

## ARCHIVO HISTÓRICO



El presente artículo corresponde a un archivo originalmente publicado en **Ars Medica, revista de estudios médicos humanísticos**, actualmente incluido en el historial de **Ars Medica Revista de ciencias médicas**. El contenido del presente artículo, no necesariamente representa la actual línea editorial. Para mayor información visitar el siguiente vínculo: <http://www.arsmedica.cl/index.php/MED/about/submissions#authorGuidelines>

# Análisis lógico y jurídico

Raúl Madrid Ramírez Director CEDAP - UC

Marco Antonio Navarro Galaz Investigador CEDAP - UC

Álvaro Ferrer del Valle Investigador CEDAP - UC

Extracto del Informe presentado al Tribunal Constitucional por el Centro de Estudios para el Derecho y la Ética Aplicada, de la Pontificia Universidad Católica de Chile (CEDAP-UC).

El Informe, del cual se acompañan los principales extractos, fue presentado ante el Tribunal Constitucional en el marco del Requerimiento por Inconstitucionalidad en contra del Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial el 3 de febrero del 2007, que aprueba las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”

## I. Introducción

Múltiples son los casos en que es preciso adoptar una decisión a partir de la incertidumbre: no se conoce con certeza el antecedente concreto respecto al cual debe decidirse, o no se tiene certeza de las posibles consecuencias de la decisión, o ambas alternativas. Se analizan diversos escenarios y posibles rumbos de acción, pero todos ellos resultan insuficientes puesto que no ofrecen la seguridad que el agente desearía para obrar. No obstante, muchas veces existe el imperativo o la obligación inexcusable de adoptar una de las alternativas posibles.

Desde luego, en este escenario se optará siempre por aquella alternativa que resulte más razonable. Este es el criterio fundamental: la justificación racional de la decisión que se adopta a partir de la duda.

Sobre justificación racional hay mucho que decir. En primer lugar, **no cabe hablar de justificación racional cuando se la confunde con la mera subjetividad del agente**. En efecto, los motivos particulares e internos que pueda tener el agente no necesariamente son el reflejo de una consideración atenta y objetiva de la realidad que requiere un pronunciamiento. Es preciso que la decisión dé cuenta de la realidad; respecto a ella, debe ser coherente con la entidad objetiva de la duda antecedente, y con las previsibles consecuencias de la opción adoptada.

En el ámbito jurídico, tal justificación racional implica, a lo menos, una atenta consideración del mérito del proceso y sus pruebas, y la ponderación de este antecedente con el ordenamiento jurídico vigente según un criterio de justicia. En otras palabras, en el ámbito jurídico existe la unión indisoluble entre racionalidad y justicia: lo racional es lo justo; asimismo, lo más racional es lo más justo, todo ello con estricto apego al derecho vigente y aplicable al caso.

Por supuesto, esta justa racionalidad no es algo evidente en los casos donde el antecedente es incierto. A continuación se desarrollan los criterios a partir de los cuales resulta posible resolver razonablemente y con justicia a partir de la duda.

## II. Definiciones previas

¿Qué es la ciencia? Saber una cosa conociendo su causa: es conocer la causa que hace que una cosa sea como es y no pueda ser de otra manera. Esta es la ciencia que proporciona la demostración. La demostración es el razonamiento que produce la ciencia: a partir de principios ciertos, verdaderos, se extrae una conclusión que, respecto de los principios que le anteceden, es como el efecto y su causa. Los principios han de ser verdaderos, puesto que no es posible conocer lo que no existe; deben ser causa de la conclusión, porque mientras no se conoce la causa no hay verdadero saber; deben ser anteriores a la conclusión, puesto que son causa precisamente por ser más universales, ya que lo universal es, respecto a la inteligencia, anterior a lo particular, que solo se dirige a los sentidos. Siendo los principios causa de la conclusión, no han de ser causa remota y lejana, sino la más próxima, la causa propia. De esta forma, la conclusión ha de extraerse de los principios, como todo efecto de su causa, razón por la cual nada puede haber en la conclusión que no haya estado en sus principios.

Cumplidos estos requisitos hay ciencia, y ciencia demostrada. En lo que nos convoca, diremos categóricamente que **hay conclusión razonable: la verdad de la conclusión es la verdad de sus principios**. Sin estos requisitos puede haber razonamiento, pero no ciencia. Puede ocurrir que uno o ambos principios sean falsos, con lo cual la conclusión será equivocada. También es posible que la conclusión se base en principios meramente probables. Y es que no siempre se cuenta con principios de verdad evidente o demostrada como punto de partida para razonar.

Esto, tan común como normal, no implica que la conclusión sea irracional; **será tan probable como lo sean sus principios**. Luego, bien puede defenderse y sostenerse una tesis razonable, ya no como ciencia, pero sí como verosímil o probable.

Entonces, para poder emitir una tesis que merezca la calificación de razonable es preciso que tal juicio esté fundamentado. A nadie extraña que una simple afirmación, sin mayor fundamento que la voluntad de quien la emite, bien pueda ser calificada de gratuita, caprichosa o, simplemente, infundada. Requisito mínimo entonces de un juicio razonable es que cuente con una fundamentación proporcionada: solo será razonable aquel juicio cuyo fundamento sea razonable. Según lo ya dicho, el fundamento es causa del juicio que se defiende; así —en cuanto causa— comunica al efecto sus cualidades. De esta forma, de un fundamento improbable no nace sino un juicio improbable, y de un fundamento seguro nace un juicio seguro.

Según sea el caso (ciencia, probabilidad o error) diversos son los estados en que la inteligencia humana puede encontrarse respecto de una verdad. Se la puede poseer y comprender por completo, o ésta puede resultar completamente ajena al sujeto cognoscente. Veamos estos estados:

Existe **certeza** cuando el entendimiento forma un juicio sobre una materia de tal firmeza y seguridad que excluye por completo el temor a que lo contrario sea lo correcto. Esta es la posesión y comprensión completa de una verdad; como aquella que toda persona tiene

respecto a su propia existencia o de estar actualmente ubicado en el lugar que se encuentra.

Existe **opinión** cuando el entendimiento asiente a un determinado enunciado, considerándolo más probable que su contrario, pero sin excluir por completo la posibilidad de que ese sea correcto. La opinión será tanto más firme y probable según lo sean las razones en que se funda. Es decir, **no toda opinión es igualmente probable**; ello depende de, primero, el mérito o calidad de las razones que conforman su antecedente y, segundo, de la cantidad de dichas razones. Es la suficiencia de motivos – calidad y cantidad– lo que determina –en cuanto causa– la mayor o menor probabilidad de la opinión –su efecto–.

En cambio, existe **duda** cuando el entendimiento no es capaz de asentir o negar un enunciado en ausencia de una causa suficiente que lo determine en uno u otro sentido. Se produce equivalencia en la suficiencia de motivos en favor y en contra del enunciado; **hay igualdad, tanto en calidad como en cantidad, entre las razones que afirman y niegan el aserto**. No se trata de que no exista fundamento alguno; más bien, el fundamento positivo se equipara en mérito al negativo. Así, la inteligencia es incapaz, salvo por impulso desproporcionado de la voluntad, de asentir o negar, ya que no hay causa para tal efecto. En este estado se suspende el juicio.

Cabe distinguir, dentro de la duda, entre **duda de derecho** –dubium iuris– o **duda de hecho** –dubium facti–. La primera consiste en la incapacidad del entendimiento de asentir o negar respecto a la existencia de una norma o precepto que regule un caso particular por la existencia de motivos equivalentes en uno u otro sentido; la segunda consiste en la incapacidad del entendimiento de asentir o negar sobre la veracidad de un hecho particular por la existencia de motivos equivalentes en uno u otro sentido. A su vez, se debe distinguir entre **duda especulativa** y **duda práctica**: duda especulativa es la incapacidad del entendimiento de asentir o negar respecto a la verdad de un enunciado en abstracto o teórico por la existencia de motivos equivalentes en uno u otro sentido; duda práctica es la incapacidad del entendimiento de asentir o negar respecto a la bondad o conveniencia de una acción determinada por la existencia de motivos equivalentes en uno u otro sentido.

Distinto es el caso de la **ignorancia**. Esta existe cuando el entendimiento no es capaz de asentir o negar un enunciado puesto que no posee fundamento alguno que lo incline en favor o en contra de este. No hay razones que fundamenten, luego no hay juicio; no hay causa, luego no hay efecto.

Finalmente está el **error**. Existe cuando el entendimiento asiente con firmeza a un enunciado tenido como verdadero, siendo que este es falso.

Como puede verse, las diferencias entre los diversos estados en que puede encontrarse nuestra inteligencia respecto a una verdad son sustantivas. Así, **incurre en error de**

**juicio quien confunde estos estados.** En el caso que nos ocupa resulta relevante analizar esta confusión.

### **III. Estado de la inteligencia en el caso particular**

Se ha sometido al conocimiento y decisión de SS. Excelentísima un caso respecto del cual, como es sabido, **existe duda científica, entendiéndose por ésta la ausencia de consenso total entre los especialistas sobre el potencial efecto mortal sobre el embrión del fármaco levonorgestrel 0,75 mg, conocido como “píldora del día después”,** independiente de su denominación comercial.

Múltiple, variada y extensa ha sido la evidencia científica que se ha presentado afirmando el potencial efecto antiimplantatorio de este fármaco, el cual impediría la anidación del cigoto en la pared del endometrio de la mujer, ocasionando la muerte del embrión humano. A su vez, múltiple ha sido la evidencia científica presentada en contra de dicho efecto. Se trata, hasta aquí, de un caso de duda de hecho: ¿tiene o no el fármaco en cuestión un efecto que pueda causar la muerte del embrión humano?

Pues bien, **habrá real duda si las razones que afirman o niegan tal efecto son, primero, de idéntica calidad; segundo, de idéntica cantidad.** En efecto, es razonable aquel juicio que se funda en un antecedente razonable, puesto que la cualidad de la conclusión es la cualidad de sus principios. Este no es un criterio solo cuantitativo, sino primeramente cualitativo: es la verdad o verosimilitud de los principios la que determina la verdad o verosimilitud de la conclusión. Luego cabe analizar la calidad de las razones en favor y en contra. Por supuesto que este análisis debe realizarse atendiendo a la naturaleza del asunto discutido; de otro modo, se estaría intentando medir con la medida equivocada. Así, son los criterios para validar conclusiones científicas los que deben aplicarse a la evidencia presentada a fin de evaluar su calidad.

No es objeto de este informe realizar dicho análisis; con todo, cabe señalar lo siguiente: **los criterios científicos para validar una conclusión no son ajenos a las reglas lógicas para evaluar la corrección del razonamiento humano:** la ciencia experimental es una especie dentro del género del razonamiento humano; y ya que lo que aplica al género aplica también a las especies comprendidas dentro de él, luego la ciencia experimental no es ajena a los criterios de corrección lógica. Al respecto: las conclusiones derivadas del análisis de la experiencia sensible se rigen por las **reglas del razonamiento inductivo:** a partir del análisis suficiente de casos particulares es posible enunciar una regla general que recoja una característica propia verificada en los casos comprendidos dentro de dicha regla.

