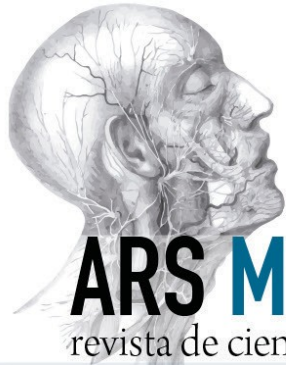


## ARCHIVO HISTÓRICO

DOI: <http://dx.doi.org/10.11565/arsmed.v38i1.96>



**ARS MEDICA**  
revista de ciencias médicas

Volúmen 37, número 1, año 2008

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>

# Algunas consideraciones respecto del fallo del Tribunal Constitucional chileno relativo a la distribución de la “píldora del día después”

Juan Pablo Beca Frei  
Abogado Profesor de Derecho Constitucional  
Escuela de Derecho Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas  
Universidad Católica de Temuco

## Resumen

En este artículo damos los fundamentos jurídicos de por qué resulta plenamente legítimo que el Tribunal Constitucional chileno se pronuncie sobre algunos aspectos de las Normas Chilenas sobre Fertilidad, en lo que concierne a la entrega de anticonceptivos de emergencia. En este fallo, el Tribunal Constitucional determinó que las normas contenidas en el Decreto Supremo N° 48, de 26 de enero de 2007, del Ministerio de Salud son –desde el punto de vista jurídico– incompatibles con nuestras normas constitucionales. El segundo aspecto que analizamos desde el punto de vista jurídico es a quién corresponde el peso de la prueba. A nuestro parecer, lo que se prueba en cualquier juicio son hechos positivos, no hechos negativos, y quien debe probar es quien alega la ocurrencia de estos hechos. En consecuencia, consideramos que el Tribunal Constitucional debió haber exigido que los recurrentes probaran que el levonorgestrel impide el implante o anidación de un óvulo fecundado y no exigir al recurrido probar un hecho negativo, cual es que el mencionado producto no impide esta anidación. Reflexionamos además sobre ciertas imprecisiones del fallo, como aquellas relacionadas con el comienzo de la vida humana y la constitucionalidad de la consejería a menores.

**palabras clave:** píldora del día después; Tribunal Constitucional; carga probatoria.

## SOME CONSIDERATIONS ABOUT THE CHILEAN CONSTITUTIONAL COURT DECISION REGARDING THE MORNING AFTER PILL DISTRIBUTION

In this paper, we explain why the Chilean Constitutional Court can decide about some constitutional issues regarding the Chilean Norms on Fertility, especially the distribution of emergency contraceptive pills. In this case, the Constitutional Court decided that the norms of the Supreme Decree N° 48, dated January 26, 2007, from the Ministry of Health are from the juridical point of view- incompatible with constitutional norms. The second issue addressed is who has the proof

charge. We think that what should be proved are positive facts, not negative facts, and who was to prove them is who claim those facts. Therefore, we think that the Constitutional Court should have asked the petitioner to prove that levonorgestrel impedes the implantation of a fertilized ovule and not asked the respondent to prove a negative fact, that is, that this product does not impede the implantation. We reflect also on some imprecision of the decision, such as those regarding the starting point of human life and the constitutionalism of the advice given to minors.

**Key words:** morning after pill; Constitutional Court; bourden of proof.

## 1. legitimidad del tribunal Constitucional para decidir

Antes de analizar el contenido del polémico fallo, y teniendo en consideración los cuestionamientos públicos sobre el rol del Tribunal Constitucional, cabe hacer algún alcance sobre por qué este Tribunal está facultado para tomar la decisión que tomó.

Las constituciones contienen principios y valores que deben ser interpretados y adecuados a las nuevas realidades que van surgiendo con la evolución social y científica, las que evidentemente no se tuvieron en cuenta a la hora de escribir los textos constitucionales. Dworkin<sup>1</sup>, en este sentido, distingue entre normas y principios constitucionales, siendo las primeras claras prescripciones de conducta, mientras que los segundos requieren de un esfuerzo para dotarlos de contenido preciso; en un sentido similar, Alexy<sup>2</sup> distingue entre normas *iusfundamentales* directamente estatuidas y normas adscriptas, siendo las primeras las que encontramos en el texto constitucional propiamente tal, y las segundas las que se elaboran a partir de ellas por la doctrina y la jurisprudencia, entre las que caben a todas luces las sentencias de los Tribunales o Cortes Constitucionales.

