

La Píldora del día después: Principales aspectos de un fallo polémico e incómodo



JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS J.^{1,2}

RESUMEN EJECUTIVO

El artículo analiza la sentencia del Tribunal Constitucional (“TC”) que declaró inconstitucional el acto administrativo que ordenaba la distribución de la píldora del día después (la “Píldora”). Se destaca la alta conflictividad y la extensa historia litigiosa de la Píldora, así como las ventajas asociadas a la inusitada participación ciudadana en el procedimiento constitucional. Luego, considerando que el TC habría zanjado dos cuestiones fundamentales – a) la vida comienza desde la concepción, y b) el nasciturus es persona, por tanto titular del derecho a la vida - el texto discurre acerca de la conveniencia, autoridad, competencia y peligros de que sea el TC quién defina tales materias, en particular la primera. Se afirma que frente al silencio del legislador, la imposibilidad del cuerpo electoral y la inadecuación del administrador, el TC se ve forzado a resolver en razón de una concepción obligatoria de la jurisdicción, el principio de inexcusabilidad, y su posición dentro de nuestro ordenamiento jurídico constitucional. En relación a los efectos abortivos de la Píldora, se sostiene que ante la equivalencia de las pruebas, el TC se resiste a aplicar una metodología estrictamente probatoria (e.g., onus probandi), adoptando como factor determinante la comparación entre los eventuales efectos de sus posibles sentencias. Más que un principio pro homine, de dudosa aplicación en este contexto, se trataría de un principio precautorio que adquiriría particular sentido en el caso del derecho a la vida, dada la irreversibilidad de su vulneración. Respecto a la discusión sobre los efectos de la sentencia, se postula una aproximación sistémica que llevaría a la prohibición absoluta de la Píldora, incluso fuera del sistema público. Finalmente, se cuestiona la acusación de que este fallo causaría discriminación arbitraria en contra de las mujeres de menos recursos, si bien se lamenta la ausencia de una argumentación explícita acerca de los derechos de la mujer.

SUMARIO

I. Introducción. II. Síntesis del Fallo. 1. Requerimiento. 2. Presidenta de la República. 3. Contralor General de la República. 4. El TC. III. Cuestiones Generales, Formales y Procesales. 1. Extensión. 2. Quórum. 3. Derecho internacional y comparado. 4. Inhabilidades. 5. Participación ciudadana. IV. Reflexiones sobre el Fondo. 1. El comienzo de la vida y la autoridad del TC para determinarlo. 2. El estatus del nasciturus. 3. El efecto abortivo de la Píldora. 4. Los efectos de la sentencia. V. Otras Consideraciones Relevantes. 1. Igualdad versus discriminación arbitraria. 2. Los derechos de la mujer. VI. Conclusiones.

¹ Director de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo y de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Licenciado en Derecho y Magíster en Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Master of Laws de la Universidad de Cambridge. Master of Laws de la Universidad de Harvard.

² Quisiera agradecer la acuciosa labor de investigación de mi ayudante, señor Nicolás Enteiche Rosales.

I. INTRODUCCIÓN

En el mes de marzo de 2008, el Tribunal Constitucional (el "TC") debió pronunciarse, por segunda vez, sobre un tema que ha generado una de las batallas judiciales más enconadas de los últimos años. Se trata de la famosa "píldora del día después", consistente en la ingesta postcoital de pastillas de levonorgestrel, o de una combinación de pastillas conocida como "método Yuzpe" (en adelante, indistintamente, la "Píldora"), con el objeto de impedir el embarazo.

El debate ha sido áspero, plagado de acusaciones y recriminaciones. Más complejo aún, se mezclan en la discusión argumentos jurídicos con otros de carácter religioso, moral y valórico, constituyéndose verdaderos bandos de difícil acercamiento. Es así como el debate ha sido estéril en producir soluciones consensuadas, toda vez que cada sector "apunta más bien a mantener en pie sus posiciones, independientemente de la fuerza de sus argumentos y de la legitimidad de la perspectiva desde la cual abordan su controversia. Dicho en términos más simples, en argumentaciones de este tipo puede ser que la fuerza o cohesión interna del razonamiento no valga tanto como el resultado que ese obtenga de la eventual resolución de la disputa"³.

El camino recorrido ha sido extenso⁴. Comenzó en sede administrativa, donde la postura original antipíldora fue luego sustituida por su contraria, situación que redundó en el registro de la Píldora por el Instituto de Salud Pública (el "ISP"), bajo distintos nombres de fantasía⁵, con la anuencia de la Contraloría General de la República⁶. Dicho registro dio origen a una segunda etapa del conflicto, ahora ante los tribunales ordinarios de justicia. Los resultados en esta sede fueron contradictorios. Por una parte, existe un fallo recaído sobre un recurso de protección⁷ y una sentencia de primera instancia en un juicio de nulidad de derecho público⁸, los cuales ordenaron la

³ WITTIG (2005).

⁴ Puede encontrarse una reseña de la historia de esta verdadera batalla judicial en VIVANCO (2008) pp. 550-561. Véase también CASAS (2008) pp. 2 y ss., FERMANDOIS (2004) p. 100, e IÑIGUEZ (2005) 143 y ss.

⁵ La Píldora ha sido registrada por el ISP bajos los nombres de: "POSTINAL", con fecha 21 de marzo de 2001, siendo su número de registro el F-7523/01; "POSTINOR-2", registrado con fecha 24 de agosto de 2001, bajo el número de registro F-8527/01; "TACE" registrado el 28 de febrero, número de Registro F-12787/08; "GLANIQUE" registrado el 23 de mayo de 2003, número de registro 12860/03 y finalmente "LEVONORGESTREL" registrado el 23 de agosto de 2006, número de registro F-15664/06.

⁶ Contraloría General de la República (2002) Dictamen 36758.

⁷ Corte de Apelaciones de Santiago (2001) Rol 850-2001 y Corte Suprema (2001) Rol 2186-2001.

⁸ 20º Juzgado Civil de Santiago (2004) Rol 5839-2004.

cancelación del respectivo registro de la Píldora por parte del ISP. Por otra parte, la solicitud de dar efectos generales a la sentencia recaída sobre el recurso de protección antes mencionado fue rechazada⁹, y existe una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁰, confirmada por la Corte Suprema¹¹, donde se rechazó la cancelación del registro sanitario de otra variedad de la Píldora.

En este contexto, el Gobierno decidió reformar las normas sobre regulación de la fertilidad, estableciendo expresamente que la Píldora era parte de las políticas públicas gubernamentales. Esta decisión se implementó mediante la Resolución Exenta N° 584 de 2006 del Ministerio de Salud, la cual fue impugnada ante el TC¹². Este declaró que si bien en la forma se trataba de una resolución, su contenido era de naturaleza reglamentaria, y por tanto era competente para conocer de su constitucionalidad¹³. Siguiendo esta misma línea, el TC declaró la inconstitucionalidad de esa resolución por razones de forma: las materias tratadas en ella exigían la formalidad de un decreto supremo¹⁴. De esta manera, el TC no entró al fondo de la cuestión debatida. En el intertanto, la polémica sobre la Píldora era intensa, dentro y fuera de la comunidad jurídica, y con gran presencia de los medios de comunicación social. Tal polémica se intensificó aún más al realizar el Gobierno grandes compras de Píldoras en el extranjero, así como en razón de las multas que se comenzaron a imponer a las farmacias que no tenían la Píldora a la venta.

Finalmente, con fecha 3 de febrero de 2007, se dictó el Decreto Supremo N° 48 de 2007 del Ministerio de Salud (el "Decreto Supremo"), el cual presentaba los mismos contenidos que la Resolución Exenta N° 584, y que fue prontamente impugnado ante el TC por un grupo de diputados. De esta forma, se llegaba al clímax de la batalla judicial en comento, obligando al TC a definir de una vez por todas si la Píldora era o no compatible con nuestra Constitución Política ("CP").

⁹ Corte de Apelaciones de Santiago (2001) Rol 850-2001.

¹⁰ Corte de Apelaciones de Santiago (2003) Rol 4200-2003.

¹¹ Corte Suprema (2005) Rol 1039-2005.

¹² Tribunal Constitucional (2007) Rol 591.

¹³ El artículo 93 N° 16 de la CP establece que solo los decretos supremos pueden ser impugnados ante el TC, lo que excluiría las meras resoluciones. En el caso en cuestión, el TC fue más allá de las formas, decidiendo que el contenido de la resolución reclamada correspondía a un decreto supremo, y que por tanto era competente para conocer de su constitucionalidad.

¹⁴ Tribunal Constitucional (2007) Rol 591, considerandos 30-33.

El contexto explicado nos permite entender la importancia de la sentencia del TC objeto de este artículo, dictada con fecha 18 de abril de 2008 bajo el rol 740 (“El Fallo”), en el que el TC asume la gran responsabilidad de resolver una cuestión que dividía profunda y pertinazmente a la sociedad. Más aún, el TC se enfrentaba a la decidida acción de relevantes y organizados grupos ciudadanos, así como de ciertas autoridades públicas, todos los cuales estaban dispuestos a llegar hasta las últimas consecuencias.

El presente artículo pretende revisar críticamente los principales aspectos del Fallo, intentando reconocer, discutir y eventualmente complementar la doctrina que el TC va sentando sobre ciertos tópicos fundamentales, tales como el comienzo de la vida y el estatus jurídico del *nasciturus*. Lo anterior desde una perspectiva inquieta acerca de la competencia, autoridad, democraticidad y conveniencia de que el TC asuma la resolución de esta clase de conflictos, así como de su incomodidad y dificultad metodológica para hacerlo. Hacemos presente que se trata de un comentario del Fallo, por lo que nos focalizaremos en la identificación y discusión de sus principales aspectos y no en el estudio profundo y monográfico de los distintos tópicos tratados en él.

En términos de orden, comenzaremos con una síntesis de este extenso Fallo, para continuar analizando algunos de sus aspectos generales, procesales y formales más relevantes. A continuación estudiaremos ciertos tópicos de fondo que toca esta sentencia, incluyendo sus potenciales efectos más allá de la impugnación del Decreto Supremo. Luego abordaremos brevemente algunas argumentaciones adicionales que nos parecen de importancia, para terminar con las conclusiones.

II. SÍNTESIS DEL FALLO

Treinta y seis diputados solicitaron al TC la declaración de inconstitucionalidad de “todo o parte” del Decreto Supremo. Originalmente, el TC no admitió a tramitación el requerimiento por falta de claridad y precisión, cuestión que debió ser corregida por los requirentes, quienes lograron singularizar qué disposiciones del Decreto Supremo se impugnaban y por qué razones. En síntesis, se objetaba la distribución de la Píldora (tanto en su versión de pastilla única como de combinación de tres pastillas o método Yuzpe), así como la utilización de dispositivos intrauterinos (DIU) y la consejería confidencial de adolescentes en materia de anticoncepción. A continuación revi-

saremos brevemente el contenido del requerimiento, de las presentaciones realizadas por otros intervinientes, y de la sentencia del TC.

1. Requerimiento

- a) Los mecanismos impugnados, al ser eventualmente abortivos, vulnerarían el derecho a la vida del que está por nacer, el cual se encuentra protegido por el artículo 19 N° 1 de la CP.
- b) Se ha regulado (y en realidad vulnerado) un derecho fundamental (la vida) a través de una norma de carácter y jerarquía reglamentaria, y no mediante una ley, cual sería la exigencia impuesta por el artículo 19 N° 26 de la CP.
- c) La Corte Suprema ya habría prohibido la Píldora (si bien bajo otro nombre de fantasía), mediante sentencia recaída en un recurso de protección¹⁵, en el cual se ordenó la cancelación del registro sanitario de la misma. En consecuencia, la distribución del mismo fármaco bajo otro nombre constituiría una infracción a la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2) en perjuicio de los embriones que han podido ser afectados por las nuevas versiones de la Píldora.
- d) Entregar consejería directa a menores sin consentimiento ni conocimiento de los padres afecta el derecho y deber preferente de los padres de velar por la educación de sus hijos (artículo 19 N° 10). Adicionalmente, es una tergiversación de la confidencialidad médico-paciente, pues el embarazo no es una enfermedad sino que un estado natural.

2. Presidenta de la República

a) Argumentos generales

- i) El TC ya habría fallado que la regulación de la fertilidad debía ser tratada por un decreto supremo sujeto a toma de razón (no por medio de una ley), cual es justamente el caso del Decreto Supremo que ahora se desea impugnar¹⁶.
- ii) El Decreto Supremo encarna políticas de salud reproductiva orientadas a combatir desigualdades, reduciendo la mortalidad materna e infantil y los embarazos no planificados.

¹⁵ Corte Suprema (2001) Rol 2186-2001.

¹⁶ Tribunal Constitucional (2007) Rol 591.

- iii) El Estado no obliga a usar determinados métodos anticonceptivos, solo pone distintas alternativas a disposición de la población, quién decide libremente según sus propias convicciones.
- iv) El Decreto Supremo se enmarca en la política nacional de desarrollo que el artículo 113 de la CP obliga a la Administración a establecer.
- v) El precedente judicial invocado por los requirentes¹⁷ solo tiene efectos particulares para el caso en cuestión y, adicionalmente, se contradice con otro fallo posterior¹⁸.

b) Cuestiones de previo y especial pronunciamiento (atingentes a la eventual falta de competencia del TC)

- i) El control de constitucionalidad de decretos supremos establecido en el artículo 93 N° 16 es de naturaleza abstracta, y debe por tanto prescindir de los hechos concretos de casos particulares. En este caso, se somete al TC una cuestión fundamental de hecho que debe ser probada, cual es el supuesto efecto abortivo/antianidatorio de la Píldora.
- ii) Los requirentes debieron impugnar en su momento el registro sanitario, que es el que permite la distribución de la píldora. El Decreto Supremo solo establece modalidades para su distribución, por lo que incluso si se declara inconstitucional, ello no obstaría a la “vigencia” de la Píldora.
- iii) El TC no puede realizar un análisis de mérito, i.e., de oportunidad y conveniencia de un acto administrativo (e.g., análisis de riesgos versus beneficios esperados por la distribución gratuita de la píldora).

c. Argumentos de fondo

- i) No se vulnera el derecho a la vida, ya que la protección constitucional del embrión comienza desde la implantación (antes es imposible saber si hay embarazo). Determinar el comienzo de la vida (e.g., concepción), y eventualmente adelantar la protección del embrión, es una opción entregada por la CP al legislador.

¹⁷ Corte Suprema (2001) Rol 2186-2001.

¹⁸ Corte Suprema (2005) Rol 1039-2005.

- ii) No se vulnera la igualdad ante la ley porque existen fallos judiciales contradictorios que no permiten establecer una regla común vinculante para los órganos del Estado. En cambio, prohibir la distribución de la Píldora en el sistema público causaría desigualdad respecto de quienes pudieran seguir adquiriéndola en el sistema privado.
- iii) Las normas no vulnerarían el derecho/deber preferente de los padres a educar a sus hijos, pues solo sugieren una alternativa y no imponen deberes ni obligaciones a los padres. Además el Decreto Supremo responde a la idea de que los menores son sujeto pleno de derechos, cuya titularidad a la privacidad, autodeterminación, libertad de conciencia, entre otros, debe primar en la especie.

3. Contralor General de la República

Reiteró lo señalado a propósito del requerimiento presentado ante el TC en contra de la Resolución Exenta N° 584 de 2006 del Ministerio de Salud. En síntesis, la eventual vulneración del derecho a la vida no sería competencia de la Contraloría General de la República (“CGR”), quien defiere en la materia a la determinación del órgano administrativo especializado. La igualdad ante la ley tampoco se afectaría por cuanto el fallo judicial en cuestión canceló el registro de otras fármacos y no el de los que se utilizan en el Decreto Supremo. Finalmente, no se violaría el derecho/deber preferente de los padres a educar a los hijos por cuanto el Decreto Supremo contiene solo orientaciones, y la prerrogativa paterna no es excluyente. Más aún, recuerda el deber del Estado de asegurar el libre e igualitario acceso a las acciones de salud (artículo 19 N° 9 de la CP).