Así, no cabe concluir nada a partir del análisis de un solo caso o de un número insuficiente; tampoco cabe concluir si no ha sido posible verificar un hecho que pueda predicarse como propio de cada caso particular, sea en forma accidental o esencial; y tampoco cabe concluir una regla general que predique del género más que lo que se ha predicado de cada una de las especies comprendidas dentro de él: de esta forma, no es lógica aquella conclusión que predica en forma esencial del género lo que se ha

predicado en forma accidental de los casos particulares previamente analizados, como tampoco es lógica la conclusión que predica en forma accidental del género lo que se ha predicado en forma esencial de los casos particulares analizados. En este sentido, y en complemento con las reglas y criterios propiamente científicos para evaluar el rigor y validez de una conclusión científica, debe darse una ponderación y consideración cualitativamente menor a toda aquella evidencia cuya conclusión sea producto de un proceso que vulnere cualquiera de estas reglas mínimas y básicas del razonamiento correcto.

Conviene, a estos efectos, hacer una simple consideración lógica respecto de la **autoridad de la fuente** de cada evidencia presentada: si la validez de la conclusión es proporcionada a la validez de sus principios, puede verse con claridad que la autoridad de la fuente **no es, en ningún caso, garantía per se de la calidad de los principios ni de la conclusión**. Y esto porque la autoridad es el agente que combina los principios que descubre o encuentra para extraer la conclusión, y no quien crea dichos principios. El caso más ilustrativo es, precisamente, el que nos ocupa: en la experimentación científica, previa hipótesis de análisis, se procede a buscar las propiedades presentes en los casos analizados; según lo que se encuentra se enuncia la conclusión afirmativa, si nada se encuentra se enuncia la conclusión negativa. Absurdo es pretender dar valor científico al estudio en que el agente interviene inventando o suplantando –“creando”– evidencia para forzar la conclusión que pretende. Luego es incorrecto razonar exclusivamente a partir de la reverencia hacia la autoridad, puesto que ninguna es causa eficiente de la verdad de sus conclusiones, sino instrumental. Con todo, “hay mejores instrumentos que otros”: desde luego, es razonable dar mayor crédito cualitativo a las conclusiones de autoridades más competentes y experimentadas, eso sí, sin subordinar jamás el mérito de la conclusión al prestigio de la fuente.

Supuesto el caso que toda la evidencia presentada, tanto en favor como en contra del efecto mortal sobre el embrión del fármaco en discusión, cumpliera exactamente por igual con las reglas lógicas y científicas recién descritas<sup>1</sup>, correspondería entonces analizar su cantidad. Esto, también, por una cuestión lógica: **si los principios son causa, es mayor aquella que, siendo de igual entidad cualitativa, es de mayor entidad cuantitativa**. El sentido común confirma lo anterior: debe darse mayor crédito a la conclusión respaldada por múltiples buenas razones que a aquella respaldada por una sola buena razón.

En este escenario **resulta complejo sostener que el estado de la inteligencia sea realmente la duda: no es del todo claro que el mérito de las razones que afirman el potencial efecto mortal del levonorgestrel 0,75 mg sobre el embrión humano sea idéntico al de aquellas que lo niegan**. Conviene desarrollar este punto: en primer lugar, si el objeto de la decisión fuera declarar con criterio lógico y científico si el fármaco tiene o no un efecto mortal sobre el embrión humano, es claro que la duda persiste. En cambio, si el objeto de la decisión es declarar si el fármaco “puede” o no tener dicho efecto –potencial efecto mortal sobre el nasciturus–, el escenario cambia por completo. **No es igual el enunciado categórico que el condicional**: la evidencia presentada no permite, en cuanto causa, afirmar categóricamente el efecto discutido ni tampoco

negarlo. Distinto es afirmar, en atención a la evidencia presentada y su correcta ponderación, que pueda existir dicho efecto. **En este escenario es claro que la evidencia de una y otra parte no producen el mismo efecto lógico, por lo cual no es razonable equipararlas:** si la evidencia que niega el efecto mortal sobre el embrión no es completamente concluyente –y al presente no lo es– luego es incapaz de refutar o anular la evidencia que afirma el potencial efecto mortal: subiste la afirmación “puede ser” si la afirmación “no lo es” no ha sido probada, máxime si la afirmación condicional ha sido respaldada por múltiple, variada y extensa evidencia de calidad innegable.

Incorre en **falacia de ignorancia** quien afirma o niega a partir de hechos no probados. El ejemplo es ilustrativo: mientras no se pruebe la existencia o inexistencia de vida inteligente en otros lugares del universo, la única afirmación razonable al respecto es aquella que afirma o niega condicionalmente: probablemente existe, probablemente no existe. De nuevo, dicha probabilidad dependerá del mérito del antecedente de cada conclusión, y aquí hay un punto esencial que no puede pasar desapercibido en esta discusión: jamás se ha negado condicionalmente que el fármaco pueda tener un efecto mortal sobre la vida del embrión, sino que se lo ha negado categóricamente, sin que tal negación sea hasta aquí concluyente: jamás se ha sostenido “no es probable o verosímil que lo tenga”, sino que se ha sostenido “no lo tiene”.

Así las cosas, **la valoración de una y otra parte en disputa no es equivalente ni es razonable igualarlas en ninguna forma: en el estado actual de la discusión tiene mayor valor la afirmación del potencial efecto mortal del fármaco levonorgestrel 0,75 mg sobre la vida del embrión humano.** Debe quedar claro: no es imprescindible probar categóricamente dicho efecto para que, solo entonces, pueda sostenerse y alegarse en términos condicionales. Tal proceder es claramente absurdo: si se prueba el efecto no cabe enunciarlo como posibilidad. Pero sí es necesario negar categóricamente el efecto discutido para poder negar la potencialidad del mismo efecto. O, a lo menos, es necesario fundamentar suficientemente la negación de dicha potencialidad, estrategia argumentativa que hasta aquí no se ha utilizado. Mientras esto no se haga, repetimos que subsiste la afirmación sobre el potencial efecto abortivo del fármaco en discusión.

A mayor abundamiento: estamos frente a una discusión de causalidad. En términos más específicos: ante un efecto conocido, se prueba la relación causal demostrando la relación de dependencia intrínseca entre el efecto y la causa atribuida; **ante un efecto desconocido o no probado, se sostiene razonablemente la potencial relación de causalidad fundamentando la capacidad intrínseca de la causa para producir en todos o algunos casos el efecto aún no demostrado. Con esto basta para sostener lógica y razonablemente la potencialidad.** Así, se afirma el potencial efecto abortivo en cuanto el fármaco puede ser causa de tal efecto. Y puede serlo si tiene en sí, por virtud propia, la capacidad intrínseca de producir el efecto que se le atribuye en todos o algunos casos, aunque aún no se haya probado categóricamente tal efecto. Esto ha sido fundamentado suficientemente: la alteración que el Levonorgestrel 0,75 mg produce en el endometrio del útero no está en discusión. En cambio, se niega lo anterior si se demuestra que el fármaco no solo no produce de hecho el efecto que se le atribuye en ningún caso –cosa aún no demostrada–, sino también si se fundamenta que no tiene de

suyo la capacidad para producirlo en ningún caso, por lo cual es inverosímil que pueda producir tal efecto, y esto no ha sido demostrado ni fundamentado.

Repetimos lo ya dicho: **en el estado actual de la discusión cuesta sostener que el estado de la inteligencia sea verdaderamente el de la duda. Más bien, parece que se confunde la duda con la opinión probable.** Pero es preciso hablar con distinción para no equivocar el razonamiento, sobre todo si tal equívoco puede incidir en la correcta valoración de la prueba y, así, en lo dispositivo del fallo.

Con todo, podrá sostenerse que la actual es una discusión jurídica y, en cuanto tal, no compete a SS. pronunciarse sobre materias propias del ámbito de las ciencias experimentales. Ello es correcto, pero no implica obstáculo para ponderar lógicamente el *onus probandi* en el asunto sometido a su consideración: no es cierto, como sostuvo la I. C. de Apelaciones en sentencia del 10 de diciembre del año 2004 en su considerando 16° “que esta sola conclusión permite sostener que la jurisdicción no puede intervenir resolviendo el conflicto de intereses propuesto en autos, pues ésta solo puede hacerlo sobre la base de certezas y no le es posible reconocer derechos u obligaciones derivados de hipótesis científicas en plena discusión. Lo anterior es válido porque sabido es que el derecho constituye un instrumento limitado, que solo puede solucionar determinados conflictos de la vida humana y no tiene ni puede tener la pretensión de resolver todas aquellas disputas que se presentan, sea, por ejemplo, en los ámbitos de la filosofía o de la ciencia y, ciertamente, desde luego, mucho menos aquellos de significación religiosa”.

Tal razonamiento es equivocado: concediendo el aserto sobre la limitación del derecho en cuanto instrumento, y concediendo también que un tribunal puede solo resolver un conflicto sometido a su consideración en base a certezas, debemos distinguir la especie de certeza a la que tácitamente se alude: **tales son las certezas que constan en el proceso**, puesto que a partir del mérito del proceso se elabora la sentencia, y no a partir de un mérito extrínseco a él. Estas son las certezas suficientes para reconocer derechos u obligaciones. Ningún tribunal requiere certeza material sobre cada uno de los asuntos sometidos a su consideración para resolver en justicia el asunto controvertido, máxime si estos son materia de otras ciencias y disciplinas. Sostener lo anterior haría inútiles e inaplicables las presunciones para resolver cualquier asunto controvertido, lo cual es contrario al ordenamiento jurídico, a la vez que absurdo.

En la especie, **basta comprobar la veracidad de la amenaza:** esto es, la probabilidad de daño efectivo por creación de riesgo indebido, para lo cual es antecedente suficiente la potencialidad del efecto mortal sobre el embrión humano alegado en razón de la capacidad intrínseca del Levonorgestrel 0,75 mg para producir una alteración en el endometrio que pueda impedir su anidación. En base a ello, **es posible fundar una presunción grave y precisa sobre uno de los efectos propios del fármaco que permita conducir a una solución del caso sometido a su conocimiento.** No debe confundir el rol de la jurisdicción en este caso concreto con la discusión que se da en el



campo científico sobre el mismo tema: la jurisdicción no tiene como misión poner fin a las discrepancias que se dan en el campo científico.