La Constitución chilena evidentemente no regula el uso de mecanismos anticonceptivos, pero tampoco regula con claridad algunos temas que se vinculan fuertemente con esta materia, como es el inicio de la vida. La expresión “la ley protege la vida del que está por nacer”<sup>3</sup>, contenida en el inciso segundo del numeral primero del artículo 19, requiere de un esfuerzo de interpretación para dotarlo de contenido, y definir, por ejemplo, si una ley que permite el aborto en determinadas circunstancias resulta o no resulta inconstitucional.

Como estos temas no pueden quedar eternamente abiertos, las sociedades requieren de algún mecanismo para cerrarlos y adoptar una

decisión vinculante para todos sus miembros. Ese órgano, en nuestro país –y en general en las democracias occidentales, organizadas bajo el modelo de Estado constitucional de derecho– es el Tribunal Constitucional<sup>4</sup>. Por ello resulta plenamente legítimo que el Tribunal Constitucional chileno se pronuncie, frente a un requerimiento formulado, siguiendo la normativa constitucional, por un grupo de diputados, sobre la constitucionalidad de normas emanadas del Ejecutivo, como la que regula, entre otros aspectos, la distribución de anticonceptivos de emergencia (AE) en los establecimientos pertenecientes al Sistema Nacional de Servicios de Salud.

En este contexto, cabe destacar que la naturaleza de la decisión del Tribunal Constitucional debe ser estrictamente jurídica, realizando un análisis de constitucionalidad en abstracto de las normas cuestionadas (a diferencia de lo que ocurre cuando conoce de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en que debe realizar un control concreto), mediante el cual debe verificar si la norma cuestionada cabe o no dentro del marco fijado por el constituyente para la acción del órgano normativo. Por ello, en este caso la tarea del Tribunal Constitucional consistió en determinar si las normas contenidas en el Decreto Supremo N° 48, de 26 de enero de 2007, del Ministerio de Salud son compatibles o incompatibles con las normas constitucionales. En este análisis no caben consideraciones políticas, religiosas o morales, las que son perfectamente legítimas a la hora de elaborar las normas, ocasión en la que se realiza un balance de razones que no debe ser reabierto por el Tribunal Constitucional. No le corresponde por ello al Tribunal Constitucional la elaboración de políticas públicas, en materia de regulación de la natalidad o de cualquiera otra, aun cuando se debe reconocer que sus decisiones tienen efecto en las políticas públicas, siendo una suerte de legislador negativo, que puede expulsar del sistema jurídico –como lo ha hecho en este caso– normas que a su juicio contravengan la Constitución, obligando así a los órganos competentes a realizar nuevamente el balance de razones y tomar una nueva decisión, ajustada a la normativa constitucional.

Es en este marco en el que se analizan algunos aspectos del fallo del Tribunal Constitucional, intentando dilucidar si el mencionado Tribunal acertó o erró a declarar la inconstitucionalidad de la norma que establece la distribución de la denominada “píldora del día después” en los establecimientos que forman parte del Sistema Nacional de Servicios de Salud, y al declarar la constitucionalidad de la norma que prescribe la confidencialidad en la consejería que reciben las adolescentes, menores de edad, en estos establecimientos.

## 2. Carga probatoria

Respecto del primero de los problemas enunciados, es decir, la declaración de inconstitucionalidad de la norma que prescribe la distribución de un fármaco que contiene levonorgestrel (LNG), fue necesario que el Tribunal Constitucional determinara los efectos de este compuesto. El problema radica, a juicio del Tribunal Constitucional, en que algunos estudios consideran que cabría la posibilidad de que el LNG evite la anidación de un óvulo previamente fecundado, aun cuando no hay estudios que lo afirmen categóricamente. Es un hecho evidentemente no probado, y descartado por los estudios más recientes, según afirman numerosos autores citados por el propio Tribunal Constitucional<sup>5</sup>.