4. El TC

El Fallo comienza por rechazar las cuestiones de previo y especial pronunciamiento planteadas por la Presidenta de la República, señalando lo siguiente:

- a) El control de los decretos supremos encargado por la CP al TC es amplio (tal como se deduce de su texto), e incluye considerar los efectos que puedan tener sobre los derechos fundamentales, lo que perfectamente puede exigir la ponderación de cuestiones de hecho necesarias para verificar la vulneración de un derecho (considerando Noveno).

- b) No se ha impugnado extemporáneamente el registro sanitario de la Píldora, sino un acto administrativo distinto (el Decreto Supremo), cuyo contenido (i.e. normas sobre distribución de la Píldora), es claramente diferente al registro sanitario (considerando Décimo).
- c) No se realizará un control de mérito, sino solo de constitucionalidad (considerando Undécimo).

A continuación, el TC se dedica a despejar la mayoría de los problemas de constitucionalidad invocados, dejando subsistente para su análisis solo la situación de la Píldora. En efecto, el TC afirma que:

- a) Si bien se impugnan los dispositivos intrauterinos en general, las argumentaciones del requerimiento solo se refieren a la Píldora, por lo que el TC desestima el cuestionamiento del resto de los dispositivos (considerando Duodécimo)
- b) El derecho preferente de los padres de educar a sus hijos no ha sido vulnerado, por cuanto no se impide que los padres escojan el establecimiento educativo de sus hijos (educación formal), ni que puedan transmitirles sus conocimientos y valores sobre la vida sexual (educación informal) (considerando Decimosexto).
- c) La vulneración de la igualdad ante la ley de los embriones no se ha explicado suficientemente (Decimoséptimo).

Resuelto lo anterior, el TC entra al fondo de la cuestión, intentando desentrañar si la Píldora produce efectos de anticoncepción (impide la concepción) o de contracepción (afecta a un embrión ya constituido como tal). Partiendo de la base de que los efectos de la Píldora son complejos y de difícil determinación, la comunidad científica opinaría que aquella podría producir tres tipos de resultados: “a) Impedir la ovulación; b) Impedir la migración de los espermatozoides para fecundar el óvulo; y c) Impedir la implantación” (considerando Trigésimo segundo). Reconoce el TC que este último efecto es controvertido, y que la evidencia científica es contradictoria y en ocasiones basada en estudios en animales que no necesariamente son extrapolables al ser humano.

Asentado que no se puede descartar con certeza que la Píldora impida la implantación en el útero, el TC se cuestiona acerca de la naturaleza de aquello que se implanta. Reconoce a este respecto la existencia de opiniones discordantes respecto de si el óvulo fecundado que intenta implantarse es o no un nuevo ser humano (considerando Trigésimo sexto).

En definitiva, de las dos “incertidumbres” precedentes, el TC concluye que no es posible excluir en forma concluyente que la Píldora no afecte la implantación de un ser humano (considerando Trigesimo noveno).

A continuación, el TC establece categóricamente que el no nacido es persona para nuestra Constitución. Apela para ello a la doctrina nacional; la evidencia científica presentada (desde la concepción existe un individuo irrepetible dotado de *“toda la información genética necesaria par su desarrollo”*, considerando Quincuagésimo); la jurisprudencia comparada (i.e., Costa Rica, Argentina); la historia de la Ley N° 19.611 de Reforma Constitucional, y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Luego el TC analiza la situación del derecho a la vida en nuestro ordenamiento constitucional, señalando que es el *“derecho fundante de todos los demás, pues sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales”* (considerando Quincuagésimo quinto). El derecho a la vida constitucionalmente protegido se extiende también al no nacido. En efecto, en relación a la voz constitucional que señala *“La ley protege la vida del que está por nacer”* (artículo 19 N° 1 inciso 2°), el TC señala que *“la intención del Constituyente fue confiar al legislador las modalidades concretas de protección de la vida que está por nacer en el entendido que se trata de un ser existente e inserto en la concepción de persona (...) Este mandato al legislador importa la protección de un derecho y no solo del bien jurídico de la vida”* (considerando Quincuagésimo octavo). En consecuencia, existen acciones para exigir el respeto del derecho a la vida del no nacido, tal y como lo habría reconocido la jurisprudencia ordinaria y administrativa. Recuerda también el TC que el constituyente le impuso al legislador el deber de asegurar el derecho a la vida (art. 19 N° 1 inciso 2°), y que todos los órganos del Estado tienen el deber de respetar y promover los derechos fundamentales.

Finalmente, el TC se aboca al análisis de la situación de la Píldora. Señala que la prueba rendida demuestra que existe una *“disparidad profunda de opiniones, sobre todo en el mundo científico”* (considerando Sexagésimo segundo), respecto del momento en que comienza la vida y, consecuentemente, de los eventuales efectos de la Píldora sobre la vida de una persona. Sin embargo, el TC está obligado a fallar la cuestión, optando entre las posiciones que se le han presentado, para lo cual decide enfocarse en las posibles consecuencias de tales posturas. Si el ser humano comienza con la implantación, la Pí-

dora no afectaría la vida de una persona. Sin embargo, si hay individuo desde la concepción, los eventuales efectos de la Píldora podrían constituir un aborto que vulneraría la protección constitucional de la vida. Apela entonces el TC al concepto de la duda razonable, sosteniendo que en tales casos corresponde utilizar el principio *pro homine* o *favor libertatis*, el cual obliga a optar por la alternativa menos restrictiva de un derecho y más favorable a la persona. En este caso, la opción que más cautela el derecho a la vida es la declaración de inconstitucionalidad de las partes del Decreto Supremo referidas a la Píldora.

III. CUESTIONES GENERALES, FORMALES Y PROCESALES

En términos generales, se trata de una sentencia claramente redactada, que utiliza un lenguaje cuidado y dotada de una línea argumental identificable y consistente a través del texto. Más aún, se agradece que el TC haya diseñado el Fallo siguiendo una ordenación clara, lógica, y muy fácil de seguir. Si bien la profundidad del análisis no es siempre la misma, y no obstante la presencia de ciertas deducciones que no son completamente evidentes para el lector, nos parece que, en general, se trata de una sentencia bien construida¹⁹.

Destacamos a continuación algunos aspectos específicos del Fallo:

1. Extensión. La primera característica formal del Fallo que salta a la vista es su gran extensión, excediendo con mucho la media del TC. Si bien parte de tal longitud se debe a la existencia de extensos votos de minoría, nos parece que el TC intentó transmitir un mensaje: dejar en claro que la materia se estudió a profundidad, que se analizaron las distintas alternativas, y que el Fallo es una decisión concienzuda y sostenida por diversos argumentos, cuestión que haría más difícil la eventual superación de la doctrina contenida en él.
2. Quórum. En directa relación con el punto anterior, cabe destacar que se trató de una decisión muy ajustada: cinco ministros contra

¹⁹ En relación al punto anterior, parte de la doctrina nacional ha demostrado gran interés por analizar a profundidad las cualidades de las técnicas argumentativas del TC, aun por sobre la discusión jurídica propiamente tal. Se abre así una interesante discusión en el foro nacional que nos puede llevar a fijar muy necesarios y demorados estándares metodológicos de argumentación jurídica seria. Véase, por ejemplo, centro de estudios para el derecho y la ética aplicada (2008), ÁLVAREZ (2007), ALVEAR y CISTERNA (2008) p. 43 y ss., y BASCUÑÁN (2004).

cuatro²⁰. Lo anterior, unido a la contundencia, seriedad, extensión y lenguaje de los votos de minoría, nos lleva a concluir que se trató de un tema altamente divisivo para el TC, reflejando de esa forma la situación nacional sobre la misma materia. A primera vista, podría pensarse que tal división disminuye en cierto grado la autoridad y fuerza de la sentencia del TC, toda vez que el reemplazo de un solo ministro en la composición de aquel tribunal podría llevar a un cambio de doctrina, cuestión que a su vez podría incentivar nueva y mayor litigación sobre los puntos tratados en el Fallo. Lo anterior, sin embargo, nos parece una deducción apresurada y equivocada. En efecto, no observamos enfrentados aquí dos bloques homogéneos de cinco y cuatro ministros. Por el contrario, la lectura cuidadosa de los votos de minoría demuestra que aquellos no estaban de acuerdo en casi nada salvo en la decisión final de rechazar el recurso de inaplicabilidad. Es así como el ministro Colombo afirmó que se trataba de una discusión científica y moral que cabía dentro de la libertad de conciencia, y que por tanto excedía la jurisdicción del TC²¹. El ministro Vodanovic afirmó derechamente que el *nasciturus* no era titular de derechos fundamentales, que la CP no prohibía el aborto y que, si se consideraba que se trataba de una situación de conflicto de derechos, debían primar los derechos reproductivos de la mujer. Finalmente, los ministros Correa Sutil y Fernández Fredes se centraron exclusivamente en el aspecto probatorio, concluyendo que el supuesto efecto antianidatorio de la Píldora no estaba probado y que ni siquiera se generaba una duda razonable al respecto. De esta manera, observamos que los votos de minoría no constituyen un “bloque” cimentado sobre bases sustanciales comunes, sino más bien de un conjunto esencialmente diverso de opiniones discordantes con la del Fallo. En consecuencia, y no obstante la división cinco-cuatro, la doctrina contenida en esta sentencia, y que comentaremos más adelante, no parece estar sujeta a un riesgo serio de modificación en razón de futuros cambios de integración del TC.

3. Derecho internacional y comparado. Otro aspecto a destacar son las abundantes referencias al derecho internacional y comparado, fenómeno alentador, ya que evidencia una voluntad de abandonar

²⁰ El Fallo fue acordado con el voto conforme de los ministros señores Raúl Bertelsen Repetto; Mario Fernández Baeza; Marcelo Venegas Palacios; José Luis Cea Egaña, y doña Marisol Peña Torres. La minoría estuvo constituida por los ministros Hernán Vodanovic Schnake; Jorge Correa Sutil; Juan Colombo Campbell y Francisco Fernández Fredes.

²¹ Véase a este respecto las críticas de ZAPATA (2008) p. 552.

nuestra visión extremadamente insular del derecho²². Más aún, se trata de una utilización no meramente enciclopédica o redundante, sino de relevancia, toda vez que se vincula a algunas de las cuestiones centrales en discusión (e.g., comienzo de la vida, protección del embrión, compatibilidad de la Píldora con el derecho a la vida). Si bien se ha argumentado una utilización algo “selectiva” del derecho internacional aplicable²³, no cabe duda que se trata de un fenómeno que abre muy interesantes posibilidades a futuro.

4. Inhabilidades. En el ámbito procedimental, un asunto particularmente polémico fueron los incidentes de inhabilidad de los ministros Bertelsen y Navarro, en razón de un informe en derecho suscrito por ambos (entre otros), presentado en un juicio de nulidad de derecho público contra el ISP por el registro de la Píldora, en que ambos habían afirmado que aquella era inconstitucional por su eventual efecto abortivo²⁴. Siguiendo lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (“LOC TC”), ambos ministros hicieron presente esta situación al TC, que rechazó la inhabilidad del primero y aceptó la del segundo. Si bien esta diferencia de trato causó ácidas críticas²⁵, creemos que la explicación para tal distinción se encuentra en el mismo Fallo. En efecto, al referirse a la aceptación de la inhabilidad del ministro Navarro, se puede leer la frase “*teniendo especialmente presente lo expuesto por él*”²⁶, en circunstancias que más arriba se había dejado constancia que dicho ministro “*estima que se encontraría sujeto a la causal de implicancia (...) inhabilitado para conocer de este asunto*”²⁷. Lo anterior contrasta con lo que se señala sobre el ministro Bertelsen, quien afirmó que “*personalmente considera que no le afecta la causal de implicancia*”²⁸. De lo anterior se deduce que un aspecto clave para la decisión del TC fue la propia convicción de cada ministro en relación a su inhabilidad. El TC se limitó a confirmar tal convicción. Si bien este

²² Véase AGUILAR (2008) y NOGUEIRA (2008) pp. 370-371.

²³ AGUILAR (2008) p. 357.

²⁴ Nos referimos a la causa Rol 5839-2004, ante el 20° Juzgado Civil de Santiago. SILVA *et al.* (2003).

²⁵ Aquellas se ventilaron por la prensa y tuvieron como protagonistas a conocidos dirigentes políticos. La doctrina revisada se remite a tal discusión pública, pero no avanza un juicio crítico directo e inequívoco al respecto, con la excepción de ZAPATA (2008) pp. 544-545 nota 19.

²⁶ Tribunal Constitucional (2008) Rol 740, vistos, p. 44.

²⁷ Tribunal Constitucional (2008) Rol 740, vistos, p. 44.

²⁸ Tribunal Constitucional (2008) Rol 740, vistos, p. 43.

criterio, dentro de márgenes razonables, no parece *a priori* peor que otros, el resultado que produjo en este caso, donde la causal de inhabilidad y los hechos en que se fundaba eran exactamente idénticos para ambos ministros, causó sorpresa y malestar.

Se ha sostenido que el Fallo habría quedado cuestionado en virtud del problema antes descrito. Si bien nos parece que eso efectivamente sucedió ante la opinión pública, es necesario destacar que, en términos estrictamente jurídicos, se siguieron las normas aplicables (artículo 19 LOC TC). Es así como los ministros pusieron en conocimiento del TC su eventual inhabilidad, y fue el TC el que, excluyendo al afectado, resolvió por mayoría de votos acerca de las inhabilidades. En otras palabras, la ley entrega al propio TC la decisión respecto de las inhabilidades de sus miembros, y por tanto, tal decisión no es privativa de cada ministro²⁹, sino de aquel.

Concluimos este punto señalando que, si bien se cumplieron las formalidades legales, la voluntad del TC de deferir a la convicción de sus miembros la existencia de inhabilidades produjo, en este caso, un resultado desafortunado. Es de esperar que esta experiencia impulse a explorar mecanismos alternativos o complementarios para la evaluación de las inhabilidades de sus miembros^{30,31}.

5. Participación ciudadana. Finalmente, y sin perjuicio de todo lo dicho precedentemente, nos parece que el aspecto más importante a destacar en esta sección es la inusitada participación de la comunidad en el conflicto jurídico que estamos analizando. En efecto, la discusión acerca de la Píldora movilizó un conjunto de grupos y personas en defensa de sus posiciones, quienes percibieron no solo la potencial importancia del Fallo para sus convicciones e intereses, sino también la relevancia que podría adquirir para la discusión la articulación organizada de la ciudadanía que apoyaba ambas posturas. Es así como, durante el proceso, se presentó un número sin precedentes de informes de terceros o *amicus curiae*³².

²⁹ Si bien sería absurdo pensar que un ministro que está convencido de estar inhabilitado pueda ser obligado por sus pares a participar en un determinado asunto.

³⁰ En todo caso, nos parece que el responsable de la incómoda situación que se produjo fue el propio TC, ya que fue él, y no el ministro Bertelsen, el que en definitiva adoptó la decisión respecto a la inhabilidad.

³¹ El proyecto de modificación de la LOC TC, en actual control de constitucionalidad del TC, tampoco considera modificaciones relevantes en esta materia. Boletín 4059-07.

³² Tribunal Constitucional (2008), Vistos, Rol 740, pp. 54 y ss.

Más aún, el TC sostuvo audiencias públicas³³, abriéndose de esta forma a la influencia y argumentación de un conjunto de organizaciones sociales. En esta misma línea, un grupo de diputados distinto a los requirentes también decidieron intervenir, realizando una presentación con argumentos particularmente agresivos (e.g., se acusó una vulneración del espíritu de la reforma constitucional que otorgó al TC la competencia para conocer de esta clase de recursos; se ofreció evidencia –si bien incompleta y discutible– de derecho comparado; se discrepó en la interpretación que se dio a ciertos tratados internacionales)³⁴. Todo lo anterior contrasta vivamente con el desaprovechamiento que tanto requirentes como órganos constitucionales interesados hicieron de ciertas oportunidades procesales, en particular de la posibilidad de presentar informes de expertos sobre los efectos de la Píldora³⁵.