No se pide que SS. Excelentísima concluya una discusión científica pendiente; antes bien, **se pide que, en atención a la opinión probable respecto del efecto abortivo del levonorgestrel 0,75 mg fundamentada suficientemente en el proceso se declare su inconstitucionalidad por atentar contra el ordenamiento constitucional vigente, el cual manda proteger la vida del que está por nacer desde su concepción, excluyendo cualquier acto o producto que de suyo, aún como amenaza, pueda atentar contra la vida del embrión.** La naturaleza jurídica de este conflicto incide directamente en la esfera de protección que nuestro ordenamiento le concede al nasciturus. Por ende, es un pronunciamiento jurisdiccional acerca de si es o no lícito en Chile un producto cuyos efectos implican el desconocimiento de la tutela legal que se ha dado para asegurar la vida de todo embrión humano en el ordenamiento constitucional vigente.

Tal declaración, como toda esperable de este Excelentísimo Tribunal, ha de cumplir con el criterio de razón ya mencionado: lo más racional es lo más justo, todo ello con estricto apego al derecho vigente y aplicable al caso. Algunas consideraciones a este respecto:

#### **Iv. Estructura lógica para el análisis jurídico**

Para analizar lo razonable de una u otra decisión jurídica, es necesario, previamente, sintetizar las posibilidades del caso según una estructura argumental común que permita realizar el análisis. Conviene entonces sintetizar las decisiones posibles del caso estudiado, ambas a partir de la “duda” ya analizada, y siempre en términos de hipótesis:

**luego la síntesis obliga a tomar como antecedentes de análisis estos dos escenarios de opinión probable: es probable que exista efecto mortal del fármaco sobre el embrión, es probable que no.** En otras palabras, el Levonorgestrel 0,75 mg puede ser causa de la muerte del embrión o puede no serlo.

Con estos antecedentes podemos construir los posibles cauces de decisión. Para ambos es **necesario incluir un supuesto necesario e invariable, a modo de premisa mayor, cual es: debe respetarse el ordenamiento jurídico constitucional vigente, permitiendo aquello conforme a él, prohibiendo aquello contrario a él.** Esto porque la naturaleza del asunto controvertido, precisamente, radica en este punto: si acaso la distribución de un producto con un potencial efecto mortal sobre el embrión es o no contrario a la Constitución, de manera tal que deba declararse la inconstitucionalidad del decreto que lo incluye y autoriza o, a contrario, deba declararse la constitucionalidad del decreto que lo incluye y autoriza. En ambos casos el supuesto es el mismo: la primacía de la Constitución y el respeto y coherencia que han de tener las demás normas del ordenamiento jurídico respecto a la Carta Fundamental.

De esta forma, expondremos los posibles argumentos que justificarían razonablemente, y según lógica rigurosa, tal o cual decisión final. Para ello, y según se dijo,

enunciaremos cada aserto en forma condicional, utilizando la forma clásica argumentativa *modus ponens*, donde la afirmación de cada antecedente permite afirmar el siguiente como su consecuente necesario, y este a su vez sirve para afirmar el que le sigue, hasta sostener la conclusión final. Según este argumento, basta que falle la afirmación o demostración de uno de los asertos condicionales para que, en caso de sostenerse la conclusión, tal efecto no sea proporcionado a los principios que constituyen su causa; por tanto, se trataría de un error de razonamiento del tipo *non sequitur*: la conclusión no se seguiría de sus premisas ya que al negar una condición necesaria de la conclusión esta ya no se puede afirmar. Se trataría, entonces, de una decisión ilógica y para nada razonable. Luego tenemos:

– *Primera alternativa:*

- a) Si debe respetarse el ordenamiento jurídico constitucional vigente, permitiendo aquello conforme a él, prohibiendo aquello contrario a él y,
- b) NO existe protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción que, dentro de ella, excluya cualquier acto o producto que de suyo, aun como amenaza, pueda causarle la muerte y,
- c) el Levonorgestrel 0,75 mg CAUSA O ES VEROSÍMIL QUE PUEDA CAUSAR la muerte del embrión,
- d) luego se debe: o prohibir el fármaco por ser contrario a la Constitución o permitirlo por ser conforme a la Constitución.
- e) Pues no será contrario puesto que no existe tal protección constitucional, y no cabe contradecir aquello que no existe. Luego debe permitirse.

Como se ve, según la lógica del argumento *modus ponens*, en esta alternativa es necesario demostrar al menos b): en Chile NO existe protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción que, dentro de ella, excluya cualquier acto o producto que de suyo, aún como amenaza, pueda causarle la muerte. Solo así es lógico concluir, independientemente del potencial efecto del fármaco en cuestión, que debe permitirse.

– *Segunda alternativa:*

- a) Si debe respetarse el ordenamiento jurídico constitucional vigente, permitiendo aquello conforme a él, prohibiendo aquello contrario a él y,
- b) NO existe protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción que, dentro de ella, excluya cualquier acto o producto que de suyo, aún como amenaza, pueda causarle la muerte y,

c) el Levonorgestrel 0,75 mg NO CAUSA O NO ES VEROSÍMIL QUE PUEDA CAUSAR la muerte del embrión,

d) luego se debe: o prohibir el fármaco por ser contrario a la Constitución o permitirlo por ser conforme a la Constitución.

e) Pues no será contrario puesto que no existe tal protección constitucional, y no cabe contradecir aquello que no existe. Luego no debe prohibirse.

f) Pero tampoco será conforme puesto que no existe tal protección, y no cabe conformidad respecto de aquello que no existe. Luego no debe permitirse.

A nuestro juicio, esta alternativa es irrelevante, puesto que para concluir que debe permitirse, y tal como se vio en la alternativa anterior, basta probar b): que en Chile NO existe protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción que excluya, dentro de ella, cualquier acto o producto que de suyo, aún como amenaza, pueda causar la muerte del embrión. Así las cosas, tenga o no el Levonorgestrel 0,75 mg un potencial efecto que cause o pueda causar la muerte del embrión, la conclusión es lógicamente la misma. Respecto de f), solo la incluimos para completar el razonamiento; su absurdo es evidente.

*–Tercera alternativa:*

a) Si debe respetarse el ordenamiento jurídico constitucional vigente, permitiendo aquello conforme a él, prohibiendo aquello contrario a él y,

b) SÍ existe protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción que, dentro de ella, excluya cualquier acto o producto que de suyo, aun como amenaza, pueda causarle la muerte y,

c) el Levonorgestrel 0,75 mg CAUSA O ES VEROSÍMIL QUE PUEDA CAUSAR la muerte del embrión,

d) luego se debe: o prohibir el fármaco por ser contrario a la Constitución o permitirlo por ser conforme a la Constitución.

e) Pues será contrario puesto que sí existe tal protección constitucional y su efecto o potencial efecto constituye la amenaza que el ordenamiento excluye. Luego debe prohibirse.

Según este razonamiento, y para concluir lógicamente que debe prohibirse el fármaco en discusión, debe probarse b): SÍ existe protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción que, dentro de ella, excluye cualquier acto o producto que de suyo, aún como amenaza, pueda causarle la muerte y c): el Levonorgestrel 0,75 mg CAUSA O ES VEROSÍMIL QUE PUEDA CAUSAR la muerte del embrión. Nótese algo relevante: respecto de c) no es necesario probar que de hecho exista un efecto que implique la

muerte del embrión, basta la potencialidad ya que b), esto es la protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción, excluye no solo actos o productos que de hecho le causen la muerte, sino también aquellos que de suyo, aun como amenaza, potencialmente llegaren a producirla. Esto es de máxima importancia para la resolución jurídica del asunto y confirma lo ya dicho: no es necesario tener certeza en materia científica sobre los efectos del levonorgestrel 0,75 mg, basta tener certeza sobre el ámbito de protección que el ordenamiento jurídico constitucional vigente otorga al nasciturus. Esto queda plenamente dentro del ámbito de la ciencia del derecho, luego no cabe alegar, en ningún caso, que en vista de que la discusión científica no está concluida luego no es posible resolver el asunto. Tal proceder, según lo expuesto, no sería razonable. Con ese antecedente, más la opinión probable sobre el potencial efecto mortal del fármaco sobre el embrión, es lógica y jurídicamente correcto concluir que debe prohibirse el Levonorgestrel 0,75 mg, sea cual sea su denominación de fantasía, en atención a a): debe respetarse el ordenamiento jurídico constitucional vigente, permitiendo aquello conforme a él, prohibiendo aquello contrario a él.

–*Cuarta alternativa:*

- a) Si debe respetarse el ordenamiento jurídico constitucional vigente, permitiendo aquello conforme a él, prohibiendo aquello contrario a él y,
- b) SÍ existe protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción que, dentro de ella, excluya cualquier acto o producto que de suyo, aun como amenaza, pueda causarle la muerte y,
- c) el Levonorgestrel 0,75 mg NO CAUSA O NO ES VEROSÍMIL QUE PUEDA CAUSAR la muerte del embrión,
- d) luego se debe: o prohibir el fármaco por ser contrario a la Constitución o permitirlo por ser conforme a la Constitución.
- e) Pues no será contrario puesto que no contradice o no es verosímil que pueda contradecir el ámbito de tal protección constitucional. Luego debe permitirse.

Aquí, si se pretende sostener lógicamente la conclusión, bien puede dejarse a la contraparte probar b) o sencillamente dar por sentado el mismo antecedente. Pero si es cierto que existe protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción que, dentro de ella, excluye cualquier acto o producto que de suyo, aún como amenaza, pueda causarle la muerte, lo que no puede, en ningún caso, dejar de demostrarse es c): que el Levonorgestrel 0,75 mg NO CAUSA O NO ES VEROSÍMIL QUE PUEDA CAUSAR la muerte del embrión.

En síntesis: para concluir lógicamente que debe permitirse el Levonorgestrel 0,75 mg debe probarse: o que en Chile no existe protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción que, dentro de ella, excluya cualquier acto o producto que de suyo, aún como amenaza, pueda causarle la muerte, o que el Levonorgestrel 0,75 mg no causa

o no es verosímil que pueda causar la muerte del embrión. Ambos antecedentes son, en forma independiente, condición necesaria y suficiente de la conclusión: aunque por separado, cada uno es imprescindible y basta para sostener la misma conclusión.

En Cambio, para concluir lógicamente que debe prohibirse el Levonorgestrel 0,75 mg debe probarse: que en Chile sí existe protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción que, dentro de ella, excluye cualquier acto o producto que de suyo, aún como amenaza, pueda causarle la muerte, Y TAMBIÉN que el Levonorgestrel 0,75 mg causa o es verosímil que pueda causar la muerte del embrión. Ambos antecedentes, en este caso, son necesarios por separado y suficientes en su conjunto para una misma conclusión; esto es, si falla uno, la conclusión ya no se sigue de sus premisas y no sería razonable ni lógico sostenerla. No obstante sean requisitos copulativos, vale la pena recordar que, como se dijo, no es necesario tener certeza, sino que bastaría una opinión razonable en materia científica sobre los efectos del levonorgestrel 0,75 mg, basta tener certeza sobre el ámbito de protección que el ordenamiento jurídico constitucional vigente otorga al nasciturus. Con ese antecedente, más la opinión probable sobre el potencial efecto mortal del fármaco sobre el embrión, es lógica y jurídicamente correcto concluir que debe prohibirse el Levonorgestrel 0,75 mg, sea cual sea su denominación de fantasía, en atención a que debe respetarse el ordenamiento jurídico constitucional vigente, permitiendo aquello conforme a él, prohibiendo aquello contrario a él.