Ante esto cabe preguntarse qué y quién debe probar en un juicio, cualquiera sea su naturaleza, inclusive uno destinado a determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma. Una respuesta bastante obvia indica que lo que se prueban son hechos positivos, no hechos negativos, y quien debe probar es quien alega la ocurrencia de estos hechos.

Entonces, en este caso, lo que debiera haber exigido el Tribunal Constitucional es que los recurrentes probaran que el LNG impide el implante o anidación de un óvulo fecundado. Lejos de hacerlo, el Tribunal Constitucional parece exigir al recurrido probar un hecho negativo, cual es que el mencionado producto no impide esta anidación.

Lo que resulta cuestionable entonces es que el Tribunal imponga a quien no debe la carga probatoria, y más aún, le exija probar un hecho negativo. A pesar de lo inadecuado de la exigencia, el fallo cita numerosos informes científicos que concluyen que el LNG no impide la anidación del óvulo fecundado, que serían suficientes para demostrar que efectivamente no la impide, puesto que los estudios científicos que tenderían a apoyar la tesis contraria se limitan a señalar que existirían dudas al respecto, mas nadie sostiene que la progestina en cuestión evita la implantación.

## 3. El inicio de la vida humana

El fallo del Tribunal Constitucional discurre, innecesariamente, sobre el principio de la vida humana, con el aparente objeto de determinar si ella comienza con la fecundación, o en un momento posterior, cual sería la anidación.

No era necesario que el Tribunal Constitucional determinara cuándo comienza la vida, pues ello no se debatió en el juicio de constitucionalidad; sin embargo, el Tribunal pretende demostrar que como la vida comienza en el momento de la fecundación o concepción, y el óvulo fecundado podría no llegar a implantarse por acción del LNG, este tendría efectos abortivos y sería por ende inconstitucional. Sin embargo, considerando que este efecto no fue probado, es necesario concluir que este producto no tiene efectos abortivos, pues no afecta al producto de la concepción, ni antes ni después de la anidación.

A pesar de que la Organización Mundial de la Salud sostiene que el embarazo comienza desde la anidación, hay suficiente evidencia, tanto médica como jurídica, y que el fallo desarrolla latamente, entre los considerandos cuadragésimo y sexagésimo, para sostener que la vida comienza desde el momento de la concepción. Sin embargo, y aun después del prolijo y contundente desarrollo que se hace de este tema, finalmente el Tribunal no concluye que la vida, y por ende la calidad de persona sujeta de derechos en nuestro ordenamiento jurídico, comienza desde el momento mismo de la concepción, al contrario, deja sentado que hay disparidad en la comunidad científica al respecto. Aun cuando he sostenido que el tema se desarrolla innecesariamente, ya que el Tribunal Constitucional lo trató, hubiese sido deseable que arribara a una conclusión clara y efectivamente concluyente, cuestión que no hace a pesar de desarrollar todos los elementos que le hubiesen permitido hacerlo.

#### **4. las dudas que llevan al tribunal Constitucional a adoptar su decisión**

El considerando sexagésimo quinto es clave para desentrañar las razones de los jueces constitucionales para adoptar la decisión que adoptaron, pues se admite que “se dan casos, como el de la especie, en que el juez no puede formarse convicción”<sup>6</sup>. Así, la decisión del Tribunal Constitucional se basa en dudas y no en certezas, y las dudas a las que me refiero son cuándo comienza la vida humana y el eventual efecto del LNG sobre el endometrio, que evitaría la anidación de un óvulo fecundado.

Ambas dudas son de naturaleza muy distinta. En el primer caso, no hay dos opiniones sobre el proceso biológico mediante el cual se forma el ser humano; las diferencias están en la interpretación que se puede hacer de este proceso, discusión que tiene más de filosofía que de biología. En el segundo caso, las eventuales dudas serían de naturaleza muy distinta, pues se trataría de determinar los reales

efectos de un fármaco, cuestión que, a diferencia de la primera, es factible de zanjar mediante investigación científica, lo que se ha hecho, encontrándose en el propio fallo del Tribunal Constitucional las conclusiones de dichas investigaciones.