Sostenemos que el activo involucramiento ciudadano antes descrito es altamente positivo, toda vez que:

- a. Aumenta la legitimidad del proceso en su conjunto: es de todos conocida la crítica contramayoritaria a la justicia constitucional, que si bien es marginal en la doctrina chilena, no deja de ser jurídicamente relevante³⁶. Más aún si se recuerda la restringida legitimación activa que existe ante el TC, particularmente en casos como el presente, donde solo un grupo de parlamentarios puede impugnar un decreto supremo. En este contexto, involucrar a la ciudadanía en la discusión, ofreciendo oportunidades concretas, y sobre todo, tomando en cuenta las opiniones y argumentaciones vertidas en ellas –como el TC hace en el Fallo– permite un acercamiento real y comprobable del TC a la ciudadanía, suavizando de esta forma los inconvenientes contramayoritarios antes mencionados.
- b. Enriquece la discusión: la participación de diversos grupos alienta un análisis más exhaustivo de las distintas aristas involucradas en el problema en cuestión. Es así como, en el caso en estudio, las organizaciones sociales intervinientes fueron las primeras en enarbolar los derechos de las mujeres y los posibles efectos sobre su salud como elementos fundamentales a considerar.

³³ Tribunal Constitucional (2008), Vistos, Rol 740, pp. 72 y ss.

³⁴ Tribunal Constitucional (2008), Vistos, Rol 740, pp. 63 y ss.

³⁵ Tribunal Constitucional (2008), Vistos, Rol 740, p. 46.

³⁶ Véase DELAVEAU (2008) pp. 64 y ss. y la excelente síntesis de ZAPATA (2008) capítulo I.

- c. Permite identificar al menos algunos de los principales grupos interesados. Si bien no se puede partir de la premisa de que todos los interesados, o al menos los más intensamente interesados, intervendrán en los procesos jurídicos a que tengan acceso, la sola posibilidad de que ello suceda nos otorga cierta información de gran utilidad. En primer término, nos señala qué grupos han logrado el grado de desarrollo y madurez organizacional suficiente para enfrentar una tarea como la descrita.

En segundo lugar, nos permite reconocer ciertos patrones comunes a tales grupos. Es así como en el caso de la Píldora, resulta evidente que la Iglesia Católica, y en menor medida las Iglesias Evangélicas, constituyeron un actor social fundamental, toda vez que diversas de sus organizaciones, o de otras entidades ligadas a ellas, participaron en el procedimiento (e.g., Conferencia Episcopal; Pontificia Universidad Católica de Chile; Universidad de la Santísima Concepción; Muévete Chile; Red por la Vida y la Familia; Fundación Instituto de Estudios Evangélicos). Otro grupo interesado es el de las organizaciones vinculadas al desarrollo de la mujer y los derechos civiles (e.g., Instituto Chileno de Medicina Reproductiva; Asociación Chilena de Protección a la Familia; Universidad Diego Portales; Asociación por los Derechos Civiles). Finalmente, está el grupo de instituciones ligadas al ámbito científico y no confesional (e.g. Colegio de Químicos Farmacéuticos de Chile A.G.; Asociación de Ginecólogos y Obstetras de la Región Metropolitana A.G; Sociedad Chilena de Ginecología Infantil y de la Adolescencia; Facultad de Medicina de la Universidad de Chile)³⁷.

En tercer término, lo anterior, a su vez, nos permite inferir cuáles son las implicancias que la Sociedad –no solo el TC o la comunidad jurídica– percibe como más relevantes de la decisión en cuestión. En el caso del Fallo, la sola presencia de los grupos mencionados nos evidencia el gran impacto religioso, filosófico, valórico y moral que se atribuía a esta sentencia.

En cuarto lugar, la reflexión anterior nos entrega un valioso elemento de análisis del Fallo. En efecto, si la sociedad considera con tanta convicción que las variables religiosa, filosófica, va-

³⁷ Alvear lo ve como un conflicto entre dos partes claramente reconocibles: la “posición católica tradicional” versus la “moral sexual antitética de signo claramente marcusiano”. ALVEAR y CISTERNA (2008) p.26.

lórica y moral son fundamentales en el tema en discusión, resultará de interés revisar si tales influencias efectivamente han tenido un rol relevante en el análisis y la decisión del TC.

En todo caso, cabe destacar que lo que hemos denominado involucramiento ciudadano no siguió solamente los canales institucionales propios del procedimiento de impugnación ante el TC. Por el contrario, la lamentable filtración, incompleta e imperfecta, del contenido del Fallo antes de su difusión oficial, produjo una reacción nunca vista frente a una sentencia constitucional. Es así como se desarrollaron concurrencias manifestaciones públicas de repudio al supuesto contenido del Fallo. Cabe destacar a este respecto que gran parte de esta efervescencia se explica por la naturaleza imperfecta de la filtración, la cual aseguraba que no solo se había prohibido la distribución de la Píldora, sino que se había declarado inconstitucional la utilización de todos los dispositivos intrauterinos de control de la natalidad. La enormidad de los efectos de tal decisión explica, en gran medida, la intensidad y extensión de la reacción pública frente a la supuesta decisión del TC.

El fenómeno descrito (participación no institucionalizada) no parece negativo *per se*. Más aún; pareciera iluso e incluso ilógico pensar que un involucramiento fuerte de la ciudadanía redundará solo en la utilización de medios institucionalizados de acción. No obstante lo anterior, la que nos parece equivocada fue la reacción del TC frente a esta exaltación pública. En efecto, en una decisión sin precedentes, decidió emitir un comunicado “con el objeto de informar adecuadamente a la opinión pública”³⁸, en el cual se resumía la parte decisoria del Fallo, dejando en claro que solo se prohibía la Píldora y no los dispositivos intrauterinos. Si bien se logró el objetivo de desactivar las manifestaciones públicas al exterior del TC, se estableció un nefasto precedente de debilidad frente a la ciudadanía, al punto de saltarse todas las normas procedimentales establecidas al respecto. Entendemos que la postura del TC era complicada: se enfrentaba a la eventual intensificación de las manifestaciones públicas y la necesidad de no afectar su trabajo normal era acuciante. Sin embargo, nos parece que eligió un camino equivocado, y que más temprano que tarde, el TC deberá enfrentar otros casos de similar conflictividad, en los cuales la ciudadanía querrá nuevamente exigir esta suerte de “*fast-track*”

³⁸ Tribunal Constitucional (2008).

jurisdiccional. Adicionalmente, una decisión “a secas”, i.e., sin la fundamentación correspondiente, carece de las características necesarias para ser correctamente analizada. Si bien la decisión es lo fundamental de la sentencia, las razones para llegar a una conclusión pueden ser diametralmente distintas, lo que a su vez puede llevar a lecturas completamente diferentes de la parte decisoria de la sentencia, cuestión que puede tener influencia directa en la forma de interpretarla y aplicarla. En definitiva, nos parece que el TC pagó un precio muy caro para salir de la incómoda situación en que se encontraba, la que fue directamente causada por la filtración anticipada del Fallo.

Para concluir, destacamos la gran presencia mediática que ha tenido no solo el Fallo en sí, sino que el procedimiento completo del caso. Tal presencia puede a la vez explicar, en parte, el interés ciudadano antes comentado, como también ser consecuencia del mismo, o explicación y consecuencia a la vez. En todo caso, dudamos que tal fenómeno sea una realidad aislada: las decisiones del TC, particularmente cuando versan sobre cuestiones altamente conflictivas, serán constante objeto de atención de los medios. Es necesario, por tanto, que el TC se prepare para dicha realidad, desarrollando políticas de comunicación adecuadas y conducentes no solo al cuidado de su imagen institucional, sino que a la adecuada información y educación de la población. En otras palabras, los medios pueden ser grandes aliados del TC en la difusión amplia y correcta de su labor.

IV. REFLEXIONES SOBRE EL FONDO

1. El comienzo de la vida y la autoridad del TC para determinarlo

En nuestra opinión, y más allá de los detalles de la discusión técnica jurídica envuelta en el caso de la Píldora, nos parece evidente que un punto trascendental que sirve de trasfondo a todo el Fallo es la determinación del momento en que comienza la vida. Al respecto, resulta imprescindible analizar críticamente cuál es la posición y la autoridad del TC para resolver asuntos de esta naturaleza.

a) *Consideraciones previas*

En primer lugar, sabemos que la determinación del momento en que comienza la vida es un asunto de suyo complejo, respecto del cual no existe acuerdo ni en la comunidad científica ni en la comunidad

jurídica³⁹. Es así como algunos lo sitúan en el instante de la concepción, otros en el de la implantación, y otros en algún momento “clave” de la progresiva división celular (e.g., día decimosexto, final de la segunda semana de gestación).

En segundo término, resulta evidente que esta determinación se trata de un asunto de hecho, el cual no es susceptible de ser determinado mediante la sola reflexión jurídica.

En tercer lugar, es una cuestión que presenta una tremenda relevancia normativa, ya que se trata del supuesto de hecho de una serie de categorías y consecuencias jurídicas, tales como el reconocimiento de la calidad de persona, sujeto de derechos, etc. Como corolario de lo anterior, y sin perjuicio de la existencia de diversas alternativas razonables a nivel científico, el derecho necesita en forma imperiosa definir alguna de aquellas como la correcta, al menos para los efectos jurídicos. En otras palabras, a pesar de que la ciencia no pueda dar hoy una respuesta unívoca a la pregunta en cuestión, el derecho exige la definición de una postura determinada.

b) ¿Puede el TC resolver este punto? Autoridad versus necesidad

Decíamos que el derecho requiere una definición de la cuestión de hecho consistente en cuándo comienza la vida. Ahora bien, ¿qué norma jurídica –y por tanto, qué agente estatal– debe resolver este asunto? Una primera opción consiste en su determinación en sede administrativa. Si bien se trata de una alternativa rápida de concretar, presenta importantes dificultades, las que podemos sintetizar de la siguiente forma:

- i) La entidad de la decisión es tal para el ordenamiento jurídico (al punto de ser un eslabón fundamental dentro de la determinación de lo que es una persona y un sujeto de derechos), que no resulta lógico dejarla en manos de un poder del Estado cuya función principal no es siquiera normar, sino el desarrollo de actividades políticas, ejecutivas y administrativas;
- ii) Estando tan esencialmente vinculada al reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales, es plausible sostener que esta decisión debe seguir la regla constitucional en materia de limitación

³⁹ Véase, por ejemplo, OYARZÚN (2004) pp. 28 y 29; FERMANDOIS (2004) p. 95; WITTIG (2005); FIGUEROA (2007) p. 110; SILVA (2006) Tomo XI, p. 71, y UGARTE (2006) pp. 313 y ss.

de tales derechos, vale decir, aquella deber ser realizada por la ley (artículo 19 N° 26);

- iii) La opacidad del proceso de toma de decisiones a nivel administrativo⁴⁰, unida a la natural desconfianza frente a un poder del Estado cuyas facultades han crecido incontrastablemente desde el siglo pasado, producen un natural rechazo a que sea el Ejecutivo el que zanje esta cuestión;
- iv) El recambio regular de las autoridades ejecutivas redundaría en una mayor probabilidad de volubilidad del criterio adoptado;
- v) El administrador carece de la legitimidad democrática suficiente para adoptar este tipo de decisiones.

Una segunda opción consiste en dejar esta materia al legislador. Esta alternativa se presenta como la vía normal en democracia, ya que permite, al menos en teoría, una discusión pública, abierta a los distintos grupos políticamente representados, mediante un procedimiento contradictorio y extenso, y dotada de la legitimidad democrática otorgada por la elección directa de los parlamentarios⁴¹. Más aún, se ha afirmado que la CP habría encargado a la ley todo lo relativo a la protección del que está por nacer, incluyendo aquello que pudiera afectarlo⁴² (*“La ley protege la vida del que está por nacer”*, artículo 19 N° 1 inciso 2°), postulado que se reforzaría con la imposición constitucional de regular los derechos fundamentales solo por ley⁴³ (artículo 19 N° 26). Sin embargo, y al margen de la existencia de límites y reparos a esta opción⁴⁴, cabe reconocer que no ha sido el camino elegido en nuestro país, donde el legislador no ha resuelto el punto en forma expresa y general⁴⁵.

Otra alternativa es la decisión popular directa, vía plebiscito o simi-

⁴⁰ Delaveau contrasta esta situación con el proceso de adopción de decisiones por parte del TC, el que se realiza en el marco de un debido proceso, cuestión que redundaría en el menor grado de paternalismo de la decisión. DELAVEAU (2008)

⁴¹ Véase el voto concurrente del ministro Venegas.

⁴² FERNANDOIS (2004) pp. 102 y ss.

⁴³ SILVA *et al.* (2003) N° 15.

⁴⁴ Nos referimos, básicamente, a que los derechos fundamentales (al menos su núcleo) no deben quedar a la libre disposición de las mayorías de turno. La experiencia europea de mediados del siglo XX fue ilustrativa al respecto (e.g., régimen nazi). Este ha sido uno de los fundamentos tradicionales para la creación de tribunales constitucionales, a los que se instituye como guardianes de los derechos de las minorías frente a las mayorías.

⁴⁵ Nótese que el artículo 1° de la Ley N° 20.120, sobre Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma, y Prohíbe la Clonación Humana, dispone que: “Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción”.

lar. Obviando la discusión acerca de qué tan apropiado sea decidir estos temas vía mayorías electorales⁴⁶, la verdad es que esta no es una opción en el Chile actual, toda vez que nuestra CP contiene un catálogo cerrado de votaciones populares (artículo 18 de la CP)⁴⁷ que no incluye un plebiscito como el señalado⁴⁸.

Ahora bien, si el administrador no debe resolver esta materia, el pueblo no puede hacerlo y el legislador no lo ha hecho, ¿quién debe decidir? En Chile la cuestión ha debido ser zanjada por los tribunales de justicia. En efecto, en virtud de nuestra concepción de la jurisdicción como un deber más que como una mera facultad⁴⁹, y la consagración expresa del principio de inexcusabilidad (artículo 76 inciso 2º de la CP)⁵⁰, los tribunales se han visto en la obligación de definir el momento en que comienza la vida⁵¹. En el caso de la Píldora, tal labor recayó sobre el Tribunal Constitucional, el que optó por el momento de la concepción⁵².

¿Posee autoridad o legitimidad el TC para realizar esta decisión? Para contestar esta pregunta, debemos tener presente las siguientes consideraciones:

- i) Se trata de una materia no propiamente jurídica, la que se encuentra particularmente abierta a consideraciones morales, filosóficas y religiosas. Ello podría a su vez influir en que los sentenciadores se encuentren expuestos a la tentación de aplicar sus propias convicciones por sobre su honesto entendimiento de las normas y principios jurídicos aplicables⁵³.
- ii) No ha sido voluntad del TC definir esta cuestión, sino que ha sido prácticamente forzado a hacerlo en este caso, debido al silencio del legislador y a las ya mencionadas concepciones dominantes en Chile acerca de la jurisdicción y el principio de inexcusabilidad.

⁴⁶ Véase supranota N° 44.

⁴⁷ Así fue interpretado por el Tribunal Constitucional (1998) Rol 279, considerando 21.

⁴⁸ A menos que lo situemos como una reforma constitucional, en la cual no hay acuerdo entre el Congreso Nacional y el Presidente de la República, y este último decide convocar al pueblo para que resuelva. Artículos 128 y 129 de la CP.

⁴⁹ En palabras de Casarino "más que una facultad, es un verdadero deber que pesa sobre uno de los poderes u órganos del Estado, o sea del Poder Judicial, y constituye su misión principal" CASARINO (1998) p. 53.