#### v. Dificultades de una y otra alternativa

Según se acaba de mencionar, para sostener lógicamente cada conclusión (se debe prohibir el Levonorgestrel 0,75 mg, se debe permitir) se requiere fundamentar las condiciones necesarias que las sostienen. Analizaremos uno y otro caso:

##### a) *Se debe permitir el Levonorgestrel 0,75 mg:*

Las condiciones necesarias para sostener dicha conclusión son las siguientes: en Chile no existe protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción que, dentro de ella, excluya cualquier acto o producto que de suyo, aún como amenaza, pueda causarle la muerte, y que el Levonorgestrel 0,75 mg no causa o no es verosímil que pueda causar la muerte del embrión.

a.1) *En Chile no existe protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción que, dentro de ella, excluya cualquier acto o producto que de suyo, aún como amenaza, pueda causarle la muerte.* Dividiremos el análisis en las siguientes partes, puesto que cabe prueba parcial dentro del aserto:

a.1.1) *En Chile no existe protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción:* tal es la tesis que defiende, por ejemplo, el profesor Antonio Bascuñán Rodríguez<sup>2</sup>: sostiene que (1) el nasciturus no es titular del derecho constitucional a la vida según el tenor del artículo 19 N° 1 de la Constitución, (2) que el derecho del nasciturus a ser protegido por el legislador no es esencialmente igual al derecho a la vida

reconocido a los seres humanos nacidos, y (3) que ese derecho no tiene como deber correlativo una prohibición absoluta de dar muerte al nasciturus.

Sobre (1): Bascuñán, primero, niega la calidad de persona del embrión humano antes de su anidación; segundo, sostiene que de la existencia de un deber de protección de la vida del nasciturus (artículo 19 N° 2 de la Constitución y artículos 75 y 75 del Código Civil) no se deduce su condición de titular del derecho a la vida.

Sobre lo primero: afirma que de la potencialidad del embrión de llegar a ser indiscutidamente una persona, si bien justifica la atribución de valor a su condición de ser vivo, sin embargo, de ello no se deduce la identidad entre el embrión pre-implantacional y el ser humano nacido, ya que “todos los árboles y las flores fueron antes una semilla; de ahí no se deduce que las semillas sean árboles o flores”. Su argumento se basa en que un embrión puede llegar a nacer, pero también puede desarrollarse de otro modo, por lo cual considerarlo *ex ante* como un ser idéntico a una persona, atendiendo a la identidad genética, es desde un punto de vista biológico tan justificado como considerarlo un ser idéntico a un quiste o un cáncer. Añade que solo puede afirmarse la identidad personal cuando se ha producido en ese organismo en desarrollo la expresión génica de aquellos rasgos que se consideran definitorios de la condición de un individuo de la especie humana, en el sentido específico con que los seres humanos nacidos lo son. A su juicio, la potencialidad del embrión es la demostración de su falta de individualidad, en el sentido de la individualidad ontológicamente presupuesta por la condición de persona. Para el autor, el paradigma epigenético explica por qué antes de la anidación no es posible hablar de persona: según este, el comportamiento del organismo en la etapa embrionaria no está codificado en el ADN sino en la red de interacciones celulares de carácter ambiental, lo cual incluye desde luego al genoma pero no se limita a él. En el caso de las especies placentarias, la simbiosis entre el embrión y el organismo que soporta su desarrollo es tal que las señalizaciones que gatillan las capacidades del embrión provienen en parte esencial del endometrio. Sin estas señales, que son en todo semejantes a las señales del propio embrión, las posibilidades del embrión nunca se actualizarían. Por lo tanto, antes de la anidación en el endometrio de una mujer no puede afirmarse del embrión humano la posesión de una capacidad autónoma de desarrollo. Sin la anidación no es posible el desarrollo del embrión, porque aún no ha emergido su programa de desarrollo.

Sin entrar a discutir la validez de los presupuestos biológicos de la tesis de Bascuñán, sobre el rigor lógico de su argumento cabe decir: que no siendo esta una discusión científica sino jurídica, no es determinante la novedad del paradigma epigenético expresado, toda vez que la pregunta versa sobre si la Constitución y el ordenamiento jurídico chileno vigente reconocen o no la calidad de persona al embrión humano preimplantacional; si fuera ésta una discusión académico-científica, la teoría sobre el paradigma epigenético encontraría serios reparos, no solo por su novedad, sino porque la contradice el más amplio consenso sobre embriología vigente en el mundo; finalmente, el autor incurre en la falacia del accidente, al confundir elementos sustanciales con accidentales: a su juicio, la potencialidad del embrión es la demostración de su falta de individualidad como persona. Si de la nada, nada sale, es lógico concluir por implicación

que nada da aquello que no tiene. En esta misma línea, es lógico inferir que, si nada da aquello que no tiene, entonces nada puede ser aquello que no puede llegar a ser. A *contrarii*, todo sujeto es esencialmente aquello que puede, por su misma esencia, llegar a ser. Estas son las premisas del siguiente análisis lógico: potencia equivale a capacidad, y toda potencia es capacidad para aquello que, adquirido, concluye la misma potencia. Pues bien, si un sujeto tiene una potencia para una determinada perfección es porque tiene la capacidad intrínseca de adquirir dicha perfección. De este modo, si el embrión está desde la concepción en plena potencialidad de adquirir las perfecciones propias de un ser humano adulto, es porque desde ese momento posee actualmente esa capacidad. No puede ser de otro modo: si no posee la capacidad de adquirir una perfección, luego no es posible que posteriormente la adquiera, y es en la concepción donde, según acepta Bascuñán, existe la máxima potencialidad. Así las cosas, resulta absurdo sostener que aquello que tiene actualmente la máxima capacidad para adquirir las perfecciones humanas no sea, en el mismo momento, un sujeto esencialmente idéntico al que ya ha adquirido dichas perfecciones. Y esto porque la diferencia es puramente accidental, como la que existe entre el niño y el adulto: el primero tiene la potencialidad de crecer “en ciencia y estatura”, el segundo ha actualizado esas capacidades, y no es posible sostener que uno y otro son sujetos esencialmente diversos. Aquello que tiene actualmente las potencias características de su especie es, lógicamente, esencialmente idéntico a todos los miembros de esa misma especie, aunque accidentalmente distinto. El paradigma epigenético no prueba un cambio sustantivo; simplemente –de comprobarse como cierto– demuestra que en la anidación se inicia un nuevo proceso en la línea de la actualización de las potencias presentes desde la concepción.

la potencialidad del embrión preimplantacional es prueba de su personalidad, de su individualidad y de todas las demás perfecciones humanas adultas puesto que en acto posee la capacidad para adquirirlas. Si no fuera esencialmente idéntico al humano adulto, simplemente no tendría la capacidad para adquirir posteriormente dichas perfecciones, y de hecho jamás las adquiriría, tal como una planta jamás llega a ser racional, puesto que nunca ha tenido la potencia para adquirir esa perfección. Como se ve, el razonamiento del autor, aunque atractivo, es falaz. Su ilustración “botánica”, no es más que una falsa analogía.

–Sobre (2) y (3): que aún concediendo que el derecho del nasciturus a ser protegido por el legislador no es esencialmente igual al derecho a la vida reconocido a los seres humanos nacidos, y que ese derecho no tiene como deber correlativo una prohibición absoluta de dar muerte al nasciturus, de la verdad de ambos enunciados no se sigue la conclusión “luego en Chile no existe protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción” que es lo que aquí analizamos. Incurre en falacia non sequitur quien pretende sostener una conclusión sin que ninguno de sus términos haya estado contenido en las premisas y principios que le sirven de antecedente. Con todo, más adelante se demostrará que ambos asertos son equivocados.

En síntesis, no queda lógicamente demostrado ni fundamentado que en Chile no exista protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción, al menos para sostener tal aserto en forma razonable.

a.1.2) *Si la hay, tal protección constitucional no excluye cualquier acto o producto que de suyo, aun como amenaza, pueda causar la muerte del embrión*: es también la tesis que defiende el profesor Antonio Bascañán Rodríguez<sup>3</sup>: sostiene que la determinación precisa del sentido en que cabe entender que la protección de la vida del nasciturus es “relativa” en comparación con el carácter “absoluto” de la protección de la vida de las personas radica en que (1) existe una distinción inequívoca entre las personas y el que está por nacer: aquellas son titulares de un derecho subjetivo público, el derecho a la vida, oponible incluso al legislador. La vida del que está por nacer, en cambio, es objeto de protección imperativo para el legislador. Luego, si del derecho a la vida se deduce sin más un deber para el legislador de protegerla, entonces la norma del inciso segundo es irrelevante; si ese deber no se deduce sin más del derecho a la vida, entonces esa norma es discriminatoria, pues establecería para la vida del que está por nacer una protección más intensa que la dispensada a la vida de los nacidos; (2) tal diferenciación queda demostrada con el examen de los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento del texto constitucional, donde el estatus constitucional de la vida del nasciturus no es idéntico al estatus constitucional de la vida del nacido: la Constitución no pretende consagrar una prohibición absoluta de atentar contra la vida del nasciturus, como sí lo hace respecto de la vida del nacido. La consecuencia de esta diferencia se concreta en el reconocimiento al legislador de un cierto margen de prerrogativa de decisión para despenalizar algunas acciones destructivas de la vida del nasciturus, por lo cual el derecho a la vida del nasciturus no impondría como deber correlativo una prohibición absoluta de atentar contra esa vida; (3) que de la existencia del imperativo de protección dirigido al legislador se deduce una opción constitucional por el medio o forma de asegurar esa opción por la vida del nasciturus en el ordenamiento jurídico, cual es, imponer a los órganos colegisladores un deber de establecer una adecuada protección legal, por lo cual la protección constitucional del nasciturus sería exclusivamente una protección indirecta; por esta razón, el atentado contra la vida del feto no podría ser considerado como constitutivo de un ilícito constitucional, es decir, de un hecho antijurídico por referencia a normas constitucionales que lo prohíben ya que estas normas no existirían.

