constitución ni de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional que se lo impida. Tampoco existen herramientas procesales como para hacer valer en un nuevo juicio algo así como la existencia de cosa juzgada. No están reguladas las consecuencias jurídicas de una conducta de este tipo asumida por el Ejecutivo, sin perjuicio de producir, de hecho, una situación de fricción institucional entre distintos órganos del Estado, en este caso entre el Tribunal Constitucional, los treinta y seis diputados que presentaron el requerimiento, y el Ejecutivo. Tampoco creo que el voto de mayoría del Tribunal Constitucional se haya puesto en una situación extrema como ésta.

Una tercera posibilidad se refiere al ámbito del conflicto sometido al conocimiento del Tribunal Constitucional en el requerimiento presentado por los treinta y seis diputados. En términos simples, se trata de dilucidar si el fallo del Tribunal Constitucional consideró inconstitucional en general la comercialización o distribución de anticonceptivos de emergencia como la “píldora del día después”, por existir una duda razonable de que ellos puedan afectar la implantación de óvulo fecundado, y como tal afectar a un ser humano, como lo es también el *nasciturus* en concepto del voto de mayoría; o bien, la inconstitucionalidad se refiere solamente a la distribución gratuita de dicho fármaco en el sistema público de salud.

Si se considera que uno de los ministros que concurrió al voto de mayoría, como es el caso del ministro Bertelsen, formula una prevención en el sentido de precisar, a propósito del considerando septuagésimo, que la única cuestión sometida a la decisión del Tribunal Constitucional es la constitucionalidad del decreto supremo nº 48 en la parte que obliga a los organismos, instituciones y funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud a distribuir la denominada “píldora del día después”, en los supuestos descritos en el referido acto administrativo, se puede concluir que el sentido de este considerando septuagésimo es considerar ilegítimo, desde el punto de vista constitucional, toda forma de comercialización y distribución en Chile de la “píldora del día después”. Si esto último es lo que pretendió este considerando septuagésimo, claramente excede el ámbito del conflicto sometido al conocimiento y decisión del Tribunal Constitucional y por tal debe ser rechazada esta interpretación.

Para considerar ilegítimos, en términos generales, este tipo de anticonceptivos de emergencia, se requeriría dejar sin efecto los actos administrativos que han registrado los diversos tipos de medicamentos que contienen levonorgestrel 0,75 mg, situación que este fallo no ha dispuesto ni ha podido realizar. En razón de los plazos en los que se registraron esos medicamentos, la única vía jurisdiccional que hoy en día se puede

utilizar para cancelar esa inscripción es el procedimiento para declarar la nulidad de derecho público.

Una cuarta y última posibilidad interpretativa de este considerando septuagésimo es la que señala que el fallo no sólo tendría una autoridad de cosa juzgada —si es que realmente se puede hablar de ella cuando una de las partes interesadas en el conflicto, en este caso el Presidente de la República, tiene el control sobre la producción jurídica que se somete al juicio del Tribunal Constitucional, situación que se relaciona con lo analizado en el párrafo precedente—, sino que tendría además una especie de autoridad de “cosa interpretada”. La cuestión es relevante, puesto que el voto de mayoría considera, entre otras cosas, que el *nasciturus* es persona desde el momento de la concepción; o que existe una duda razonable sobre el efecto antiimplantatorio de este tipo de anticonceptivos de emergencia. ¿Se imponen a los demás poderes y órganos públicos, instituciones y personas estas interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional?

Para responder a esas preguntas debemos primeramente convenir en que no existe en el ordenamiento jurídico chileno ninguna norma que establezca que el monopolio de la interpretación constitucional pertenece al Tribunal Constitucional. Y desde luego no la puede haber si se parte de la base que las leyes chilenas atribuyen la aplicación judicial de la Constitución tanto al Tribunal Constitucional (art. 93 CPR) como a los tribunales ordinarios (artículos 6º, 20 y 21 CPR; artículo único de ley 18.971, etcétera).

Diferente es la situación de otros ordenamientos jurídicos, como el español, que expresamente indican que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución (art. 1.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional española), o que los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (art. 5.1 Ley Orgánica del Poder Judicial española). Aun así, no hay medios jurídicos en España para exigir que tanto los órganos administrativos como judiciales sigan las interpretaciones sobre la Constitución realizadas por el Tribunal Constitucional. Y si no existe en España una especie de “acción o excepción de cosa interpretada”, menos es exigible en Chile que no conoce ninguna normativa al respecto.

Ahora bien, más allá de la existencia o no de normas que establezcan la imposición de las interpretaciones realizadas por los tribunales constitucionales respecto de los demás poderes, órganos, instituciones o personas, la existencia de los tribunales constitucionales debe hacernos sostener que tienen entre sus fines esenciales contribuir en el proceso de aclarar el sentido de las distintas disposiciones constitucionales. Las argumentaciones realizadas por los tribunales constitucionales deberían ser el punto de partida que debe siempre considerarse en la interpretación de una disposición constitucional. Ello significa que, al menos respecto de los demás poderes y órganos del Estado, en las sucesivas interpretaciones de esa disposición constitucional se debería considerar siempre la posición del Tribunal Constitucional sobre la materia que regula esa disposición. Las alternativas para esos poderes y órganos del Estado vienen a ser dos: o sigue la interpretación del Tribunal Constitucional sin mayor carga argumentativa, o bien, sostiene una posición

distinta a la del Tribunal Constitucional, pero ello obliga a una carga argumentativa completa que sea capaz de refutar la interpretación de este último.

Lo que se quiere decir es que los demás poderes del Estado, incluidos los tribunales de la judicatura ordinaria, deberían siempre considerar en sus decisiones las interpretaciones que previamente ha realizado el Tribunal Constitucional sobre una determinada disposición constitucional, ya sea para seguirlas o bien para refutarlas y adoptar una interpretación diversa. Todo ello nos lleva a concluir que las interpretaciones realizadas por los tribunales constitucionales se imponen a todo otro órgano del Estado, persona, institución o grupo sólo debido a la eficacia persuasiva de sus razonamientos expresados en la fundamentación de sus fallos o a la *autoritas* de que goza este órgano constitucional.