⁵⁰ Aquel principio en virtud del cual "la ausencia de norma que resuelva un conflicto no autoriza o excusa a los tribunales de justicia para ejercer la función jurisdiccional" EVANS ESPINERA (2006) p. 168.

⁵¹ Corte Suprema (2001) Rol 2186-2001, Corte de Apelaciones de Santiago (1989) Rol 364-1989.

⁵² Tribunal Constitucional (2008) Rol 740, considerando 64.

⁵³ Ver RODRÍGUEZ (2008) 9-10 y ZAPATA (2008) p. 560.

- iii) Estamos ciertos de que al TC no le gusta resolver este tipo de cuestiones, no solo por su carácter científico, sino particularmente por sus potenciales efectos divisivos para la sociedad. Debemos destacar a este respecto que el TC está llamado a ser agente de cohesión social y no de división entre bandos irreconciliables. Es más, es plausible pensar que cuando estas decisiones las adoptan tribunales, la división social se mantiene en el tiempo con más fuerza que cuando las toman las legislaturas o el pueblo directamente⁵⁴.
- iv) La autoridad y funciones del TC fueron fuertemente reforzados el 2005. De esta forma, podría inferirse que el constituyente derivado, ejercido por la clase política actual, depositó una gran confianza en aquel órgano, a sabiendas que ello podía resultar en fallos adversos para las mayorías de turno⁵⁵.
- v) En definitiva se trata de un problema intrínsecamente unido a la protección de los derechos fundamentales, los cuales están reconocidos por nuestra CP, norma cuya interpretación se encuentra encargada, en última y suprema instancia, al TC. Más aún, el principal rol institucional del TC es velar por la supremacía constitucional, la que comprende la observancia efectiva de los derechos fundamentales⁵⁶.

Del conjunto de consideraciones precedentes podemos concluir que el TC resuelve estas materias no porque se trate de una cuestión que caiga derechamente entre sus competencias, sino porque, ante el silencio del legislador, su posición dentro del ordenamiento jurídico le obliga a adoptar decisiones al respecto, incluso a pesar de sí mismo. En otras palabras, se trata de una justificación más bien de necesidad, de funcionamiento institucional *lato sensu*, que de legitimidad propiamente tal. Concedemos, sin embargo, que en esta última dimensión quedan dudas importantes, tales como una visión paternalista de

⁵⁴ Piénsese en temas como el aborto y la eutanasia. Es así como el aborto fue permitido en todos los estados de EE.UU. por decisión judicial, despojando a las asambleas estatales de esa facultad, y originando una álgida, larga y amarga discusión pública que se mantiene hasta el día de hoy como uno de los temas políticos de mayor envergadura. Esta situación no se observa en países donde el pueblo (e.g., Irlanda) o las legislaturas (e.g. U.K) han adoptado una decisión sobre la materia. Algo similar parece ocurrir con la eutanasia si uno compara países que la establecieron por ley (e.g. Holanda), con otros en que se ha permitido en ciertos casos por decisión judicial (e.g., Reino Unido).

⁵⁵ Sin embargo, existen otras lecturas posibles, e.g. no hubo cabal conciencia del poder que se estaba entregando al TC, la entrega de mayores facultades actuó justamente como un catalizador del recelo de esa clase política frente al ejercicio de ese poder por parte del TC.

⁵⁶ Véase a este respecto, Tribunal Constitucional (2008) Rol 740, considerando 63.

la labor del TC, su fundamentación de autoridad en una constitución que precisamente ha sido cuestionada en su legitimidad, etc.

En definitiva, nos parece que la entrega de estas decisiones al TC no es en absoluto el ideal, no obstante lo cual, es lo que en este caso particular se le ha exigido al TC que haga para la conservación de nuestro Estado de Derecho y la adecuada protección de ciertos derechos fundamentales.

c. Algunos peligros que surgen para el TC

El hecho de que el TC deba adoptar este tipo de decisiones, en un contexto de duda competencial y de legitimidad, unido a la naturaleza misma del conflicto en cuestión, presentan una serie de peligros evidentes para el TC. Analizaremos brevemente dos de ellos:

i) Factores extrajurídicos y opinión pública

Un aspecto largamente discutido es la eventual vinculación que existiría entre la posición política de los miembros del TC y la composición de mayorías y minorías frente a las cuestiones que conoce, particularmente de aquellas con mayores consecuencias políticas. Se plantean de esta forma dudas acerca de si el TC actúa exclusivamente como un tribunal de derecho, o si considera en sus decisiones otra clase de factores. Del mismo modo, se cuestiona la legitimidad y democraticidad de un tribunal que impondría sus propias convicciones políticas por sobre las decisiones de los órganos políticos democráticamente elegidos.

Al margen del grado de verdad existente en el planteamiento anterior, lo cierto es que se trata de un tópico conocido y discutido, particularmente en otros sistemas jurídicos⁵⁷. No se trata de negar del todo la influencia de tales factores, sino más bien de asegurarnos que aquellos quedarán sometidos a los criterios de la dogmática jurídica-constitucional, y no al revés. Este es un tema que, mal tratado, puede ser muy destructivo para la autoridad del TC. Lamentablemente, el caso de la Píldora fue particularmente nefasto en este sentido, toda vez que se trató del enjuiciamiento de una política pública fuerte y tozudamente defendida por el Gobierno, el cual la adoptó como una importante y simbólica bandera de

⁵⁷ Los norteamericanos son quienes han tratado con mayor detenimiento esta materia. Véase, por ejemplo, SUNSTEIN *et al.* (2006), SUNSTEIN (2005a); EPSTEIN y KNIGHT (1998) capítulo II, y SEGAL y COVER (1989).

lucha. Por tanto, y a diferencia de otros casos que llegan ante el TC, la carga político-partidista de la decisión era evidente, lo que aumentaba considerablemente el riesgo de que la ciudadanía atribuyera las decisiones de los ministros a su postura favorable o desfavorable frente al Gobierno.

Más aún, la Píldora no solo sacó a la palestra el factor político, sino también el moral y religioso, y cómo los ministros del TC considerarían aquellos al adoptar sus decisiones. En efecto, la gran participación de grupos ciudadanos vinculados a la religión o a idiosincrasias “progresistas”, así como el desarrollo de un debate plagado de referencias a posturas religiosas y valóricas, instaló con fuerza esta idea en la opinión pública y en parte de la comunidad jurídica. Es así como se ha afirmado, respecto del Fallo, que “cada uno de los jueces, en cierta medida, hizo prevalecer sus convicciones religiosas, éticas y políticas”⁵⁸.

En definitiva, nos parece que el Fallo debilitó la postura del TC frente a la opinión pública, al menos en cuanto tribunal de derecho capaz de someter las convicciones políticas, religiosas y valóricas de sus miembros a criterios estrictamente jurídicos.

ii) Divisiones internas del TC

La irrupción de factores extrajurídicos no solo podría afectar la imagen del TC, sino también su funcionamiento interno. Si bien no tenemos conocimiento de estudios que demuestren empíricamente la existencia de una correlación entre la posición política/religiosa/valórica de un ministro y sus posiciones jurídicas al interior del TC, se trata de una posibilidad que se ha discutido⁵⁹.

Es así como se ha especulado acerca de la conformación de verdaderos bloques al interior del TC, etiquetados con nombres tales como católicos ortodoxos, católicos liberales y agnósticos; derechistas, centristas e izquierdistas; neoliberales y socialdemócratas o estatistas; conservadores y progresistas, entre otros. Evidentemente, las clasificaciones van cambiando según el tipo de materias sometidas a la consideración del TC.

⁵⁸ RODRÍGUEZ (2008) p. 9. Véase también VIVANCO (2008) p. 561, y ALVEAR y CISTERNA (2008) p. 43. Algo de esto puede también encontrarse, si bien en forma indirecta, en el voto disidente del ministro Colombo, considerando 29

⁵⁹ Los norteamericanos llevan la delantera en esta materia. Véase supranota N° 57.

Insistimos en que no existe evidencia comprobable de que tales divisiones se cristalicen en el trabajo del TC. Sin embargo, conviene destacar que, de existir, podrían presentar algunos efectos perniciosos. En primer lugar, podrían alterar fuertemente la labor interna del TC, abriendo abismos y produciendo quiebres que pueden ser imposibles de superar mediante la sola conversación razonada acerca del derecho aplicable al caso en cuestión. En segundo término, los fallos podrían comenzar a incorporar un lenguaje conflictivo que denuncie la falta de tolerancia de una u otra postura. Es así, por ejemplo, como en un voto de minoría del Fallo se insinúa que la mayoría estaría adoptando una postura moral determinada que podría vulnerar la libertad de conciencia⁶⁰. En tercer lugar, la señal que se enviaría para quienes designan a los ministros del TC es perversa, ya que los empujaría a adoptar como criterio preponderante de selección no las capacidades y méritos de los candidatos, sino la completa coincidencia con sus propias opiniones políticas, morales y religiosas.

No se trata de cerrar los ojos a la realidad: los ministros son personas y como todo el resto de los chilenos tienen derecho a tener, manifestar y promover sus ideas y convicciones. Sin embargo, al desarrollar la función pública de integrantes del TC, se obligan a adoptar y seguir criterios jurídico-técnicos, comprensibles y aplicables para todos, coherentes con el cuerpo de dogmática jurídica nacional, a pesar de la carga valórica, religiosa o política del asunto controvertido⁶¹. Sabemos que existen ciertas materias en que lagunas, faltas de precisión normativa o dificultades de interpretación, invitan a la consideración de factores extrajurídicos⁶². Sin embargo, la delicada posición institucional del TC, en cuanto árbitro de conflictos de gran envergadura social (cual es el caso de la Píldora), obliga a los ministros a actuar con gran prudencia, sometiendo tales factores a criterios más puramente dogmático-jurídicos.

Finalmente, en el caso de la Píldora, si bien nos parece innegable la gravitación de consideraciones morales y religiosas, no queda claro que aquellas hayan sido determinantes para el voto de todos

⁶⁰ Voto del ministro Colombo, considerandos 18 y 19.

⁶¹ El voto de minoría de los ministros Correa y Fernández Fredes aborda este tema. Véase especialmente su considerando 25.

⁶² SUSTEIN *et al.* (2006).

los ministros. Más aún, no se habría producido una clara división entre “católicos” y “agnósticos”⁶³.

2. El estatus del *nasciturus*

Una de las preguntas subyacentes más importantes en la discusión sobre la Píldora ha sido la determinación del estatus del *nasciturus* en el ordenamiento jurídico chileno. Es más, muchos han visto esta verdadera guerra judicial como un adelanto de un potencial intento de introducir una ley de aborto en Chile⁶⁴.

Sabemos que a este respecto nuestra CP no fue suficientemente clara. En efecto, aquella establece en su artículo 19 N° 1 que “La ley protege la vida del que está por nacer”, frase cuya curiosa redacción refleja una solución de compromiso al interior de la Comisión de Estudios del Anteproyecto de Nueva Constitución Política del Estado⁶⁵, donde la manzana de la discordia fue justamente la autorización del aborto. En consecuencia, algunos han afirmado que la norma contendría un mandato de protección relativizado o menos intenso en relación al no nacido⁶⁶.

Ahora bien, la discusión precedente se relaciona directamente con aquella sobre el estatus del *nasciturus*. En efecto, debemos recordar que para nuestra CP la única fuente de derechos fundamentales es la naturaleza humana, y que el Estado se limita solo a reconocer su existencia, no a concederlos (artículo 5°). En consecuencia, podemos afirmar que si el *nasciturus* es persona, aquel es titular de todos los derechos reconocidos en nuestra CP, incluyendo por supuesto el derecho a la vida. De esta forma, la frase en discusión no podría leerse como una protección relativizada o menos intensa, ya que el Estado estaría obligado a brindar igual protección al no nacido y al nacido en cuanto ambos son igualmente personas. En cambio, si el *nasciturus* no es persona, tampoco es titular de derechos fundamentales, y su protección por parte del Estado depende de otras consideraciones (si la vida del no nacido es o no un bien jurídico que merece protec-

⁶³ ZAPATA (2008) p. 560.

⁶⁴ Cf. VIVANCO (2008) pp. 545 y 569.

⁶⁵ Sesiones N° 84 (4 de noviembre de 1974); 87 (14 de noviembre de 1974); 89 (21 de noviembre de 1974); 90 (25 de noviembre de 1974); 94 (12 de diciembre de 1974) y 407 (9 de agosto de 1978).

⁶⁶ BASCUÑÁN (2004) pp. 54 y ss. y MARSHALL (2008) p. 156. Cf. ALDUNATE (2008) p. 150; EVANS DE LA CUADRA (1999) pp. 113-114; FIGUEROA (2007) p. 117. Véase también el fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó (2008) Rol 230-2008, considerando Cuarto.

ción estatal⁶⁷, si se trata de un proceso que no puede ser legítimamente interrumpido⁶⁸, etc.), lo cual la hace susceptible de relativización, i.e., de una protección de menor intensidad a la que se otorga a quienes tienen el derecho a la vida (los nacidos).

Para la mayoría de la doctrina nacional, el *nasciturus* es persona, y por tanto titular del derecho a la vida en igual pie que los nacidos⁶⁹. Hay quienes afirman que no es persona, estableciendo diversos grados de protección estatal⁷⁰. Llama la atención, sin embargo, que tal y como observa el TC⁷¹, varios de los autores que aseveran la no personalidad del *nasciturus* no sean constitucionalistas, sino profesionales de otras ramas del derecho (e.g., derecho civil, derecho penal), cuestión que resta algo de fuerza a sus planteamientos en sede constitucional. Ello no solo por cuanto el derecho constitucional, como toda rama del derecho, presenta principios, normas interpretativas, convenciones y una suerte de “cultura” propia, sino también en la medida que aquellas disciplinas debieron lidiar con el estatus del no nacido con mucha antelación, fijando criterios que hoy pueden resultar algo obsoletos. Más aún, en virtud del principio de supremacía constitucional y de la diferencia de jerarquía, la interpretación e integración de las normas constitucionales por medio de simples normas legales es una práctica bastante dudosa⁷².

Por otra parte, si bien la jurisprudencia parecía haberse decantado hacia el reconocimiento del no nacido como persona⁷³, se trataba de un cuerpo muy reducido de fallos, manteniendo una situación de cierta incerteza.

En este contexto, el TC se refiere directamente a la cuestión debatida, declarando en forma directa y sin ambages que el *nasciturus* es persona humana. En efecto, el Fallo dispone:

⁶⁷ Cf. BASCUÑÁN (2004) pp. 62 y ss.

⁶⁸ Confrontar RODRÍGUEZ (2008) pp. 10-15.

⁶⁹ SILVA *et al.* (2003), particularmente N°s 2 a 8.

⁷⁰ Véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ (2008) p. 13; BASCUÑÁN (2004) p. 49, y FIGUEROA (2007) p. 101.

⁷¹ El propio TC hace referencia expresa a esta circunstancia en su considerando Cuadragésimo noveno. Ejemplos a este respecto son GARRIDO (2005) p. 24, y los autores mencionados en la supranota 70 precedente.

⁷² Véase a este respecto el fallo del Tribunal Constitucional (1994) Rol 190.

⁷³ Corte Suprema (2001) Rol 2186-2001; Corte de Apelaciones de Santiago (1989) Rol 364-1989, y Contraloría General de la República (1995) Dictamen 25403. En sentido opuesto, véase Corte de Apelaciones de Copiapó (2008) Rol 230-2008, considerando Cuarto.

“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” (considerando Quincuagésimo cuarto, el destacado es nuestro)⁷⁴.

De esta forma, el Fallo resuelve una controversia de fondo, contribuyendo enormemente a la certeza jurídica en la materia. En efecto, diversas características de esta declaración hacen pensar que no se trata de un pronunciamiento liviano y transitorio, sino por el contrario, de una decisión judicial con ánimo de permanencia y aplicación general. Es así como debemos destacar la simpleza y claridad del lenguaje involucrado, cuya ausencia de calificaciones y agregados invitan a su aplicación universal. Más aún, se trata de una afirmación que no se realiza de forma espontánea, sino que se incorpora después de una revisión de diversos antecedentes y fuentes jurídicas que demostrarían que se trata de una máxima ya presente en el derecho chileno (e.g. doctrina nacional; evidencia científica presentada; jurisprudencia comparada; historia de la Ley N° 19.611; Convención Americana de Derechos Humanos), la cual, en esta oportunidad, solo es reconocida en forma expresa por el TC⁷⁵.