–Sobre (1): fundamenta el autor la diferencia inequívoca entre el derecho a la vida de las personas nacidas y el del nasciturus en razón de que si del derecho a la vida se deduce sin más un deber para el legislador de protegerla, entonces la norma del inciso segundo es irrelevante. Se equivoca ya que, además de que no hay implicación lógica necesaria entre el primer juicio y el segundo, no queda claro en su razonamiento el porqué se descarta a priori analizar las diversas alternativas por las cuales sea necesaria y razonable la irrelevancia –más bien redundancia– que objeta: incurre en falacia de petición de principio. Asimismo, fundamenta su conclusión en que si ese deber no se deduce sin más del derecho a la vida, entonces esa norma es discriminatoria, pues establecería para la vida del que está por nacer una protección más intensa que la dispensada a la vida de los nacidos. Nuevamente incurre en petición de principio al dar



por demostrado lo que es preciso probar en el análisis que intenta: la inexistencia efectiva de razones suficientes por las cuales se justifique una protección más intensa del que está por nacer. Sin hacerse cargo de esas razones, no es lógico concluir que no las haya, ni menos que constituya discriminación –suponemos se refiere a arbitrariedad– una diferencia cuya motivación no se ha demostrado que de suyo sea caprichosa.

–Sobre (2): que de la diferencia que la Comisión Constituyente haya establecido entre el estatus constitucional entre la vida del nacido y el nasciturus no cabe concluir que tal diferencia abre de par en par las puertas para cualquier atentado o amenaza contra la vida del que está por nacer. Si bien tal diferencia podría interpretarse en el sentido de que el ordenamiento constitucional no excluye cualquier acto o producto que de suyo, aún como amenaza, pueda causarle la muerte al embrión, de ello no es lógico sostener que se incluye cualquiera. Así, en la especie, de la posibilidad de incluir por ley algún acto contrario a la vida del embrión no es lícito concluir, sin más, que tal acto sea precisamente aquel que en esta controversia se discute. Quien sostenga tal conclusión incurre en falacia de conclusión desmesurada: incluye en la conclusión mayores casos que los que la información contenida en los principios antecedentes permiten y justifican.

– Sobre (3): que de la protección indirecta que la Constitución encarga al legislador respecto de la vida nasciturus no es lícito concluir que el atentado respecto de aquel no constituye ilícito constitucional. Esto pues no es posible ignorar que la Constitución manda a la ley proteger la vida del que está por nacer, y no se ve cómo puede contradecirse el verbo rector del mandato constitucional sin atentar contra el texto constitucional en el mismo acto: es contradictorio “proteger atentando”; siendo términos contradictorios –puesto uno se excluye necesariamente el otro–, y ya que nada puede ser y no ser a la vez y en el mismo sentido, incurre en contradicción lógica quien sostiene tal conclusión.

En síntesis, no queda lógicamente demostrado ni fundamentado que en Chile, si acaso existe protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción, esta no excluya aquellos actos o productos que de suyo, aun como amenaza, puedan causarle la muerte. Si bien cabe fundamentar en base a la historia fidedigna de la Constitución que dentro de la Comisión Constituyente se estableció una diferencia que entregó al legislador la posibilidad de regular eventualmente sobre el caso extremo del mal llamado aborto terapéutico, ello no permite sostener en forma lógica o razonable que a partir de ese dato quede inmediatamente contenido y permitido el Levonorgestrel 0,75 mg, que es precisamente lo que aquí se discute.

a.2) *El Levonorgestrel 0,75 mg no causa o no es verosímil que pueda causar la muerte del embrión:* la respuesta es sencilla: no habría discusión si se pudiera probar cualquiera de las alternativas. En efecto, la discusión científica no ha podido descartarlo aún. Con todo, podría sostenerse que el Registro Sanitario de cualquiera de las denominaciones de fantasía del compuesto genérico o principio activo Levonorgestrel 0,75 mg, así como la autorización de distribución del mismo producto sin Registro Sanitario otorgados por el ISP constituyen, cada una por separado o en su conjunto, prueba fehaciente de que el

fármaco en cuestión no causa ni es verosímil que pueda causar la muerte del embrión. Sería ilógico sostener cualquiera de estas alternativas:

a.2.1) *El Registro Sanitario otorgado por el ISP de cualquiera de las denominaciones de fantasía del compuesto genérico o principio activo Levonorgestrel 0,75 mg, constituye prueba fehaciente de que el fármaco en cuestión no causa ni es verosímil que pueda causar la muerte del embrión:* del examen de toda la normativa que regula la autorización administrativa para la comercialización de un producto resulta evidente que se impone límites a la actuación del ISP. Como órgano dependiente del Ministerio de Salud, dicha repartición debe desempeñar sus funciones en un contexto de búsqueda y promoción de la salud pública, comprendiendo también la del *nasciturus*. Pues bien, nadie discute que el ISP tiene la competencia legal en la materia de registro de productos farmacéuticos. Otro tema era si en el ejercicio de esas prerrogativas pronunció una resolución que amenace el derecho a la vida del que está por nacer. Es absurdo sostener que la sola norma que fija la competencia del ISP al efecto sea a la vez la garantía del fiel cumplimiento material del estándar contenido en la misma norma, siempre y en todos los casos. Si tal razonamiento fuera correcto, no existiría responsabilidad en los órganos públicos ni privados, ya que todos podrían excusarse simplemente mencionando la norma que establece la corrección de su actuar para todos los casos. No cabe entonces afirmar que el ISP contempla organismos técnicos que, en uso de sus facultades, puede y debe garantizar la salud pública, ni que sea el órgano contemplado por la legislación nacional para asumir esa responsabilidad. Una cosa es lo que dice la norma, otra muy distinta es el cumplimiento efectivo que las personas hagan de ella dentro de un determinado organismo regulado. No hay garantía lógica para sostener que el Registro Sanitario otorgado por el ISP sea prueba fehaciente de que el fármaco en cuestión no causa ni es verosímil que pueda causar la muerte del embrión. Sostener lo contrario resulta sencillamente risible.

a.2.2) *La autorización de distribución de cualquiera de las denominaciones de fantasía del compuesto genérico o principio activo Levonorgestrel 0,75 mg sin Registro Sanitario otorgada por el ISP constituye prueba fehaciente de que el fármaco en cuestión no causa ni es verosímil que pueda causar la muerte del embrión:* cabe dar por reproducido el razonamiento recién expuesto y agregar lo siguiente: si el registro Sanitario otorgado por el ISP no es prueba fehaciente de que el Levonorgestrel 0,75 mg no sea causa ni sea verosímil que pueda causar la muerte del embrión humano, con mayor razón no lo será la autorización de distribución de cualquiera de las denominaciones de fantasía del compuesto genérico en cuestión sin Registro Sanitario. Esto porque, conforme lo establece el DS 1876 de 1995 (Reglamento del Sistema nacional de Control de Productos Farmacéuticos) es el Registro Sanitario el resultado de una exhaustivo análisis del producto farmacéutico en cuestión que incluye por cierto la verificación de sus propiedades con miras a la protección de la salud pública. Pues bien, la venta

o uso provisional de un producto farmacéutico autorizada sin Registro Sanitario conforme al artículo 16 del DS 1876 de 1995, dado este antecedente, no ha pasado por este exhaustivo control de calidad. Luego no es razonable sostener que tal acto

administrativo, aun menos seguro, sea per se prueba de que el Levonorgestrel 0,75 mg no causa ni sea verosímil que pueda causar la muerte del embrión.

Del análisis de cada condición necesaria en orden a concluir razonablemente que debe permitirse el levonorgestrel 0,75 mg puede verse que tal proceder no tiene fundamento lógico alguno, puesto que ninguna de dichas condiciones puede sostenerse sin obviar o ignorar deliberada y caprichosamente la realidad. Así, podría tratarse de una conclusión proporcionada a la voluntad de quien la sostenga, pero jamás proporcionada al mérito real de los principios que en forma necesaria constituyen su antecedente.

b) Se debe prohibir el Levonorgestrel 0,75 mg:

Corresponde analizar ahora las condiciones necesarias para sostener dicha conclusión. Son las siguientes: en Chile sí existe protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción que, dentro de ella, excluye cualquier acto

o producto que de suyo, aun como amenaza, pueda causarle la muerte, y también que el Levonorgestrel 0,75 mg causa o es verosímil que pueda causar la muerte del embrión. El análisis queda como sigue:

b.1) *En Chile sí existe protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción que, dentro de ella, excluya cualquier acto o producto que de suyo, aun como amenaza, pueda causarle la muerte.* Nuevamente, dividiremos el análisis en las siguientes partes, puesto que cabe prueba parcial dentro del aserto:

b.1.1) *En Chile sí existe protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción:* no es difícil sostener lo anterior. Reproducimos a continuación lo que al respecto ha desarrollado el profesor de Derecho Constitucional Arturo Fernandois Vöhringer<sup>4</sup>: “la lectura de la norma constitucional debe echar mano del texto positivo de la Constitución, de las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), de los Tratados de Derechos Humanos vigentes y que se encuentran ratificados por Chile, y de manera primordial en el sentido protector de las normas pertinentes. En efecto, sin jamás olvidar que nuestra Constitución ha proclamado en su Artículo 1° que las personas están dotadas de una libertad y una igualdad radicadas en la dignidad inherente a su condición de tales, la disposición más específica que se refiere al estatuto jurídico del embrión humano es el artículo 19 N° 1 de nuestra Constitución Política de la República (CPR). En ella se asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, disponiendo a continuación en su inciso 2° que “la ley protege la vida del que está por nacer”.

*Esta disposición, inspirada en la redacción del Artículo 75, inciso 1° del Código Civil, debe ser entendida como una directriz competencial y axiológica plenamente vinculante para los organismos constitucionales –como el legislador– e infraconstitucionales o legales –como un instituto, sea de Salud Pública o cualquier otro–, en virtud del principio de vinculación directa de la Constitución. El severo lenguaje empleado en este artículo se estructura de manera claramente finalizada hacia un sentido protector del*

que “está por nacer”, también llamado *nasciturus*. Tal como en otras disciplinas jurídicas se habla del “mejor interés del menor”, o del principio *pro operario*, o también *pro reo*, en el derecho constitucional el Artículo 19 N° 1 de la CPR es el fundamento de otro fuerte principio protector, ciertamente del más alto estatus constitucional, sobre la vida del que está por nacer. Al respecto, la competencia que la Constitución ha entregado de manera exclusiva y directa al legislador no puede ser reemplazada por la discrecionalidad de otro órgano del Estado; particularmente, por el Estado-Administración. Esta competencia al legislador cede a favor del individuo, de la persona titular de derechos públicos subjetivos, puesto que “la reserva legal es en sí misma una garantía conferida por la Carta que obliga al Estado, a favor del individuo. El constituyente ha sido muy celoso en delimitar esta esfera, a tal punto que en virtud del Artículo 61 inciso 2° de la CPR estas materias no son siquiera delegables en el Presidente de la República a efectos de la dictación de decretos con fuerza de ley. En esta situación se encuentran, pues, las garantías constitucionales, de las cuales

la primera y más cuidadosamente confiada al legislador es la esfera de protección del que está por nacer”. En qué consiste la reserva legal en el caso del Artículo 19: básicamente, en especificar la forma en que se cumplirá el deber de proteger la vida del que está por nacer. Esto abarca las protecciones especiales que se proveerán al *nasciturus*, las definiciones biológicas especiales sobre el comienzo de la vida y, en opinión de algunos, la consideración de qué casos especiales y calificados de aborto terapéutico podrían admitirse, despenalizando aquella conducta abortiva.