La ciudadanía tiene derecho a esperar de sus jueces constitucionales pronunciamientos más claros respecto de temas cruciales. No parece razonable que cuestiones tan sensibles se decidan en base a dudas, más aun cuando en el caso que analizamos el propio fallo contiene los elementos necesarios para concluir que no se ha demostrado que el LNG impida la anidación, por lo tanto se puede afirmar que no la impide, y que en consecuencia dicho fármaco no produce un atentado contra la vida, admitiendo que esta comienza desde el momento de la concepción.

Como ha ocurrido en otras latitudes, es probable que el Tribunal Constitucional chileno deba pronunciarse sobre la constitucionalidad de leyes que permitan en algunos casos calificados el aborto. Es de esperar que llegado el caso este Tribunal afirme de manera categórica que la vida comienza con la concepción y que cualquier forma de aborto es un atentado contra la vida, aclarando así la vaguedad del inciso segundo del numeral primero del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental.

## **5. Constitucionalidad de la confidencialidad de la consejería a menores de edad**

Un aspecto del fallo que no ha resultado tan polémico como el abordado en los acápites anteriores, es la declaración de constitucionalidad de la norma que establece la confidencialidad de la consejería que las menores de edad reciben en los establecimientos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud, lo que fue cuestionado por su eventual incompatibilidad con el derecho preferente que asiste a los padres para educar a sus hijos, establecido en el inciso tercero del número 10 del artículo 19 de la Constitución.

El fallo del Tribunal Constitucional discurre entre los considerandos decimocuarto y decimosexto sobre el alcance de este derecho-deber establecido por el constituyente, resaltando la importancia del rol de los padres en la educación de los hijos, el que no se limita a la elección del establecimiento educacional, sino que abarca el apoyo necesario en el proceso de educación formal así como la educación informal, advirtiendo expresamente “que la educación sexual es, por cierto, un aspecto de la educación en el que cobran relevancia especial los

valores en los que se fundamenta, y de ella no puede excluirse a los padres de los menores que la reciban, lo que sería inconstitucional”<sup>7</sup>.

A pesar de esta línea argumentativa, el propio fallo, en el mismo considerando, concluye que “las normas sobre consejería en condiciones de confidencialidad no impiden, en efecto, a los padres de las adolescentes escoger el establecimiento educativo de sus hijas ni transmitir a éstas conocimientos y valores sobre la vida sexual, lo que es suficiente para rechazar el requerimiento en esta parte”<sup>8</sup>.

Se advierte una contradicción, pues luego de explicar la amplitud que alcanza el derecho preferente de los padres de educar a sus hijos, el fallo parece limitarlo luego a la elección del establecimiento educacional y la transmisión de conocimientos y valores sobre la vida sexual, dejando de lado la vida sentimental, reduciendo así la vida sexual de los adolescentes a un problema fisiológico.

El fallo del Tribunal Constitucional no explica por qué el hecho de que las menores de edad concurren sin consentimiento ni conocimiento de sus padres a requerir orientación sobre su vida sexual a establecimientos de salud, no les impide a sus progenitores transmitirles sus propios conocimientos y valores. Cabe entonces la legítima interrogante de cómo los padres pueden orientar a sus hijas si no saben que ellas han requerido de orientación al respecto. Es dable esperar que la orientación que reciban en establecimientos de salud sea de carácter biológico más que moral, y si llegasen a recibir una orientación más integral, los padres no tendrían derecho de conocer –y menos de optar– por la orientación valórica de quien provea esa asesoría.

## Citas

<sup>1</sup> Dworkin R. Los derechos en serio. Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 2002. pág. 72.

<sup>2</sup> Alexy R. Teoría de los derechos fundamentales, CEPC, Madrid, 2001. pág. 62.

<sup>3</sup> Constitución Política de la República. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pág. 14.

<sup>4</sup> Comanducci P. Constitución y Teoría del Derecho. Distribuciones Fontamara. Ciudad de México, 2007, pág. 73.



<sup>5</sup> No es el objeto de estas líneas reproducir el debate científico, sino centrarse en algunos aspectos jurídicos del fallo, por lo que no se ahondará en este aspecto.

<sup>6</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol 918, de 18 de abril de 2008, considerando sexagésimo quinto.

<sup>7</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol 918, de 18 de abril de 2008, considerando decimosexto.

<sup>8</sup> Íd.