También debemos considerar que si bien el Fallo representa la opinión de únicamente cinco ministros del TC, solo uno de los cuatro disidentes manifiesta una posición contraria en este punto. Más aún, creemos que el ministro que se inhabilitó también sostiene la tesis de la mayoría del TC⁷⁶. En conclusión, la calidad de persona del nasciturus no fue uno de los puntos más conflictivos del Fallo, y por tanto, la potencia de la declaración del TC en esta materia se refuerza ante la ausencia de una postura contraria relevante en su seno.

Finalmente, es necesario recordar que antes del Fallo se había cuestionado la aplicación extensiva de la jurisprudencia ordinaria y administrativa que afirmaba la personalidad humana del *nasciturus*, en razón del tipo de acción deducida, el efecto relativo de las sentencias, el quórum, los tribunales involucrados, etc. Se llegó a decir expresamente que un Fallo del TC tendría el valor del que aquella jurisper-

⁷⁴ Véase también el considerando Quincuagésimo octavo, donde el TC interpreta el artículo 19 N° 1 inciso 2° de la CP, señalando 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”*.

⁷⁵ Contrastar con VIVANCO (2008) p. 564 y ZAPATA (2008) p. 564, quienes critican al TC, respectivamente, el no haber analizado otras posturas y el no haber desarrollado una argumentación de mejor calidad sobre el punto.

⁷⁶ Silva *et al.* (2003), particularmente N° 12.

dencia carecía (más general, análisis de fondo, etc.)⁷⁷. Pues bien, el TC lo ha resuelto, y lo ha hecho en el contexto de una acción que no tiene efectos particulares; dentro de la *ratio decidendi* de la sentencia (no es solo *obiter*); con un quórum que es más relevante de lo que aparece a primera vista (solo un voto claramente en contra); dando un conjunto suficiente de razones para alcanzar dicha conclusión, y en su calidad de supremo e inapelable intérprete de la CP. En definitiva, el Fallo resuelve y determina, de forma vinculante, el estatus del *nasciturus* en Chile.

La certeza jurídica alcanzada no es menor. Cabe destacar que sistemas normativos tan relevantes como el creado por el Consejo de Europa y la Convención Europea de Derechos Humanos no han logrado aclarar la naturaleza del *nasciturus*⁷⁸. Tal discusión tampoco ha sido completamente resuelta en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos⁷⁹.

Del mismo modo, el TC excluye todas aquellas posturas que defendían una protección de menor intensidad del *nasciturus* basados en que aquel no tenía un derecho a la vida, sino que una mera expectativa a la misma, o que se trataba solo de un bien jurídico protegido, o de un proceso no interrumpible, o de un derecho de contenido distinto^{80,81}. En efecto, y adicionalmente a lo señalado en el considerando Quincuagésimo cuarto, afirma expresamente el TC 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

⁷⁷ Cf. FIGUEROA (2007) p. 126.

⁷⁸ BRAAKE (1999) p.609; FELDMAN (2002) p. 204; FREEMAN (1994) p. 616; PICHON (2006) p. 433; WILLIAMS (1994) pp. 80; PLOMER (2005) p. 315, y OVEY y WHITE (2002) pp. 53. Este tema lo hemos tratado con mayor profundidad en DÍAZ DE VALDÉS (2008).

⁷⁹ Entendemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos jamás se ha pronunciado sobre este punto. Si bien es recurrente encontrar invocaciones al caso “Baby Boy versus Estados Unidos” (N° 2141), la verdad es que aquel no fue resuelto por la Corte, sino solo por medio de una resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Resolución N° 23/81), la cual tampoco se refiere específicamente al tópico en cuestión, i.e., el estatus del *nasciturus* bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁸⁰ Es así como el TC señala expresamente que “sentado que el mandato que el Constituyente impone al legislador, en el inciso segundo del artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, importa asegurar el derecho a la vida del que está por nacer –y no solo proteger su vida en cuanto bien jurídico–”. Tribunal Constitucional (2008) Rol 740, considerando 60.

⁸¹ MARSHALL (2008) pp. 156-157; FIGUEROA (2007) pp. 122 y 123; BASCUÑÁN (2004) p. 62, y RODRÍGUEZ (2008) pp. 10-15.

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 solo del bien jurídico de la vida, distinción que no es menor para estos sentenciadores. En efecto, si solo 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” (Considerando Quincuagésimo octavo, el destacado es nuestro).

Para concluir esta sección, quisiéramos destacar que las declaraciones estudiadas del TC son determinantes para los efectos de una futura ley de aborto. Es así como la defensa de la misma deberá siempre hacerse cargo de que se está poniendo fin a una vida humana, titular de los mismos derechos que su madre. En este contexto, resulta evidente que la justificación del aborto se hace mucho más difícil, y restringida a casos dramáticos tales como el aborto terapéutico. A la inversa, una legislación abortista más ambiciosa (e.g., aborto libre demanda, eugenésico, para proteger la salud mental de la madre) requeriría necesariamente de una reforma constitucional.

3. El efecto abortivo de la Píldora

Establecido por el TC que la vida comienza en el momento de la concepción, y que el *nasciturus* es persona y por tanto titular de derechos fundamentales (entre ellos la vida), corresponde resolver si la Píldora podría afectar el derecho a la vida del no nacido.

Creemos que se aplican a este tópico gran parte de las reflexiones que hicieramos a propósito de la determinación del comienzo de la vida. Sin perjuicio de remitirnos a lo ya expresado en la sección correspondiente (IV.1), recordaremos sintéticamente algunas de las ideas contenidas ahí:

- i) El efecto en cuestión es un asunto de hecho, no de derecho, el cual es debatido en el seno de la comunidad científica;
- ii) El TC, en virtud del Fallo, y dada la relevancia de las consecuencias jurídicas de tal hecho, se ha visto en la necesidad de determinarlo no obstante su discutible competencia en la materia y su natural resistencia a hacerlo;
- iii) Al determinar este hecho, el TC incurre en el riesgo de incorporar elementos extrajurídicos (e.g., religiosos, morales, políticos) en sus decisiones, lo que puede redundar en nefastas divisiones internas y en un deterioro de su imagen de tribunal de derecho.

Ahora bien, al tratar el efecto abortivo de la Píldora, surgieron con particular fuerza dificultades relacionadas con la prueba del mismo: *onus probandi*, estándar requerido, aplicabilidad de la doctrina de la duda razonable, método de apreciación de la prueba, entre otros.

En primer término, cabe destacar que el TC consideró como prueba, fundamentalmente, los informes que presentaron diversas organizaciones ciudadanas durante la tramitación de la causa. En consecuencia, hablamos de prueba pericial, entendida como aquella que es emitida por quienes tienen “conocimientos especializados sobre alguna ciencia o arte o sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera”⁸² ⁸³. Surge entonces la inquietud acerca de qué tan apropiados pueden ser otros medios de prueba en sede de litigación constitucional, o de si se trata de una situación puntual donde otros medios de prueba no eran posibles (e.g., testigos, inspección personal del TC). Sabemos que la LOC TC regula la posibilidad de rendir prueba ante el TC. Sin embargo, la práctica ha sido palmaria en cuanto a la escasa presentación de medios de prueba en los litigios constitucionales. El actual proyecto de reforma de la LOC TC tampoco parece introducir mayores modificaciones al respecto. Más importante aún, ni el texto actual ni el eventual de la LOC TC establecen con claridad cómo debe apreciarse la prueba, y ni siquiera se pronuncia por un sistema de prueba tasada versus prueba libre, o apreciación en conciencia, o según las reglas de la sana crítica. Si bien en la práctica el TC parece valorar la prueba en conciencia o según las reglas de la sana crítica (cuyas diferencias hoy se han difuminado), y cuenta para ello con cierto apoyo en preceptos relativos a algunos de los procedimientos que debe conocer (artículo 93 inciso penúltimo de la CP y artículo 14 bis de la LOC TC), no existe un sustento normativo general y expreso⁸⁴.

⁸² PAILLÁS (1991) p. 113.

⁸³ Nótese que hemos considerado que los informes presentados por las organizaciones ciudadanas durante el procedimiento ante el TC constituyen prueba pericial, no obstante que no cumplan con las formalidades establecidas por la normativa procesal (principalmente en los artículos 409 a 245 del Código de Procedimiento Civil) al respecto. Hemos utilizado a este respecto un criterio sustancial y no formal: se trata de la opinión de expertos en a materia sobre la que informan. La alternativa sería considerarlas prueba documental.

⁸⁴ Cabe recordar que el procedimiento ordinario de mayor cuantía contemplado en el Código de Procedimiento Civil, que es el procedimiento supletorio en nuestro ordenamiento jurídico, establece el principio de la prueba tasada. Más aún, el proyecto de modificación de la LOC TC, Boletín 4059-07, hace numerosas referencias a las normas comunes de todo procedimiento del mismo Código de Procedimiento Civil, validando de esa forma la remisión del procesal constitucional al procesal civil. No obstante todo lo anterior, cabe reconocer que nuestro sistema ha ido progresivamente evolucionando

En relación al *onus probandi*, una posibilidad era imponerlo a los requerientes, ya que:

- i) El que alega un hecho (el efecto abortivo de la Píldora) debe probarlo⁸⁵;
- ii) Eran ellos quienes exigían una modificación del *statu quo* establecido por la norma impugnada;
- iii) La norma impugnada gozaba de una presunción de constitucionalidad⁸⁶;
- iv) El principio de deferencia razonada exige que se pruebe al TC que el órgano en cuestión actuó fuera de su competencia o en forma inconstitucional, de lo contrario debe respetarse el actuar del órgano⁸⁷;
- v) Debe probarse lo extraordinario, y en este caso los informes presentados señalaban que no se afectaba la vida o que aquello era una mera posibilidad extraordinaria⁸⁸.

La otra posibilidad era imponerlo a los requeridos, toda vez que:

- i) Ellos alegaron un hecho (el no efecto abortivo) que ni siquiera los laboratorios que producen la Píldora afirmaban;
- ii) La presunción de constitucionalidad de la ley no se aplica a los actos administrativos, y no alcanza jamás a la vulneración de derechos fundamentales;
- iii) En materia de derechos fundamentales, la sola amenaza produce efectos jurídicos relevantes;
- iv) La deferencia razonada se aplica solo al legislador en razón de su “majestad democrática” y a la calidad del proceso de toma de decisión legislativo. No es extensible al administrador;
- v) La importancia del derecho a la vida es tal, que se debe probar con la mayor certeza que no existe peligro o amenaza para ella.

a un sistema de sana crítica o apreciación en conciencia (e.g., reforma procesal penal, laboral, de familia), formato que además se parece adecuar mucho mejor a la litigación constitucional.

⁸⁵ Véase el voto disidente del ministro Colombo, considerandos Trigésimo y Trigésimo cuarto.

⁸⁶ Véase el voto disidente del ministro Colombo, considerandos Trigésimo primero y Trigésimo tercero.

⁸⁷ Algo de esto puede verse en el voto disidente de los ministros Correa y Fernández Fredes, considerandos 35, 37 y 39.

⁸⁸ Véase el voto disidente de los ministros Correa y Fernández Fredes, considerando 38.

Lamentablemente, el TC no se pronuncia directamente sobre este tema⁸⁹, dejando las posibilidades abiertas. No obstante lo anterior, se le ha criticado que, en los hechos, habría decidido imponerla a los requeridos, toda vez que ante la imposibilidad de probar la absoluta inocuidad de la Píldora para la vida, se rechazó la utilización de aquella por los servicios de salud⁹⁰. En nuestra opinión, más que una inversión de la carga de la prueba, se produjo una equivalencia probatoria que impulsó al TC a explorar otras salidas. Si, por el contrario, frente a la equivalencia señalada, el TC hubiese optado por una postura u otra sin recurrir a otros elementos, principios o consideraciones, habríamos tenido un pronunciamiento del TC respecto de la carga de la prueba. En tal circunstancia, el razonamiento hubiese sido el siguiente: si frente a la equivalencia se aceptaba el recurso, quería decir que el *onus probandi* recaía sobre el recurrido (quien había fallado) y viceversa. El TC, no obstante, evita este pronunciamiento, recurriendo a otra clase de consideraciones que analizaremos más adelante.

En relación al estándar de la prueba, vale decir, el nivel de convicción que debe causar en el juez, el TC decidió aplicar el criterio de la duda razonable. Es así como señaló expresamente que:

“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” (considerando Sexagésimo quinto).

En otras palabras, y dentro de un contexto de prueba no tasada, el TC confiesa que no ha podido optar entre las pruebas contradictorias que le han sido presentadas. Como consecuencia de lo anterior, reconoce que se encuentra en un estado de duda. ¿Pero es esto la duda razonable? Algunos lo niegan tajantemente⁹¹; otros dicen que más bien se trata de opiniones probables⁹²; los hay que consideran que más que

⁸⁹ En general, el TC se ha referido al *onus probandi* en los casos Roles N°s 993 (2008) y 1006 (2009), si bien, a nuestro parecer, no ha entrado a discutir elementos de fondo que nos sirvan de guía para el caso en estudio.

⁹⁰ Cf. voto disidente del ministro Colombo, considerando Trigésimo tercero. Creemos que una convicción similar, si bien no expresa, puede deducirse del voto disidente de los ministros Correa y Fernández Fredes.

⁹¹ El voto disidente de los ministros Correa y Fernández Fredes hace de esta negación uno de sus pilares fundamentales, cuestión que se hace evidente ya en su considerando 1. Véase también ACCATINO (2008).

⁹² Centro de estudios para el derecho y la ética aplicada (2008) sección III.

duda estaríamos frente a una “amenaza potencial”⁹³. Cabe destacar que, en nuestro derecho, la “duda razonable” solo ha sido incorporada en la legislación procesal penal, en cuya historia fidedigna se consignó que la expresión “más allá de toda duda razonable”, propia del derecho anglosajón, “no se trata de una convicción absoluta, sino de aquella que excluya las dudas más importantes”⁹⁴.

Creemos que el TC intentó ser transparente en su proceso de toma de decisión, reconociendo con toda honestidad y simpleza que, una vez rendida la prueba, y aplicando las reglas de la sana crítica o de la apreciación en conciencia, dudaba, es decir, no tenía claro si la Píldora tenía o no un efecto abortivo. El haber invocado el concepto de “duda razonable” fue quizás un error, dada su filiación penal y el escaso desarrollo doctrinario nacional al respecto, pero nos parece que no se aleja sustancialmente de las nociones otorgadas por la historia de la actual normativa procesal penal.

Ahora bien, para solucionar el problema de la duda que se le presenta, TC decide salir del ámbito propiamente probatorio, recurriendo al análisis de los efectos que tendría acoger alguna de las alternativas ofrecidas. Es así como el propio TC señala que:

“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 solo 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” (considerando Sexagésimo cuarto).

Para cerrar su argumentación, el TC recurre al principio *pro homine* o *favor libertatis*, en virtud del cual debe siempre estarse a la inter-

⁹³ RODRÍGUEZ (2008) p.18.

⁹⁴ Historia fidedigna del establecimiento del Código Procesal Penal, Ley 19.696 (2000) p. 2005.

pretación más conforme a la menor restricción de un derecho y a su máxima protección⁹⁵. En el caso en cuestión, este principio conduciría a preferir la prohibición de la Píldora, en cuanto eventual vulneradora del derecho a la vida, por sobre su autorización⁹⁶.