Se ha sostenido la tesis consistente en que la CENC optó por una solución de transacción al redactar el artículo 19 N° 1 del Código Máximo. A partir de un hecho exacto y correcto, que es la tibieza y falta de resolución de la CENC respecto de la prohibición directa del aborto y la eutanasia en la misma Constitución, se extrae una conclusión hipertrofiada. En efecto, una lectura rigurosa de las actas de todas las sesiones en que se trata el tema, particularmente de la sesión N° 90, y varios años después también de la sesión N° 407, permite concluir muy objetivamente que: a) la CENC no adoptó acuerdos en la materia, ni siquiera por mayorías relativas, sino que dejó simples constancias de las opiniones divergentes que tuvieron sobre estos aspectos. b) Varios comisionados fueron partidarios, con ciertos matices, de no prohibir el aborto ni la eutanasia directamente en el texto constitucional, a fin de dar al legislador la posibilidad de, ante antecedentes extraordinarios, autorizar el aborto terapéutico, pero solo el aborto terapéutico o circunstancias tan extraordinarias como ésa. c) Por esa razón, no hubo mayoría para prohibir el aborto en la Constitución; no obstante dos comisionados lo solicitaron directamente (Guzmán y Silva Bascañán). d) Todos los comisionados estuvieron de acuerdo en que sería solo el legislador el encargado de apreciar estos antecedentes, mediante leyes que podrían despenalizar ciertas formas muy calificadas de aborto, como el terapéutico; e) Ningún comisionado objetó ni contradujo las varias intervenciones que pusieron en la concepción el comienzo de la vida humana”.

En el mismo sentido se han manifestado connotados profesores<sup>5</sup> de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo a través de un Informe en Derecho: “El derecho a la vida y su titularidad. Algunas consideraciones a propósito de la comercialización de la droga levonorgestrel 0,75”, donde señalan: “...los principios básicos del constitucionalismo y de la hermenéutica de los Derechos Humanos, los avances de la genética, el tenor literal del precepto del art. 19 N° 1, los principios inspiradores de nuestra legislación nacional plasmados en el Código Civil (art. 55, 74, 75 y 76), y lo dispuesto en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, llevan a concluir que el *nasciturus* desde su concepción no solo es un ser humano, sino que además, en tal carácter, es titular del derecho a la vida desde ese mismo momento, y que el Estado tiene el deber de protegerlo”.

En este mismo orden de ideas se debe citar el DS. N° 830 (DO: 16 de enero de 1990, RREE), relativo a la Convención de los Derechos del Niño. El artículo 1° establece que “niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad”, categoría donde indubitablemente debe ser incluido el *nasciturus*.

Finalmente, la Contraloría General de la República ha dictaminado en más de una ocasión sobre la titularidad jurídica que nuestro derecho reconoce al concebido y no nacido:

El Dictamen N° 25.403, de 21 de agosto de 1995 declaró que “la violencia ejercida contra una mujer embarazada en los términos de la Ley N° 19.123 que tuvo como consecuencia la interrupción de la vida intrauterina, ello constituye a la criatura en víctima de violación de los derechos humanos y su madre en beneficiaria de las franquicias de esa ley”.

–Dictamen N° 14.525, del 15 de junio de 1992. En dicha ocasión, frente a una petición del SENAME, apoyándose en el contexto del ordenamiento jurídico, la Contraloría declaró que el aludido Servicio estaba facultado para concurrir a la celebración de convenios con el propósito de apoyar o financiar acciones de protección de los que están por nacer.

b.1.2) *Tal protección constitucional excluye cualquier acto o producto que de suyo, aun como amenaza, pueda causar la muerte del embrión:* al respecto resulta concluyente el pronunciamiento de la E. Corte Suprema de 30 de agosto del 2001 dando protección jurídica al derecho a la vida del embrión. La información que sigue confirma lo dicho en el punto b.1.1) anterior. Se reproducen a continuación los considerandos relevantes:

*“5°.- Que, por otra parte, deben considerarse las disposiciones del artículo 75 del Código Civil que obliga al juez a tomar por propia iniciativa o a petición de cualquiera persona, “todas las providencias que parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea de algún modo peligrar” y las del Pacto de San José de Costa Rica, promulgado por Decreto N° 873 de 1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 05 de enero de 1991, que en su artículo 4,1 declara: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará*

*protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”; “9°.- Que para los recurrentes, la ilicitud constitucional de la autorización para la fabricación, venta y distribución de la droga Levonorgestrel, radica en que en uno de sus variados afectos, amenaza la vida del que está por nacer, y además, amenaza la integridad física y psíquica de las mujeres a quienes se les administraría, pues podría provocarles un aborto”;*

*“14°.- Que en consecuencia, lo que debe resolverse es desde cuándo podemos o debemos reconocer legítima y legalmente la existencia del ser humano, o más bien desde cuándo corresponde otorgar protección constitucional a la existencia de la vida”;*

*“15°.- Que el derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida, no hay derecho. El ser humano tiene derecho a la vida y debe estar protegido contra la agresión que atente contra ella y de exigir, además, de conductas positivas para conservarla”;*

*“16°.- Que la garantía del derecho a la vida y la protección del que está por nacer dispuesta por el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de 1980, se encuentra reforzada por otras disposiciones constitucionales entre las cuales se encuentra el N° 26 del mismo artículo 19 al disponer la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que los limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio; y, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, que expresa que es deber de los órganos del Estado, respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la misma y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”;*

*“17°.- Que desde la perspectiva señalada se hace evidente que el que está por nacer – cualquiera que sea la etapa de su desarrollo prenatal– pues la norma constitucional no distingue, tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación”; “18°.- Que el artículo 55 del Código Civil dice que son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Si entendemos que la fertilización es, como es, un proceso continuo que no resulta separable en etapas o momentos, debemos concluir que el óvulo fecundado o embrión, es ya un individuo de la especie humana y como tal, digno de protección constitucional y legal para alcanzar su pleno desarrollo hasta que el nacimiento se produzca, conforme a lo que dispone el artículo 74 del mismo cuerpo legal”; “19°.- Que además y confirmando lo anteriormente concluido, los artículos 75 y 76 del Código ya citado no dejan duda al respecto al disponer que la protección del que está por nacer comienza en la concepción. El primero de los citados artículos como ya se ha dicho precedentemente, señala que el Juez adoptará las providencias necesarias para proteger la vida del no nacido, y el segundo de ellos, señala que esta protección debe darse desde la concepción, estableciendo una presunción de derecho para determinar el día u oportunidad en que se produjo, sin hacer ningún otro cálculo ni*

*descontar tiempo alguno, referido a la anidación del producto de la concepción ni a ningún otro fenómeno que pudiere producirse con posterioridad a la fertilización del ovocito por el espermatozoide”.*

De todo lo expuesto resulta más que razonable sostener la primera condición suficiente en orden a concluir que debe prohibirse el levonorgestrel 0,75 mg: resulta evidente que en Chile sí existe protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción que, dentro de ella, excluye cualquier acto o producto que de suyo, aun como amenaza, pueda causarle la muerte. Cualquier negación de esta verdad jurídica corresponde a opiniones propias de política legislativa, ciencia política o filosofía del derecho, simples y legítimas propuestas en orden a cambiar el statu quo del ordenamiento jurídico constitucional vigente. Pero frente a estas invitaciones, a veces sugerentes y persuasivas, la realidad jurídica no se muda ni ha mudado en absoluto; luego no es lógico concluir a partir de espejismos o ilusiones jurídicas.

b.2) *El Levonorgestrel 0,75 mg causa o es verosímil que pueda causar la muerte del embrión:* del mérito de la evidencia disponible, aun subsistiendo la duda científica al respecto, es razonable sostener el aserto por la calidad y cantidad de los antecedentes que lo respaldan en forma más que probable:

Así lo ha reconocido –y subrayamos reconocido, puesto que no es competencia de ningún tribunal establecer ni menos crear la verdad científica– la E. Corte Suprema en su fallo de 30 de agosto del 2001: “20°.- Que cualquiera que hayan sido los fundamentos y consideraciones que tuvieran en vista las autoridades recurridas para autorizar la fabricación y comercialización del medicamento denominado “Postinal” con contenido de 0,75 mg de la hormona de síntesis levonorgestrel, uno de cuyos posibles efectos es el de impedir la implantación en el útero materno del huevo ya fecundado, esto es, del embrión, han incurrido en una ilegalidad puesto que tal efecto es a la luz de las disposiciones constitucionales, legales y convencionales analizadas precedentemente, sinónimo de aborto penalizado como delito en el Código penal y prohibido aún como terapéutico, en el Código Sanitario.

–

Así lo ha reconocido el mismo ISp: con fecha 14 de octubre de 2003 el Instituto de Salud Pública aportó los siguientes antecedentes documentales al proceso en que era parte demandada (CENTRO JUVENIL AGES con INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA):

a) El Acta de la sesión N° 9 de la Comisión de Evaluación de Productos Nuevos, celebrada el 19 de marzo de 1991 (departamento perteneciente al Instituto de Salud

Pública). En este documento consta que en aquella oportunidad se decidió que los 750 mg (0,75) de levonorgestrel sobrepasa considerablemente la dosis aceptada para el uso como anticonceptivo y en consecuencia tendría efectos abortivos.

b) El oficio Ordinario N° 3156, del 9 de mayo de 1991, que ratificó el acuerdo establecido en la sesión N° 9 de la Comisión de Evaluación de Productos Nuevos, antes referido, rechazando la solicitud de inscripción de la llamada “píldora del día después”.

c) El Acta N° 9 de la Comisión de Evaluación de Productos Nuevos, de 15 de diciembre de 2000. En esta acta consta que cuatro especialistas, designados por el ISp, le indicaron a esta repartición, fundadamente, el carácter de microabortivo que tiene la píldora.

d) Lo resuelto por el Instituto de Salud Pública en la Novena Sesión de la Comisión para Evaluación de Productos Farmacéuticos Nuevos realizada el día 15 de diciembre del año 2000 en la que se señala que el fármaco Postinal, cuyo principio activo es “idéntico” al Postinor 2, en esa oportunidad dentro de las razones para denegar su aprobación se señaló: “Uno de los posibles mecanismos de acción sería impedir la anidación del óvulo fecundado en el útero”. Si se considera la vida desde el momento de la fecundación y no de la implantación del óvulo sería microabortivo. la legislación vigente en Chile no permite la interrupción del embarazo”.