Esta tesis merece algunos comentarios. En primer término, debemos destacar que se trata de un principio importado a nuestro ordenamiento jurídico desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹⁷. Lo anterior confirma nuestra opinión previamente transcrita en cuanto a la creciente importancia del derecho internacional y del derecho comparado en los fallos del TC, cuestión que nos parece encomiable.

En segundo lugar, nos caben algunas dudas acerca de si este principio puede interpretarse y utilizarse de la forma que lo hace el TC. En efecto, el principio en *pro homine* o *favor libertatis* no tiene una naturaleza probatoria, como una suerte de presunción, sino que constituye una clave de interpretación, vale decir, frente a dos lecturas posibles de una norma jurídica, debe optarse por aquella que sea más beneficiosa o menos perjudicial para los derechos fundamentales⁹⁸. En el Fallo, sin embargo, el TC acude a este principio como una solución al “empate” producido en materia probatoria, y como una forma de sustentar su opción de adoptar la decisión del caso basado en las eventuales consecuencias de las distintas sentencias posibles. En otras palabras, el principio *pro homine* o *favor libertatis* se utiliza para preferir unos efectos a otros, lo que a su vez determinará la decisión del caso. Nos parece que esta forma de emplear el principio, de alguna manera lo desnaturaliza, ya que lo sitúa en un contexto que le es ajeno. Más aún, nos parece más bien redundante, ya que aún sin invocarlo, una vez que el TC decidió que los probables efectos de las alternativas de sentencia que barajaba serían el factor determinante, resultaba evidente que debía optar por el menos atentatorio contra los derechos fundamentales. Para tal razonamiento no se requería el principio *pro homine* o *favor libertatis*. Es más, si el TC no hubiese adoptado esta alternativa, su decisión habría sido crasamente irracional y atentatoria

⁹⁵ Tanto los requirentes como el Fallo sostienen que este principio emana de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien solo mencionan al respecto la Opinión Consultiva 5/1985 (ver considerando Sexagésimo sexto).

⁹⁶ Una tesis similar puede encontrarse en Silva *et al.* (2003) N° 10.

⁹⁷ Nótese que la ministra Peña ya había utilizado este principio en su voto de prevención en la causa Rol 558 (590) del 2006 del TC. La Corte Suprema también había recurrido a este principio con anterioridad. Véase Corte Suprema (2007) Rol 3125-2004, considerando Vigésimo Segundo.

⁹⁸ Cf. MUÑOZ (2008) pp. 254-255.

contra el artículo 5° de la CP, el cual obliga a los órganos del Estado, incluido el TC, a proteger los derechos fundamentales. En términos simples, la decisión relevante del TC no es optar entre la eventual vulneración y la no vulneración de derechos fundamentales, sino que haber planteado que su decisión, frente a la equivalencia probatoria, dependía de los efectos de las diferentes sentencias posibles. Para eso no necesitaba recurrir al principio *pro homine* o *favor libertatis*.

En tercer término, y relacionado al punto anterior, hay quienes han señalado que más que el principio *pro homine* o *favor libertatis*, lo que se utilizó por el TC fue el principio de precaución o precautorio^{99 100}, en su versión fuerte o reforzada¹⁰¹. Esta institución, de origen medioambiental, invitaría a la abstención de realizar acciones cuando no hay certeza acerca de si sus resultados causarán daño a la vida, la salud o el medio ambiente¹⁰².

Similitudes relevantes pueden también encontrarse entre los principios en comento y el principio de no maleficencia en materia de bioética, el cual responde a la idea general de no hacer daño, de evitar posibles menoscabos, concepción que hunde sus raíces en el Juramento Hipocrático¹⁰³. En este contexto sirve recordar la declaración de la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, la cual señala que: “En la ética médica un principio fundamental es no administrar un fármaco en que los posibles daños son mayores que los beneficios. En el caso de este fármaco, para el embrión humano este no tiene ningún beneficio, solo la incertidumbre de un daño, la pérdida de la vida”¹⁰⁴.

Volviendo al Fallo, resulta manifiesto que el TC incorpora a su análisis los probables efectos que visualiza de su decisión, optando por la alternativa que le parece más “segura” para los derechos de las personas. En el fondo, lo que el TC realiza es un análisis de riesgo, descartando aquella opción que puede conducir a los efectos más peligrosos. Reiteramos, sin embargo, que este criterio no guarda relación con la prueba en sí, sino que el TC lo estaría utilizando como una suerte de “desempataador”.

⁹⁹ AGUILAR (2008) p. 9 y VIVANCO (2008) p. 549.

¹⁰⁰ Una interesante explicación de este principio, así como de los desafíos que presenta y las dificultades que impone, puede encontrarse en SUSTEIN (2005b).

¹⁰¹ SUNSTEIN (2005b) p. 18.

¹⁰² Cf. VIVANCO (2008) p. 549.

¹⁰³ Véase BEAUCHAMP y CHILDRESS (2001) pp. 179 y ss. y The national commission for the protection of human subjects of biomedical and behavioral research (1979) Part B.2.

¹⁰⁴ Facultad de Medicina, Pontificia Universidad Católica de Chile (2004).

En el caso de la Píldora, aparece claramente que el TC adopta el complejo enfoque antes descrito (i.e., invocación de la duda razonable, énfasis en los efectos de la decisión, aplicación del principio *pro homine*), en razón del derecho involucrado. En efecto, se considera que la vida es un derecho tan fundamental (“*el derecho fundante de todos los demás, pues sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales*”, considerando cuadragésimo quinto), que la sola amenaza o sospecha de afectación al mismo¹⁰⁵ impulsa al TC a utilizar técnicas argumentativas y justificaciones que, a nuestro juicio, no necesariamente utilizaría en otro contexto. A la entidad del derecho a la vida, debe unirse las consecuencias de su violación y, sobre todo, la irreversibilidad de su vulneración, cuestiones que obligan a una particular prudencia en su posible afectación. Adicionalmente, es necesario señalar que esta actitud de mayor cuidado en relación al derecho de la vida no es exclusiva del TC ni del mundo jurídico. Es así como a las vinculaciones al principio de no maleficencia antes mencionado se debe agregar que “*existe un principio de ética pública que siempre debe ser aplicado: ante la duda sobre políticas públicas que puedan incidir en el derecho a la vida, el Estado siempre debe actuar a favor de la vida*”¹⁰⁶.

En definitiva, nos parece que el tratamiento que hace el TC de la prueba en el caso en cuestión reconoce algunas falencias e imprecisiones¹⁰⁷. En concreto:

- i) No se entregan mayores indicios respecto de la metodología utilizada para analizar la prueba (cuestión duramente criticada por un voto de minoría, el cual realiza un esfuerzo encomiable por explicar dicha metodología¹⁰⁸);
- ii) Algunas señales que otorga el TC sobre su forma de apreciar la prueba son algo desconcertantes, en particular cuando señala que “*ambas [posturas] sustentan, con idéntico vigor y convicción, su particular punto de vista*” (considerando Sexagésimo cuarto), ele-

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ (2008) p. 18, habla de “amenaza potencial” o “situación objetiva de peligro”.

¹⁰⁶ Libertad y Desarrollo (2004) p. 7.

¹⁰⁷ Véase ACCATINO (2008) y ZAPATA (2008) pp. 564 y ss.

¹⁰⁸ Voto disidente de los ministros Correa y Fernández Fredes. Llama la atención la postura crítica adoptada en esta materia por doña Ángela Vivanco, quien a propósito del esfuerzo realizado por este voto de minoría, señala que “no tienen un sentido práctico”, ya que “si bien es dable a los sentenciadores de constitucionalidad dar cuenta de las evidencias que les han sido entregadas, no están en condiciones de ponderar el peso de cada prueba ni tampoco de zanjar controversia alguna, no siendo sin duda lo determinante la cantidad de estudios presentados sino su sustentabilidad científica, lo cual no es competencia del Tribunal Constitucional determinar” VIVANCO (2008) p. 573.

mentos que no parecieran determinantes para la correcta evaluación de la prueba¹⁰⁹;

- iii) La utilización de la figura jurídica de la duda razonable exige mayor explicación y refinación doctrinaria para evitar confusiones y críticas;

No obstante lo anterior, insistimos que la prueba *strictu sensu* no parece haber sido determinante para la resolución de la cuestión debatida, toda vez que producido una suerte de empate en la materia, las reglas del *onus probandi* son sustituidas por otras consideraciones, tales como un análisis de riesgo respecto de los eventuales resultados del Fallo y el principio *pro homine* o precautorio.

4. Los efectos de la sentencia

Una vez dictado el Fallo, se ha desarrollado una gran polémica acerca de la extensión de sus efectos, la cual puede reducirse a dos posturas contrapuestas. Una de ellas señala que el Fallo solo dejó sin efecto el Decreto Supremo, subsistiendo de esa forma otros actos administrativos no impugnados, tales como las resoluciones del ISP que registraron diversas variantes de la Píldora (“Efecto Restringido”)¹¹⁰. En consecuencia, la Píldora podría seguir entregándose en Chile en el sistema privado. Por el contrario, hay quienes sostienen que el Fallo tiene un ámbito mayor de aplicación, toda vez que al declararse por el TC que la Píldora puede producir efectos inconstitucionales (eventual vulneración de la vida del que está por nacer), quedaría prohibida del todo su comercialización tanto en el sistema público como en el privado (“Efecto Extendido”)¹¹¹.

Esta discusión ha sido altamente virulenta, y de alguna forma ha sido la continuación de la verdadera “guerra de litigación” de la cual el procedimiento ante el TC parece haber sido el punto más álgido, si bien no el final. Peor aún, se han manifestado ciertas reacciones que lindan en el desacato y el conflicto de poderes¹¹², cuestión que ha vuelto a poner en el tapete la discusión existente respecto de la eventual falta de imperio del TC¹¹³. En este contexto, las Municipa-

¹⁰⁹ Véase en esta materia ACCATINO (2008) y ZAPATA (2008) p. 565.

¹¹⁰ Entendemos que esta sería la postura gubernamental.

¹¹¹ Esta ha sido, en general, la posición de los requirentes del recurso.

¹¹² ÁLVAREZ (2007) p. 45.

¹¹³ Si bien este tópico ha sido debatido, particularmente a raíz de la derogación del artículo 116 del Código Tributario por la sentencia del Tribunal Constitucional (2007) Rol N°

lidades, principales distribuidoras de la Píldora en el sistema público de salud, reclamaron que se determinase con precisión si el Fallo las alcanzaba. Al respecto, la Asociación Chilena de Municipalidades, en principio, y no obstante recomendar la petición de un pronunciamiento a la Contraloría General de la República, les reconoció libertad de acción amparándose en la autonomía constitucionalmente protegida de tales entidades¹¹⁴. Como consecuencia de lo anterior, cada Municipalidad está determinando por sí misma si reparte la Píldora o no¹¹⁵.

Creemos que parte de la confusión reinante puede atribuirse al mismo TC, toda vez que utilizó un lenguaje algo vago en relación a sus efectos. Es así como el considerando Septuagésimo y final del Fallo señala lo siguiente:

“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 (...) [y] 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.”

Si analizamos con detalle el considerando, descubriremos que el efecto *erga omnes* que se menciona no dice relación con la discusión en comento, sino que tiene aquí un sentido mucho más específico. En efecto, se refiere a que el Decreto Supremo queda derogado, y ese efecto es general, ya que no tendría lógica alguna y contrariaría el sentido jurídico común mantener el Decreto Supremo como vigente para algunos y no vigente para otros (artículo 94 de la CP). Hasta aquí estaríamos ante el Efecto Restringido. Sin embargo, a continuación el TC recuerda el Principio de Obligatoriedad de la CP, el cual es general y no admite excepciones, incluyendo a todas las instituciones estatales e incluso a los privados. Más aún, recuerda que la obediencia exigida a su Fallo nace de su rol como guardián de la CP.

681, entendemos que a la fecha no ha sido expresamente zanjado por la jurisprudencia constitucional.

¹¹⁴ Asociación Chilena de Municipalidades (2008).

¹¹⁵ Según una consulta telefónica realizada por la Asociación Chilena de Municipalidades y analizada por FLACSO-Chile, un 71% de los municipios estarían entregando la Píldora. FLACSO (2009).

Esta redacción puede entenderse de dos formas:

- i) La amplitud del lenguaje invita a pensar en una aplicación más bien extensiva del Fallo, de modo que todo órgano estatal (e.g., ISP) y los privados (e.g., farmacias), actúen en consecuencia y se abstengan de entregar la Píldora (Efecto Extendido), o bien,
- ii) Todos deben cumplir el Fallo, el cual se limita a dejar sin vigencia al Decreto Supremo... y nada más. Los demás actos administrativos (e.g., registros concedidos por el ISP) no se ven afectados, así como tampoco los actos de particulares (e.g., venta de la Píldora en las farmacias) (Efecto Restringido).

Para complicar aún más el tópico, uno de los cinco votos que sostienen el Fallo no concurre a la aprobación del considerando transcrito¹¹⁶, señalando que excede el objeto sometido al conocimiento del TC (cual es la constitucionalidad del contenido del Decreto Supremo), lo cual presenta dos consecuencias:

- i) Constituiría un reconocimiento implícito de que al menos el ministro Bertelsen piensa que el Fallo se referiría al Efecto Extendido,
- ii) En términos estrictos, el considerando Septuagésimo pierde la naturaleza de Fallo, pasando a ser solo la opinión de cuatro ministros del TC, cuestión que resta fuerza a una interpretación expansiva del considerando en cuestión.

En síntesis, el texto del Fallo no pareciera ser suficiente para dilucidar si debemos optar por el Efecto Extendido o el Efecto Restringido, si bien, en nuestra opinión, la última consideración (rechazo del ministro Bertelsen) pareciera inclinar la balanza hacia el Efecto Restringido en forma no concluyente. En consecuencia, nos parece necesario recurrir a otros antecedentes y argumentaciones para lograr mayor claridad sobre el punto en cuestión.

Es así como los detractores del Efecto Extendido invocan, primordialmente, la falta de competencia del TC¹¹⁷, ya que aquel no podría revisar, a pretexto del presente recurso, la constitucionalidad de otros

¹¹⁶ Prevención del ministro Bertelsen, pp. 144-145.

¹¹⁷ Patricio Zapata formula esta crítica de la siguiente forma: "No podían los requirentes aprovechar este recurso para impugnar autorizaciones sanitarias emitidas hace varios meses o años, según el caso. Esto no es un formalismo vacío. Se trata del cumplimiento estricto de un principio constitucional: "los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de sus competencias y en la forma que prescriba la ley" (artículo 8º, inciso 2º, de la Constitución Política)." ZAPATA (2008), p. 562.

actos tales como los registros de la Píldora ante el ISP. Tales actos carecerían del rango necesario para ser impugnados ante el TC (i.e., no son decretos supremos), y habría transcurrido con creces el plazo dentro del cual se podría haber accionado ante el TC¹¹⁸. Más que levantar objeciones directas a este argumento, nos parece de mayor utilidad explorar una alternativa diferente, según la cual no estaríamos hablando de un problema de competencia del TC. A nuestro juicio, el Efecto Extendido no postula necesariamente que fue la sentencia del TC, por sí y directamente, que dejó sin efecto otros actos administrativos. Algunas argumentaciones que se puede ofrecer en esta línea son las siguientes:

- i) El Derecho Administrativo reconoce como vicio de nulidad la existencia de un error substancial en los hechos que sirven de fundamento a la dictación de un acto administrativo¹¹⁹. En este caso, es evidente que el ISP no pudo haber registrado la Píldora si hubiese sabido que podía afectar la vida y que, por tanto, su comercialización era inconstitucional en Chile. En consecuencia, tales actos administrativos deben dejarse sin efecto¹²⁰, no por disposición directa del Fallo, sino por medio de la acción de los propios órganos que dictaron los actos administrativos cuestionados.
- ii) En virtud del artículo 5° de la CP, todos los órganos del Estado están bajo la obligación de respetar los derechos fundamentales, entre los cuales destaca la vida. Tal obligación la impone directamente la CP (Principio de la Fuerza Directamente Vinculante de la Constitución¹²¹), y alcanza también a los particulares (Principio

¹¹⁸ Otro argumento podría obtenerse del texto del comunicado de prensa ya mencionado, Tribunal Constitucional (2008), donde se señala que “el fallo tampoco podrá tener otro alcance que la declaración de inconstitucionalidad de los respectivos capítulos del Decreto Supremo N° 48 que han sido objeto del requerimiento y no se pronunciará acerca de la comercialización de producto farmacéutico alguno”. Sin embargo, el texto anterior no es unívoco, y su valor normativo es altamente discutible dada su naturaleza no jurisdiccional.

¹¹⁹ Véase, entre otros, FERNANDOIS y BARAHONA (2003) pp. 87 y ss., y SOTO (2001). Debemos también recordar la Ley N° 19880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, la cual contempla, en su artículo 60 letra b), el recurso de revocación extraordinario en el caso que “se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho y que este haya sido determinante para la decisión adoptada, o que aparecieran documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse el acto o que no haya sido posible acompañarlos al expediente administrativo en aquel momento”.

¹²⁰ Accatino señala que: “Aunque la decisión no puede 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”. ACCATINO (2008) p. 162.

¹²¹ Para una breve y clara explicación, véase BULNES (1998).

de Obligatoriedad). Por tanto, si al ISP y a las Municipalidades, entre otros, ahora les resulta claro que la Píldora es inconstitucional por su eventual vulneración del derecho a la vida del *nasciturus*, mal podrían continuar su validación, comercialización o entrega, toda vez que violarían directamente los mandatos constitucionales antes señalados. Nuevamente se apela a la acción (u omisión) de los propios entes públicos y no a un efecto directo del Fallo.

- iii) Se pone en entredicho la coherencia del sistema jurídico. En efecto, no hace sentido alguno que si el TC declara que la Píldora afecta el derecho a la vida, la misma Píldora pueda ser considerada por otros órganos del Estado (e.g., ISP) como inocua y legítimamente comerciable en Chile. Más allá de si el TC tiene competencia para invalidar actos distintos al Decreto Supremo impugnado, o si puede obligar a otros órganos del Estado a dejar sin efecto sus actos, lo cierto es que aquel ha fijado la verdad jurídica de rango constitucional en forma definitiva (sin ulterior recurso). Tal verdad jurídica, así como las consideraciones que ella supone, evidentemente deben ser consideradas por el resto de los órganos del Estado e incluso por los particulares¹²². Ello no solo por razones evidentes de certeza jurídica, sino que nuevamente recordamos a este respecto el Principio de Supremacía Constitucional y el hecho de que el TC sea el intérprete autorizado de la misma. En otras palabras, el TC ha establecido, para todos, en forma definitiva, lo que la CP señala en el punto en cuestión: la Píldora atenta contra el derecho a la vida protegido por la CP¹²³.
- iv) Puede también afirmarse que si bien el TC carece de la competencia (*potestas*) antes señalada, sí goza de una *auctoritas* suficiente. En otras palabras, la posición institucional del TC en cuanto supremo intérprete de la CP, unida a su composición por expertos en derecho constitucional del más alto nivel, impelerían a otorgar la mayor de las consideraciones a sus dictámenes. La consecuencia práctica de lo anterior sería que, pese a que no exista una norma expresa que obligue a seguir las interpretaciones del TC, cualquiera que quiera apartarse de las mismas debe-

¹²² Cf. NOGUEIRA (2008) p. 372.

¹²³ En otras palabras, "el ISP debe eliminar del registro la píldora pues sus efectos abortivos fueron ya declarados por el TC. En la materia debe aplicarse el antiguo aforismo jurídico que dice 'a igual razón, igual disposición'" Libertad y Desarrollo (2008), p. 3.

ría, a lo menos, explicar fundada y detalladamente las razones de su comportamiento¹²⁴.

- v) El Efecto Restringido sería incompatible con la buena fe, entendida como un principio general del derecho consistente en la “*actitud de conciencia que refleja la convicción moral de proceder con rectitud en lo que se hace o se emprende*”¹²⁵. Cabe recordar a este respecto, que la buena fe es también aplicable en derecho público¹²⁶, y que aquella debe iluminar las diversas relaciones jurídicas con miras a la paz social. Sobre esta base, creemos que una negativa a reconocer el Efecto Extendido del Fallo constituye una forma larvada de continuar el largo conflicto judicial en torno a la Píldora. Ambas partes han sido particularmente tenaces a este respecto¹²⁷, y por tanto es entendible que ambos bandos continúen buscando todas las opciones que les permitan una pequeña o gran ventaja en su batalla. No obstante lo anterior, existen límites a las legítimas aspiraciones de las partes, y nuestro sistema se levanta sobre la base de que las sentencias judiciales deben ser capaces de dar término a los conflictos, y que serán cumplidamente obedecidas. En el caso en comento, el TC, guste o no guste, declaró que la Píldora puede vulnerar el derecho a la vida, y por tanto su distribución es inconstitucional. El mensaje es claro e inequívoco. La buena fe exige a las partes acatar el Fallo, y no buscar resquicios o impedimentos para su aplicación. Esta actitud, si bien tentadora para el litigante ofuscado, se presenta como altamente peligrosa en el mediano y largo plazo, toda vez que resiente la certeza y confianza en el TC como zanjador de conflictos constitucionales, a la vez que envía una nefasta señal de legalismo oportunista por sobre el cumplimiento de buena fe de los fallos jurisdiccionales. Evidentemente, esto se puede invertir a futuro, y los ganadores de hoy pueden ser los perdedores de mañana.

La buena fe nos permite cuidar nuestra institucionalidad y nuestras relaciones sociales, por lo que debemos cultivarla y exigirla.

- vi) El ya comentado principio *favor libertatis* o *pro homine*, el cual permitiría sostener, siguiendo la lógica del artículo 5° de la CP, que todos los órganos del Estado están obligados a optar por la alter-

¹²⁴ Cf. BORDALÍ (2008) pp., 167 y ss.

¹²⁵ QUIJADA (1994) p. 71

¹²⁶ Véase BÖETTIGER (2009) pp. 315-320, así como Contraloría General de la República (2007) Dictamen 46097.

¹²⁷ Así consta de la historia de este largo conflicto judicial. Ver supranota 4.

nativa que más beneficie o que menos restrinja el ejercicio de los derechos fundamentales. Esta argumentación, sin embargo, nos parece errada. Como ya comentamos, este es un principio de interpretación, vale decir, frente a dos lecturas posibles de una norma jurídica, debe optarse por aquella más beneficiosa o menos perjudicial para los derechos fundamentales. Extrapolar esta idea, transformándola en un criterio general de la actividad estatal, nos parece que presenta serias dificultades. Entre ellas destacamos las de carácter metodológico (no es lo mismo comparar dos alternativas de interpretación de una norma que posibilidades de actuación estatal, las que además pueden ser virtualmente infinitas); el peligro de judicializar una serie de decisiones que son propias de la administración o del legislador; la confusión en el desarrollo de estándares universales de revisión de la actividad administrativa por parte de la judicatura, etc. En términos simples, nos parece que sacaríamos un genio de su botella que difícilmente querrá volver a la misma, con la consecuente confusión conceptual que ello produciría. Todo ello sin entrar en la necesaria consideración de los derechos de la mujer envueltos en la situación de la Píldora, los cuales también podrían reclamar en su favor la aplicación del principio *pro homine*. Volveremos al tema de los derechos de la mujer más adelante.

En definitiva, nos parece que si bien el Fallo no es meridianamente claro en la materia, y que no existe una norma de competencia explícita del TC¹²⁸, consideraciones más amplias, finalistas y contextualizadas nos permiten afirmar que debe reconocerse un Efecto Extendido al Fallo. Solo así estaremos permitiendo que el TC cumpla a cabalidad su rol de intérprete final de la CP, que esta sea realmente suprema, y que los conflictos constitucionales tengan solución dentro de la institucionalidad. El camino alternativo es peligroso y nos puede llevar a altas cotas de desconfianza, incertidumbre, intransigencia y conflictividad. Finalmente, cabe recordar que todos los sistemas institucionales, por muy perfectos que sean, descansan en última instancia sobre las personas concretas llamadas a ejercer tanto potestades públicas como derechos fundamentales. Los órdenes constitucionales se fundan, por tanto, sobre la base de un voto de confianza angular en su pueblo y en sus autoridades. En el caso de Fallo, su justa y completa aplicación exige que aquel y estas demuestren generosidad y compromiso con el sistema constitucional, aun cuando no exista norma expresa, o sanción aplicable si no lo hacen.

¹²⁸ El proyecto de reforma de la LOCTC no innova en esta materia, Boletín 4059-07.

V. OTRAS CONSIDERACIONES RELEVANTES

1. Igualdad versus discriminación arbitraria

Tanto en los descargos del ejecutivo como en la cobertura mediática que se otorgó a este caso, apareció el argumento de la igualdad y cómo el acogimiento del requerimiento afectaría injustamente a las mujeres más pobres.

En la realidad, se trata de un argumento altamente artificioso que linda en la mala fe. En efecto, al hablar de discriminación arbitraria, se supone que existe un grupo A que goza de un beneficio, o sufre un gravamen, que no tiene un grupo B, en circunstancias que no existe una razón legítima, atingente y proporcionada que justifique tal diferencia de trato. En este caso, se le dice al TC que si no acoge el recurso, sería culpable de que las mujeres sin medios económicos (grupo B) no tengan acceso a la Píldora en circunstancias que las mujeres con más dinero (grupo A) podrían comprarla. La razón de la diferencia, por tanto, es el poder adquisitivo. Si se estima que este elemento de distinción no constituiría justificación suficiente¹²⁹, nos encontraríamos frente a una discriminación arbitraria, las cuales se encuentran prohibidas por la CP (art. 19 N° 2).

Sin embargo, el análisis no puede terminar ahí. Es necesario preguntarse acerca del origen de la situación de privilegio del grupo A, y en este caso aquella se produce como consecuencia exclusiva de la actitud del Gobierno, y responde a dos realidades complementarias. Por una parte, es la Administración la que, cambiando su postura inicial, ha aceptado la comercialización en Chile de la Píldora. Por otra parte, es la misma Administración la que ha forzado su venta en las farmacias¹³⁰, amenazando y sancionando a aquellas que no la tienen a la venta. En consecuencia, la diferencia de trato entre los grupos A y B no depende solo de la decisión del TC en el Fallo, sino también, y primordialmente, del Gobierno.

¹²⁹ Al respecto, Tórtora señala críticamente que: “¿Acaso no podríamos decir lo mismo respecto de tantos otros procedimientos médicos o medicamentos de alto costo respecto de los cuales no todas las personas pueden acceder a ellos?” TÓRTORA (2008) p. 324.

¹³⁰ Cabe destacar que las multas impuestas a las Farmacias en razón de no contar con la Píldora dieron lugar a una nueva discusión acerca de la constitucionalidad de las normas reglamentarias que permitían al Ministerio de Salud imponer a las Farmacias la venta de la Píldora. En particular se alegó la vulneración de los derechos a la libre iniciativa económica, propiedad y libertad de conciencia. Algo de esto puede encontrarse en Libertad y Desarrollo (2007).

Debemos recordar que en materia de derechos fundamentales, la realidad prima por sobre las formas. Si al Gobierno le preocupa la existencia de una eventual discriminación arbitraria a favor de las mujeres con más dinero, está en su mano terminar con dicha discriminación, cancelando los registros sanitarios respectivos y/o sacando a la Píldora del Formulario Nacional de Medicamentos¹³¹, levantando así la obligación de las farmacias de venderla¹³².

Adicionalmente, y cualquiera sea la opinión que se tenga sobre el Fallo, aquel prohibió la distribución de la Píldora a los servicios de salud por su probabilidad de vulnerar el derecho a la vida. Siguiendo la lógica del TC, por tanto, no existiría un derecho a ingerirla por parte de nadie, lo que haría profundamente errado el argumento en análisis. Es así como no se puede reclamar una suerte de "igualdad para violar la CP", y todos los órganos constitucionales, incluyendo el Gobierno, deberían realizar cuanto esté a su alcance para evitar que tales vulneraciones ocurran. Nos remitimos en esta materia a lo señalado respecto de los efectos del Fallo en la sección correspondiente (IV.4).

2. Los derechos de la mujer

Una de las críticas al Fallo que nos parece más justificada es la total prescindencia de los derechos de las mujeres¹³³. No es que postulemos que aquellos debieron haberse impuesto por sobre los derechos del no nacido, sino que el Fallo debió, a lo menos:

- a) Reconocer que nos encontramos frente a una situación en que confluyen no solo los derechos del no nacido, sino también los de las mujeres que toman o pudiesen tomar la Píldora;
- b) Identificar los derechos específicos en cuestión (e.g., autonomía, integridad psicológica, privacidad, salud);

¹³¹ Establecido por el Decreto Supremo N° 194 de 2005 del Ministerio de Salud (D.O. 10/3/2006), en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 letra b) del Reglamento del Formulario Nacional de Medicamentos, Decreto Supremo N° 264 de 2003 del Ministerio de Salud (D.O. 16/3/2004).

¹³² Es así como Tórtora señala que una eventual litigación ante el sistema interamericano de derechos humanos terminaría con una petición o condena al Gobierno de Chile para restablecer la igualdad y no con la repartición gratuita para todos. TÓRTORA (2008) p. 326.

¹³³ Véase el voto de minoría del ministro Vodanovic. Se refieren también a este punto RODRÍGUEZ (2008) p. 19; ZÚÑIGA (2008) pp. 158 y ss.; NOGUEIRA (2008), pp. 371-372; VIVANCO (2008) pp. 547-549 y 567-568, y ZAPATA (2008) p. 564.

- c) Justificar su restricción o acomodación con los derechos del no nacido;
- d) Contextualizar ciertas afirmaciones y razonamientos en relación a los derechos de la mujer (e.g., aplicación del principio *pro homine*).

Nos parece que el Fallo hubiese sido más contundente y fecundo si hubiese incorporado los puntos anteriores, toda vez que hubiera denotado una visión más amplia del conflicto constitucional en estudio, aclarando de paso una serie de tópicos relevantes (e.g., qué derechos de la mujer están afectados y cuáles no, qué mecanismos debemos ocupar en estos casos de conflicto, real o aparente, de derechos). Más aún, hubiese servido de base conceptual para el tratamiento del problema del aborto (en añadidura a las ya muy importantes definiciones acerca del momento que comienza la vida y del estatus de persona del *nasciturus*). Adicionalmente, hubiese constatado que el TC tomó en cuenta la situación y los argumentos de quienes más se han opuesto al Fallo; las mujeres que sienten que el Estado está interviniendo indebidamente en su vida y en sus derechos. En definitiva, al haberse hecho cargo de los principales argumentos contrarios en materia de derechos fundamentales, se hubiese tratado de un Fallo más completo, más complejo y más ilustrativo.

VI. CONCLUSIONES

1. El Fallo marca un hito en la jurisprudencia constitucional nacional al definir asuntos tan fundamentales como el momento en que comienza la vida (fecundación) y el estatus de persona del *nasciturus*. A consecuencia de ello, una ley de aborto necesariamente requeriría de una reforma constitucional previa, con la probable excepción del aborto terapéutico.
2. El TC se ha visto en la incómoda posición de zanjar un conflicto particularmente bullado y cruzado de elementos extrajurídicos (morales, religiosos, valóricos), sin contar con hechos científicos incontestables que le sirvan de fundamento. No obstante su cuestionable autoridad para resolver esta clase de conflictos, el TC se vio forzado a asumir esta tarea, principalmente en virtud del principio de inexcusabilidad y nuestra noción obligatoria de jurisdicción.
3. Debemos preguntarnos si queremos entregar este tipo de decisiones a la justicia constitucional, o si aquellas debieran ser resueltas

por el legislador. Si bien se ganaría un procedimiento abierto, contradictorio, extenso y de mayor proximidad democrática, también debemos recordar que los derechos fundamentales no pueden quedar a la libre disposición de las mayorías, y que esta es precisamente una de las justificaciones angulares de la existencia de los tribunales constitucionales. Por otra parte, entregar estas decisiones al TC puede resaltar su dificultad contramayoritaria, afectar su prestigio y cohesión interna, y hacerlo responsable de cristalizar profundas divisiones sociales.