–Así lo reconocen otros antecedentes del mismo proceso:

a) El documento acompañado por los terceros coadyuvantes, a fojas 248, en el que consta una copia del Boletín Médico de IPPF, se señaló en cuanto a los efectos en el endometrio: el único mecanismo postfertilización que ha sido investigado y solo indirectamente, es una alteración endometrial que podría interferir con la implantación”.

b) Asimismo, al acompañarse al proceso por los demandados copia de los documentos en el que consta la resolución que ordena la inscripción el Registro Nacional de Productos Farmacéuticos, del referido fármaco, se señaló en la página número 27 de dicho registro que “El levonorgestrel es un progestágeno, que inhibe la implantación del óvulo en el endometrio, activa la movilidad de las trompas uterinas y aumenta la viscosidad de la mucosa del cuello uterino”; expresiones que se reproducen en la página número 35 de esos documentos y que se tituló como Monografía Clínica Farmacológica; añadiéndose en el ítem Propiedades Farmacológicas del Postinor-2, que “puede producir cambios en el endometrio que dificultan la anidación”, lo que quedó transcrito en el Folleto para información médica.

–Así lo reconocen los propios fabricantes del producto en todos los países en que se comercializa; es un hecho público y notorio: En Italia,

la autoridad sanitaria prescribe que “l’pillola di il giorno dopo” puede causar un aborto; en Argentina fue prohibida su venta, justamente por atentar contra los derechos del



embrión, según se encuentra acreditado en el cuaderno principal; en España, el Laboratorio CHIESI ESPAÑA S.A. publicita: “¿Cómo funciona el método de anticoncepción de emergencia (píldora del día después)? Se trata de un método que permite bloquear o retrasar la ovulación, o *impedir la anidación en la pared del endometrio*. En cualquier caso, el método de anticoncepción de emergencia es eficaz únicamente antes de la implantación del óvulo fecundado en el endometrio”. Los fabricantes del producto “postday”, actualmente distribuido en Chile, en su folleto de información al consumidor, señalan que entre sus efectos está el que “puede inhibir la implantación (alterando el endometrio)”.

—por su parte, lo reconoce la FDA: el departamento de Salud y Servicios Humanos del Gobierno de los Estados Unidos, “U.S. Food and Drug Administration”, reconoce que la píldora “plan B” (esa es la denominación que allí se da a la píldora del día después) es un tipo de anticonceptivo de emergencia que puede impedir la anidación del embrión. Según esta relevante repartición científica: “Plan B funciona como otras pastillas de control de natalidad para impedir un embarazo. plan B actúa primariamente deteniendo la liberación de un huevo desde el ovario (ovulación). puede impedir la unión del espermio y el huevo (fertilización). Si la fertilización ocurre, plan B puede impedir que el huevo fertilizado se anide en útero (implantación). Si un huevo fecundado se implanta antes de tomar Plan B, Plan B no funcionará”.

Desde luego que hay mayores antecedentes que repaldan la misma postura. Resulta más que elocuente encontrar declaraciones reconociendo el potencial efecto mortal sobre la vida del embrión proveniente del mismo ISP y los fabricantes del fármaco discutido. Pero, según se ha dicho, la ponderación de opiniones controvertidas no depende de la cantidad de evidencia en un sentido o en otro, sino primeramente del mérito o calidad de tales antecedentes, el cual no es causado necesariamente por el prestigio de su fuente.

Aun con estas prevenciones necesarias para el razonamiento honesto y riguroso, permanecen hechos indiscutibles en el proceso: la falta de certeza en la especie es un antecedente que, primero, no excusa a ningún tribunal de resolver el asunto controvertido sometido a su conocimiento; segundo, que no es correcto ni razonable equiparar la duda con la opinión probable; tercero, que la imposibilidad de negar categóricamente la potencialidad del levonorgestrel 0,75 mg de causar la muerte del embrión humano no es suficiente para refutar la posibilidad contraria; más bien es causa de que la afirmación que sostiene dicha potencialidad adquiera mayor fuerza y valor probatorio; cuarto, que aun si se discrepara del punto anterior, ello es irrelevante puesto que basta que el ordenamiento jurídico constitucional vigente proteja la vida del embrión excluyendo actos o productos que de suyo, aun como amenaza, puedan causarle la muerte.

En este caso, y a diferencia del que pretende concluir que el fármaco en cuestión debe permitirse, ha sido posible comprobar ambas condiciones necesarias. Así, y según la lógica del argumento *modus ponnens*, afirmando cada juicio condicional se debe afirmar

la conclusión en forma necesaria. Luego es lógico concluir, con el mérito de lo expuesto, que debe prohibirse el Levonorgestrel 0,75 puesto que:

- a) ES VERDADERO QUE debe respetarse el ordenamiento jurídico constitucional vigente, permitiendo aquello conforme a él, prohibiendo aquello contrario a él y,
- b) ES VERDADERO QUE existe protección constitucional de la vida del embrión desde su concepción que, dentro de ella, excluya cualquier acto o producto que de suyo, aun como amenaza, pueda causarle la muerte y,
- c) ES VEROSÍMIL O ALTAMENTE PROBABLE QUE el Levonorgestrel 0,75 mg CAUSA la muerte del embrión como uno de sus efectos directos y previsibles.

#### vi. Dificultades adicionales por sus consecuencias jurídicas

Hasta aquí el análisis de este informe se ha centrado en las consecuencias lógicas del argumento que busca permitir el fármaco en cuestión, a partir del supuesto de la duda razonable. Conviene analizar brevemente las consecuencias de este argumento a la luz de la especificidad del razonamiento jurídico, considerando los principios generales del Derecho.

#### *Los principios generales del Derecho*

Los principios generales del derecho son aquellas premisas mayores de los razonamientos jurídicos que al ser conocidos o aceptados por los intérpretes de las normas, permiten unificar los razonamientos específicos de las diversas áreas del derecho para que este sea una ciencia o un área del conocimiento.

Para que exista una ciencia o área del conocimiento deben compartirse principios de razonamiento comunes. Negar lo anterior al derecho significaría desconocer el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica.

Desde el punto de vista gnoseológico: “El derecho no se fundamenta en algo abstracto, ideal o trascendental, sino que tiene su origen en la propia comunidad. Lo que constituye el fundamento del Derecho son las convicciones o las ideas jurídico-éticas de una comunidad...”<sup>6</sup>.

Cualquiera sea la alternativa que se adopte desde el punto de vista teórico, respecto de la naturaleza de los principios generales del derecho, lo cierto es que son utilizados frecuentemente para guiar la interpretación de las normas y para encontrar la solución adecuada, justa o correcta para el caso concreto en un ordenamiento jurídico determinado.

#### *Enunciado de algunos principios generales del Derecho*

Sin entrar en las profundas discusiones acerca de las distinciones entre las áreas del derecho público y privado, es comúnmente compartida la formulación de los principios generales que rigen ambas ramas del derecho:

En el derecho privado, que regula las relaciones entre los particulares, se admite, como principio general la primacía de la autonomía de la voluntad, según el cual, las partes son libres para acordar todo aquello que no esté expresamente limitado por el ordenamiento jurídico. Y aún estas limitaciones deben interpretarse de manera restrictiva, de acuerdo con las necesidades del bien común de la sociedad civil. El conjunto de estas limitaciones suele recogerse en el concepto más amplio de “orden público”, que tomado en este sentido incluiría todo tipo de limitaciones v. gr. las conductas prohibidas por la Ley penal. El principio podría ser formulado de la siguiente manera: “Las partes pueden estipular en una convención, en el ejercicio de su voluntad libre, todo aquello que no sea contrario al orden público”.

Tiene importancia para este informe señalar dos posibles restricciones a la autonomía de la voluntad de las partes y que pueden incluirse en el denominado “orden público”:

1º La protección de la parte más débil

2º La limitación de aquellos actos que produzcan algún riesgo para un tercero inocente

En el derecho público, en cambio y siguiendo la misma lógica del principio enunciado anteriormente, los actos de la autoridad, especialmente cuando de algún modo signifiquen una limitación de la autonomía de la voluntad para los ciudadanos, deben realizarse ateniéndose estrictamente a los términos en que el ordenamiento jurídico les autoriza. El principio podría ser formulado de la siguiente manera: “La autoridad pública solo puede y debe realizar aquellos actos que le están expresamente permitidos por el ordenamiento jurídico”.

Lo anterior se encuentra recogido y explicado ampliamente cuando la doctrina desarrolla el principio de legalidad, que se encuentra expresamente recogido en los artículos 6 y 7 de nuestra Constitución Política.

#### *Los principios generales del Derecho en el caso de la duda*

Teniendo en cuenta el principio general señalado para el ámbito del derecho privado, la interpretación de las normas será orientada por la más amplia posibilidad de que los acuerdos de las partes produzcan los efectos queridos por ellas. Y así, las cláusulas dudosas deberán interpretarse de modo que produzcan algún efecto. El art. 1562 del Código Civil señala expresamente: “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.

Pero, rectificando este criterio interpretativo, debe considerarse el principio general de la protección del más débil, según lo señalado anteriormente. Así encontramos los siguientes principios a modo de ejemplo:

–

Nadie puede obligarse, si no tiene la capacidad suficiente para hacerlo.

–

Las cláusulas dudosas de un contrato siempre deben interpretarse a favor del deudor (art. 1566 inc. 1 del Código Civil).

–

En los juicios de divorcio, el juez debe velar por los intereses del cónyuge más débil.

En estos casos, la duda siempre debe resolverse con criterio de protección respecto del que se encuentra en una situación desmejorada o que no tiene posibilidad de defensa.

Lo anterior justifica la existencia de áreas completas del derecho que suponen como premisa fundamental la protección del más débil, y por tanto toda la legislación referente a la materia debe interpretarse determinando el ámbito legítimo de la autonomía de la voluntad, siempre que se cumpla con el principio de protección. En el caso del Derecho del Trabajo podemos señalar: “mientras en el derecho común, una preocupación constante parece asegurar la paridad jurídica entre los contratantes, en el derecho laboral, la preocupación central, parece ser la de proteger a una de las partes para lograr, mediante esa protección que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes”<sup>7</sup>.

En los casos de Derecho de Familia, se puede mencionar el principio de protección del cónyuge más débil, lo que se encuentra recogido en los diversos regímenes que regulan la sociedad conyugal y la terminación del matrimonio en el caso de divorcio.

Respecto del Derecho de Menores, o la normativa referente a los niños y adolescentes, todas las decisiones deben estar inspiradas en el principio del “interés superior del Niño”, el que se encuentra recogido expresamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala en su artículo 3.1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

En todos los ejemplos anteriores, siempre la interpretación del ordenamiento jurídico, en caso de conflictos por las partes interesadas, deben ser resueltos cumpliendo con el

principio de favorecer la autonomía de la voluntad, pero dejando a salvo la protección del más débil.