4. Debemos cuidar a nuestro TC... y el TC debe cuidarse a sí mismo. Si vamos a pedirle que resuelva esta clase de asuntos, resulta imperioso evitar ciertas conductas, tales como los desacatos disimulados y la filtración de fallos.
5. Sorprende, para bien, el activo rol desarrollado por la comunidad en este juicio, particularmente a través de su participación organizada por medio de grupos y entidades que presentaron antecedentes, en forma escrita u oral, relevantes para la decisión del TC. Se aumenta así la legitimidad del proceso jurisdiccional en su conjunto, se enriquece la discusión y, de paso, nos permite identificar quiénes, y qué intereses, se sienten particularmente afectados por lo que se discute.
6. Resulta imprescindible avanzar en la definición de la teoría y la práctica de la prueba en sede constitucional. A este respecto, la jurisprudencia del TC, la doctrina y la LOC TC, han sido bastante escuetos, creando una situación que se hace particularmente insostenible en casos de control concreto de constitucionalidad. Tópicos tales como el sistema de apreciación de la prueba, el estándar de convencimiento requerido, la metodología para analizar la prueba, entre otros, requieren de un tratamiento sistemático y conocido por los actores jurídicos involucrados (e.g., ministros del TC, abogados litigantes).
7. El Fallo evidencia la creciente incorporación del derecho internacional y del derecho comparado a la justicia constitucional. Este es un proceso alentador que, no obstante, requiere de un gran esfuerzo de rigurosidad en la comprensión cabal de lo que se está importando, así como de adaptación de los contenidos foráneos al contexto nacional.
8. Consideraciones de supremacía constitucional, protección de derechos fundamentales, lógica jurídica, funcionamiento institu-

cional, sentido común, coherencia del sistema jurídico, buena fe, entre otros, indican que el Fallo debería producir efectos más allá de la sola invalidación del Decreto Supremo impugnado.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

- ALDUNATE, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales* (Santiago, LegalPublishing) 439 p.
- BEAUCHAMP, Tom y CHILDRESS (2001): *Principles of Biomedical Ethics*, 5ª Edición (New York, Oxford University Press) 454 p.
- CASARINO, Mario (1998): *Manual de Derecho Procesal*, 5ª Edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.
- EPSTEIN, Lee y KNIGHT, Jack (1998): "Justices as Policy Seekers", *The Choices Justices Make* (Washington, Co Press) p. 22-55.
- EVANS ESPINERA, Eugenio (2006): *La Constitución Explicada* (Santiago, LexisNexis) 274 p.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1999): *Los Derechos Constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.
- FLDMAN, David (2002): *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, 2ª Edición (New York, Oxford University Press) 1108 p.
- GARRIDO, Mario (2005): *Derecho Penal Parte Especial*, 2ª Edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo III.
- OVEY, Clare y WHITE, Robin C.A (2002): *European Convention on Human Rights*, 3ª Edición (New York, Oxford University Press) 506 p.
- PAILLÁS, Enrique (1991): *Estudios de Derecho Probatorio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 163 p.
- QUIJADA, Rodrigo (1994): *Diccionario Jurídico* (Santiago, ConoSur) 670 p.
- SILVA, Alejandro (2006): *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo XI.
- SUNSTEIN, Cass *et al.* (2006): *Are Judges Political?* (Virginia, Brookings) 177 p.
- SUNSTEIN, Cass (2005a): *Radicals In Robes Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong For America* (New York, Basic Books) 281 p.
- SUNSTEIN, Cass (2005b): *Laws of Fear Beyond The Precautionary Principle* (Cambridge, Cambridge University Press) 234 p.
- UGARTE, José Joaquín (2006): *El Derecho de la Vida* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 598 p.
- ZAPATA, Patricio (2008): *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 623 p.

2. Artículos de revista y otros documentos de publicación periódica

- ACCATINO, Daniela (2008): "Una duda nada de razonable" en Sentencia sobre La Inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 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), *Revista de Derecho*, Vol. XXI, N° 1: pp.160-166.
- AGUILAR, Gonzalo (2008): "Hacia un Sistema Integral de Derechos Humanos: Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno 'sobre la Píldora del Día Después'", *Revista Ius et Praxis*, Año 14, N° 1: p.347-362.
- ÁLVAREZ, Gerardo (2007): "Anticonceptivo de Emergencia, Aborto y Otras Píldoras: El Contexto Social de la Argumentación". [Fecha de consulta: 20 de abril de 2009] Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-48832007000100004&script=sci_arttext
- ALVEAR, Julio y CISTERNA, Vanessa (2008): "La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la 'píldora del día después': ¿liberalismo posesivo o respeto de la ley natural?", *Actualidad Jurídica*, Año 9, N° 18: pp. 23-54.
- BASCUÑÁN, Antonio (2004): "La Píldora del Día Después ante la Jurisprudencia", *Estudios Públicos*, N° 95: pp. 43-89.
- BOETTIGER, Camila (2009): "El principio de buena fe en la Contraloría General de la República en materia urbanística", *Actualidad Jurídica*, Tomo I, N° 19: pp. 309-326.
- BORDALÍ, Andrés (2008): "Efectos jurídicos del fallo" en Sentencia Sobre La Inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 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), *Revista de Derecho*, Vol. XXI, N° 1: pp. 166-170.
- BRAAKE, Trees (1999): "Late Abortion And The European Convention For Human Rights", *18 Medicine and Law*, Artículo 607.
- BULNES, Luz (1998). "La fuerza normativa de la Constitución", *Revista Chilena de Derecho*, Número especial: pp. 137-142.
- CASAS, Lidia (2008): "La saga de la anticoncepción de emergencia en Chile: avances y desafíos", Serie de Documentos electrónicos, Programa Género y Equidad. [Fecha de Consulta: 20 de abril de 2009]. Disponible en: <http://www.flacso.cl/flacso/biblos.php?code=3367>
- DIAZ DE VALDÉS, José Manuel (2008): "Análisis Crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos", *Actualidad Jurídica*, Año 9, N° 18: pp. 69-104.
- FERMANDOIS, Arturo (2004): "La Píldora del Día Después: Aspectos Normativos", *Estudios Públicos*, N° 95: pp. 91-118.
- FERMANDOIS, Arturo y BARAONA, Jorge (2003): "La inexistencia de los hechos que fundamentan un acto administrativo, ¿Constituye un Vicio de Nulidad?", *Revista de Derecho de la Universidad Finnis Terrae*, Año VII, N° 7. pp. 79-103.

- FIGUEROA, Rodolfo (2007): "Concepto de Persona, Titularidad del Derecho a La Vida y Aborto", *Revista de Derecho*, Vol. XX, N° 2: pp. 95-130.
- FREEMAN, Katherine (1994): "The Unborn Child And The European Convention On Human Rights: To Whom Does "Everyone's Right to Life" Belong?", *8 Emory International Law Review*, Artículo N° 615.
- IÑIGUEZ, Andrea (2005): "El Derecho a la Vida y la Pastilla del Día Después: Un Análisis Doctrinario y Jurisprudencial", *Revista Derecho Mayor*, N° 4: pp. 139-156.
- LIBERTAD Y DESARROLLO (2008): "'Que las Instituciones Funcionen': El Aporte del Tribunal Constitucional", *Temas Públicos*, N° 866 [Fecha de consulta: 20 de abril de 2009] Disponible en: http://www.lyd.com/lyd/controls/neochannels/neo_ch3757/deploy/tp-866-que%20las%20instituciones%20funcionen%20el%20aporte%20del%20tribunal%20constitucional-25-04-2008.pdf
- LIBERTAD Y DESARROLLO (2007): "Libertad, Píldora y Farmacias", *Temas Públicos*, N° 844 [Fecha de consulta: 20 de abril de 2009] Disponible en: http://www.lyd.com/LYD/Controls/Neochannels/Neo_CH3864/deploy/TP%20Pildora%20y%20Farmacias.%20ASch.pdf
- LIBERTAD Y DESARROLLO (2004): "El Caso Contra la Píldora del Día Después", *Temas Públicos*, N° 671: p. 7-11. [Fecha de consulta: 20 de abril de 2009] Disponible en: http://www.lyd.com/lyd/centro_doc/documents/tp-671-el%20caso%20contra%20la%20pildora%20del%20dia%20despues-23-04-2004.pdf
- MARSHALL, Pablo (2008): "El nasciturus en la Constitución Política de la República de Chile" en Sentencia Sobre La Inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 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), *Revista de Derecho*, Vol. XXI, N° 1: pp. 155-157.
- MUÑOZ, Patricio (2008) "Más Allá de la Píldora, Reflexiones en torno al fallo del Tribunal Constitucional Rol N° 740-07", *Ius Publicum*, Vol 11, N° 21: pp. 251-256.
- NOGUEIRA, Humberto (2008): "Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno sobre el Decreto Supremo Que Regula la Distribución de la Píldora del Día Después (Levonorgestrel 0.75 Mg)", *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1: pp. 361-372.
- OYARZÚN, Enrique (2004): "Contracepción De Emergencia", *Estudios Públicos*, N° 95: p. 25-41.
- PICHON, Jacob (2006): "Does the Unborn Child Have a Right to Life? The Insufficient Answer of the European Court of Human Rights in Judgment Vo v. France", *German Law Review*, Vol. VII No. 4: pp. 433-444.
- PLOMER, Aurora (2005): "A Foetal Right To Life? The Case Of Vo v France", *5 Human Rights Law Review*, Artículo N° 311.
- RODRÍGUEZ, Pablo (2008): "Sobre un fallo del Tribunal Constitucional", *Actualidad Jurídica*, Año 9, N° 18: pp. 23-54.
- SEGAL, Jeffrey y COVER, Albert (1989): "Ideological Values and Votes of U.S. Su-

preme Court Justices”, *The American Political Science Review*, Vol. 83, Nº 2, pp. 557-565.

SILVA *et al.* (2003): “Informe en Derecho. El Derecho a la Vida y su Titularidad. Algunas Consideraciones A Propósito de la Comercialización de la Droga Levonorgestrel 0.75”, *Gaceta Jurídica*, Nº 280: pp. 11-16.

SOTO, Eduardo (2001): “La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos. Un recuento jurisprudencial” *Actualidad Jurídica*, Nº 3: pp. 303-308

TÓRTORA, Hugo (2008): “El Caso [Píldora del Día Después] ante un Posible Escenario Internacional”, *Entheos*, Año 6: pp. 341-345.

WILLIAMS, Glanville (1994): “The Fetus And The “Right To Life”, *Cambridge Law Journal*, Vol. LIII, Nº.1: pp.71-80.

WITTIG GONZÁLEZ, Fernando (2005): Perspectivas Argumentales en Disputa en Torno a la Distribución de la ‘Píldora del Día Después’ [Fecha de consulta: 20 de abril de 2009] Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-22012005000100010&script=sci_arttext

VIVANCO, Ángela (2008): “La Píldora del Día Después”, *Revista de Derecho*, Vol. 35, Nº 3: pp. 533-577.

ZUÑIGA, Yanira (2008): “Algunas consideraciones jurídicas en relación con los derechos sexuales y reproductivos” en Sentencia sobre La 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), *Revista de Derecho*, Vol. XXI, Nº 1: pp. 157-160.

3. Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (2009): Rol 1006-2007, 21 de enero de 2009 (online). [Fecha de consulta: 20 de abril de 2009]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl>

Corte de Apelaciones de Copiapó (2008): Rol 230-2008, 9 de agosto de 2008.

Tribunal Constitucional (2008): Rol 993-2007, 13 de mayo de 2008 (online). [Fecha de consulta: 20 de abril de 2009]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl>

Tribunal Constitucional (2008): Rol 740-2007, 18 de abril de 2008 (online). [Fecha de consulta: 20 de abril de 2009]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl>

Tribunal Constitucional (2007): 558 (590)-2006, 5 de junio de 2007 (online). Fecha de consulta: 20 de abril de 2009]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl>

Tribunal Constitucional (2007): Rol 681-2006, 26 de marzo de 2007 (online). [Fecha de consulta: 20 de abril de 2009]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl>

- Corte Suprema (2007): Rol 3125-2004, 13 de marzo de 2007.
- Tribunal Constitucional (2007): Rol 591-2006, 11 de enero de 2007 (online). [Fecha de consulta: 20 de abril de 2009]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Corte Suprema (2005): Rol 1039-2005, 28 de noviembre de 2005 (online). [Fecha de consulta: 20 de abril de 2009]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.cl>
- 2º Juzgado Civil de Santiago (2004): Rol 5839-2004, 30 de junio de 2004, en *Estudios Públicos*, N° 95, p. 362.
- Corte de Apelaciones (2004): Rol 4200-2003, 10 de diciembre de 2004 (online). [Fecha de consulta: 20 de abril de 2009]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.cl>
- Corte de Apelaciones de Santiago (2001): Rol 850-2001, 10 de octubre de 2001 (online). [Fecha de consulta: 20 de abril de 2009]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.cl>
- Corte Suprema (2001): Rol 2186-2001, 30 de agosto de 2001 (online). [Fecha de consulta: 20 de abril de 2009]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.cl>
- Tribunal Constitucional (1998): Rol 279-1998, 6 de octubre de 1998 (online). [Fecha de consulta: 20 de abril de 2009]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Tribunal Constitucional (1994): Rol 190-1994, 7 de diciembre de 1994 (online). [Fecha de consulta: 20 de abril de 2009]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- Corte de Apelaciones de Santiago (1989): Rol 364-1989, 29 de septiembre de 1989.
- Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1981): N° 23/81, 6 de marzo de 1981 (online). [Fecha de consulta: 20 de abril de 2009]. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/Ninez/doc/jurisprudenciaspCIDH.htm>

4. Jurisprudencia Administrativa

- Contraloría General de la República, Dictamen N° 46097, 12 de octubre de 2007.
- Contraloría General de la República, Dictamen N° 36758, 20 de agosto de 2002.
- Contraloría General de la República, Dictamen N° 25403, 21 de agosto de 1995.

5. Otras Fuentes

- ACTAS OFICIALES DE LA COMISION CONSTITUYENTE (online). [Fecha de consulta: 20 de abril de 2009]. Disponible en: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r
- ASOCIACIÓN CHILENA DE MUNICIPALIDADES (2008): "Informe Jurídico Acerca de los Alcances de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Programa Nacional de Control de Fertilidad para los Municipios".

- CENTRO DE ESTUDIOS PARA EL DERECHO Y LA ÉTICA APLICADA (2008): "La duda razonable en la prohibición del levonorgestrel 0,75 mg", *Boletín Microjuris-Cedap*, N° 2, Año 1.
- FACULTAD DE MEDICINA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE (2004): "Declaración", *Estudios Públicos*, N° 95: pp. 397-399.
- FLACSO (2009): "Boletín informativo N° 3 sobre la anticoncepción de Emergencia" (online). [Fecha de consulta: 20 de abril de 2009]. Disponible en: www.flacso.cl/flacso/
- HISTORIA FIDEDIGNA DEL ESTABLECIMIENTO DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, LEY 19.696 (2000): [Fecha de Consulta: 22 de abril de 2009]. Disponible en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19696/HL19696.pdf>
- OFICIO N° 7847 (2008): del Presidente de la Cámara de Diputados al Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley que "Modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional N° 17.997" (Boletín N° 4059-07).
- THE NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH (1979).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008): Comunicado de prensa (online) Disponible en: [Fecha de Consulta: 28 de abril de 2009]. Disponible en: http://www.cooperativa.cl/prontus_notas/site/artic/20080404/asocfile/20080404145100/ASOCFILE120080404145100.pdf