A la luz de estos principios, la duda siempre debe significar una interpretación protectora. Aceptar lo contrario, significaría hacer ineficaz en la mayoría de los casos la protección señalada en los cuerpos normativos, generando por tanto el tratamiento injusto de aquellos en cuyo beneficio y resguardo se han establecido estas normas.

### *La limitación de aquellos actos que produzcan algún riesgo para un tercero inocente*

También se encuentra limitada la autonomía de la voluntad respecto de aquellos actos que pudieran causar un riesgo respecto de un tercero inocente. Esto no es más que la concreción de un principio aún más general y fundamental para el razonamiento jurídico: “nadie puede causar un daño injusto a otro”.

Si entendemos por riesgo la “contingencia o proximidad del daño”, es razonable considerar injusto el sometimiento a una situación de riesgo cuando no hay una justificación adecuada, sobre todo si el bien que se encuentra amenazado es de gran entidad.

En el derecho privado, se explican diversas instituciones en consideración a la situación de riesgo creada, dando paso al concepto de responsabilidad objetiva, desde la cual no es relevante determinar las disposiciones subjetivas de los participantes, señalados tradicionalmente bajo los conceptos de culpa o dolo, sino simplemente la creación de una situación objetiva de riesgo.

En el derecho penal encontramos también instituciones que restringen la realización de actos que produzcan riesgos, siempre que éstos sean evitables, v. gr. los tipos penales que la doctrina más autorizada denomina de “peligro abstracto”. El caso más común es el delito de manejo en estado de ebriedad, en el cual no se exige un resultado de lesiones o daño para imponer la sanción penal, sino que simplemente se castiga el “hecho” de manejar o conducir en estado de ebriedad.

Incluso en el caso de los delitos denominados de resultado, quien acepta la posibilidad del resultado de una acción típica, tal vez sin querer efectivamente que se produzca, caería bajo la figura del dolo eventual: “Obra con dolo eventual, quien habiéndose representado la producción del hecho típico como una consecuencia posible de su acción, acepta en su voluntad esa alternativa para el caso de que se realice”<sup>8</sup>.

## vII. Conclusiones

Teniendo en cuenta lo ya expuesto, una consideración final sobre lo justo y razonable: ha quedado establecido que es un buen argumento aquel cuya conclusión se sigue de sus premisas o principios, siendo estos, a su vez, de mérito razonable: o verdaderos o altamente probables. Pues bien, podrá pensarse que dicho estándar aplica solo en el ámbito de la razón teórica o especulativa, y para nada en el terreno de la razón práctica.

Esta falacia es común: sostener que la verdad de un enunciado depende la de factibilidad de su aplicación contingente, sin reparar en que las dificultades de su concreción o aplicación material pueden obedecer a múltiples causas distintas que en nada contradicen el rigor del postulado inicial.

Esta tentación intelectual puede encontrarse a menudo en el razonamiento jurídico, toda vez que se subordina el rigor lógico y propiamente jurídico a consideraciones extrínsecas o ajenas, sean de la naturaleza que sean. Con todo, no es razonable desconocer que las decisiones judiciales tienen de hecho efectos concretos sobre la vida social, y que tales efectos no pueden ser del todo indiferentes al sentenciador.

Conviene entonces desarrollar algunas consecuencias jurídicas previsibles de la decisión que, en este informe, se ha demostrado como menos razonable que vendrán a confirmar, aún más, lo inadecuado de tal rumbo de decisión. Es decir, qué implica lógicamente permitir el Levonorgestrel 0,75 mg sin que se haya demostrado ninguna de las condiciones necesarias para sostener razonablemente dicha conclusión:

En primer lugar es necesario constatar lo siguiente: si se permite el fármaco en discusión en base al mal argumento relativo a la duda científica presente se está, quiéralo o no, infringiendo principios de derecho que, a estos efectos, influyen en forma vinculante en nuestro ordenamiento jurídico vigente. En efecto, la “duda científica” debe necesariamente ser resuelta en favor del embrión humano aplicando la normativa vigente:

–

Que considera la salud pública como un bien esencial y manda proteger y advertir a la población de la salud, y en especial de los efectos de los productos farmacéuticos, según se desprende del art. 37 N° 3 del DL 2763.

–

Que manda, en el ámbito del proceso penal, que la duda se debe interpretar a favor del reo, ello como una manifestación de sistema de certeza legal condenatoria y moral absolutoria, que en caso de falta de certeza evita la privación de los derechos. Así, en el conflicto que aquí nos ocupa, el sujeto de derecho debe ser liberado de tener que soportar las consecuencias jurídicas que en este caso se traducirían –según la información disponible en su muerte por impedir la implantación.

–

Que manda, conforme lo impone el art. 22 del Código Civil, interpretar los pasajes oscuros de una ley por medio de otras leyes. En tal sentido, el art. 428 del Código de Procedimiento Civil establece que “entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme a la verdad”. En la especie resulta evidente cual de las pretensiones está más conforme a la verdad, tanto científica como jurídica y lógica.

-

Que manda no olvidar, en la interpretación de la duda probatoria, que

en materia de Derechos humanos rige el denominado “principio pro-homine”, una de cuyas consecuencias es el “principio de inviolabilidad de la vida humana”. De hecho, el principio “pro-homine” ha sido destacado de manera reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (por ejemplo Opinión Consultiva 5/1985), la que además ha sostenido clara y firmemente la necesidad de que los preceptos sobre derechos humanos plasmados en los tratados internacionales sobre la materia, sean entendidos e interpretados en función de la protección de los derechos esenciales que emanan de la dignidad humana (por ejemplo Opinión Consultiva 2/82).

En segundo lugar: si se permite el fármaco en discusión nuevamente en base al mal argumento relativo a la duda científica presente, se está, quiéralo o no, confirmando un riesgo para la vida del nasciturus, lo cual es contrario a toda la normativa vigente y aplicable ya mencionada en este informe. En efecto, mientras haya duda existe posibilidad de daño; pues bien, esta contingencia, según define la Real Academia Española de la Lengua, constituye riesgo.

¿Es lícito a un tribunal crear deliberadamente riesgo para el que está por nacer? La Constitución manda a la ley proteger la vida del que está por nacer, y la ley manda al tribunal tomar todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que de algún modo peligra. Repetimos lo ya dicho: la ley manda proteger su existencia, sin distinguir plazos ni etapas de ningún tipo en el proceso de su desarrollo biológico; *manda hacerlo siempre que peligre*, luego sin limitación en tiempo ni en forma; *sea cual sea el modo* en que peligre su existencia, sin distinguir entre privación, perturbación o mera amenaza.

Con esta evidente responsabilidad y grave deber, ¿es razonable crear un riesgo para la vida del embrión? Podrá contestarse que no –contestar que sí, en atención al actual statu quo jurídico constitucional implica una invitación a discutir la materia, no un antecedente jurídico vigente en nuestro ordenamiento, salvo vía de interpretación extrema y antojadiza del mismo–, ya que el riesgo no es creado, sino tolerado; y porque no se trata de un riesgo directo, sino indirecto.

No cabe alegar mera tolerancia: pues no cabe interpretar como omisión el mandato imperativo del legislador, ni equivale a omisión la conducta positiva en que consiste fallar el asunto controvertido en la dirección contraria a la razón y la justicia.

Y no se trata de riesgo indirecto: puesto que la contingencia de muerte debida a la alteración del endometrio que impediría la anidación no se sigue de factores extrínsecos a la acción del Levonorgestrel 0,75 mg, ni menos afecta al resultado la competencia o experticia que el agente tenga en la materia, puesto que el efecto del fármaco ingerido es por completo independiente de la voluntad de quien lo ha consumido –no obstante haya en el sujeto una aceptación tácita del riesgo directo y previsible para una posible persona humana esencialmente idéntica a sí, respecto a la cual, debe decirse, el agente tiene una posición de garante que contradice por completo al convertirse en potencial victimario–.

Frente a un riesgo directo, esto es, aquel efecto necesario e inmediato que se sigue de la actividad realizada, no cabe alegar ignorancia: es siempre previsible. Así, mientras subsisten peligros que pueden ser eliminados, no es razonable ni justo exponer la vida o la salud a ellos, menos la de un tercero inocente e indefenso que el ordenamiento jurídico ha querido proteger de modo especialísimo. El deber jurídico que se impone, sobre todo al juez, y máxime tratándose de la vida del que está por nacer, es quitar la causa, eliminar la actividad. la decisión justa y razonable es una: prohibir el levonorgestrel 0,75 mg por ser contrario al ordenamiento constitucional vigente en nuestro país.

## Citas

<sup>1</sup> De un análisis atento y objetivo de la evidencia presentada resulta inverosímil sostener tal equivalencia: al menos al tiempo presente, tiene mayor mérito lógico y científico la evidencia que afirma el potencial efecto mortal sobre el embrión humano del fármaco en discusión que aquella que lo niega.

<sup>2</sup> Bascuñán Rodríguez, Antonio. La píldora del día después ante la jurisprudencia, Centro de Estudios Públicos, 2004.

<sup>3</sup> Óp. cit.

<sup>4</sup> Fernandois Vöhringer A. La Píldora del Día Después: aspectos normativos, CEP, 2004.

<sup>5</sup> La nómina es la siguiente: Don Alejandro Silva Bascuñán, Profesor de Derecho Constitucional, P. Universidad Católica de Chile; don Francisco Cumplido Cereceda, Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Miguel de Cervantes; don Raúl Bertelsen Repetto, Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de los Andes; don Eduardo Soto Kloss, Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás; don Sergio Carrasco Delgado, Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de



Concepción; don Hernán Molina Guaita, Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Concepción; don Alan Bronfman Vargas, Profesor de Derecho Constitucional, P. Universidad Católica de Valparaíso; don José Ignacio Martínez Estay, Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de los Andes; don Miguel Angel Fernández, Profesor de Derecho Constitucional, P. Universidad Católica de Chile, Universidad de los Andes y Universidad de Chile; don Mauricio Viñuela Hojas, Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de los Andes; don Enrique Navarro Beltrán, Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile y Universidad Finnis Terrae; don Arturo Fernando V., Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile; don Patricio Zapata Larraín, Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Andrés Bello; don Julio Lavín Valdés, Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de los Andes; doña Angela Vivanco Martínez, profesora de Derecho Constitucional, P. Universidad Católica de Chile, y don Ramiro Mendoza Zúñiga, Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de los Andes.

<sup>6</sup> Beladiez M. Los principios jurídicos, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 30.

<sup>7</sup> Plá Rodríguez A. Los principios del Derecho del Trabajo, Depalma, Buenos Aires, 1990, pág. 3.

<sup>8</sup> Cury, Enrique, Derecho Penal, Ediciones Universidad Católica, 2005, pág. 317.