

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO SOBRE EL DECRETO SUPREMO QUE REGULA LA DISTRIBUCIÓN DE LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS (LEVONORGESTREL 0.75 MG)

Humberto Nogueira Alcalá

El tema de la píldora del día después ha sido objeto de un amplio debate en el ámbito de la sociedad chilena, habiéndose producido con anterioridad al fallo del Tribunal Constitucional dos fallos contradictorios de la Corte Suprema de Justicia.

La Corte Suprema de Justicia, en fallo de recurso de protección del 30 de agosto de 2001, Rol N° 2.186, determinó:

“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;

“Que la garantía del derecho a la vida y la protección del que está por nacer dispuesta por el art. 19 N° 1 de la Constitución, 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 2 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 vigentes;

“Que desde la perspectiva señalada se hace evidente que el que está por nacer –cualquiera que sea la etapa de su desarrollo pre natal, pues la norma constitucional

no distingue-, tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación.

“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.

“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 con 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*;¹

Mediante esta primera sentencia, la Corte Suprema determinó que el Levonorgestrel 0.75 mg. contenido en el producto “Postinal”, constituía una amenaza al derecho a la vida del concebido y no nacido, por lo cual el registro de dicho producto fue eliminado del ordenamiento jurídico, teniendo la sentencia efectos particulares para ese producto.

Nuevamente, la Corte Suprema de Justicia en sentencia en recurso de casación deducido en contra de la sentencia de segunda instancia, en juicio de nulidad de derecho público en contra del registro sanitario que aprobó el Instituto de Salud Pública respecto del producto denominado “Postinor 2”, (levonorgestrel 0.75 mg.), seguido ante el 20° Juzgado Civil de Santiago que, en primera instancia había acogido la acción declarando la nulidad de derecho público, de la Resolución N° 7.224, de 24 de agosto de 2001, del Instituto de Salud Pública de Chile, la Corte Suprema en fallo de 25 de noviembre de 2005, modificando el criterio del fallo ya citado, rechaza un recurso de casación planteado en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, revocatorio de la sentencia del Vigésimo Juzgado Civil de Santiago, autorizando la

¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 30 de agosto de 2001, que declaró ilegal la producción y comercialización del Postinal (0,75 Levonorgestrel), uno de cuyos efectos es impedir la implantación del huevo fecundado (embrión preimplantacional) en el útero. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCVIII, sec. 5, p. 199.

venta y comercialización del fármaco Postinor-2, lo que se conoce como píldora del día después. En dicho fallo, la Corte Suprema determina:

“30° Que lo anterior fluye como una cuestión vinculante, para la resolución del recurso de casación en el fondo, de acuerdo con los hechos indicados precedentemente y a los cuales este tribunal no está en condiciones jurídicas de modificar, que no está establecido que el fármaco Postinor-2 produzca los efectos dañinos que se invocan en la demanda, para justificar la nulidad de derecho público que permita dejar sin efecto la resolución N° 7.2245 de 24 de agosto de 2001, dictada por el I.S.P. que materializó el registro para la venta o comercialización del aludido fármaco, elaborado en base al principio activo Levonorgestrel 0.75 mg. En síntesis, se adujo por el actor que dicho compuesto amenaza el derecho a la vida de los concebidos y no nacidos y por ello se pedía la protección jurisdiccional, porque tal fármaco al afectar al embrión, por consiguiente un ser ya concebido, tenía un efecto abortivo que proscribía el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Carta fundamental y el artículo 75 del Código Civil, que cautela también la vida del que está por nacer, pero tales supuestos no fueron demostrados.

“31° Que en estas circunstancias, la sentencia impugnada al expresar que no se demostró que el fármaco Postinor-2 tenga los efectos abortivos que sostuvo la demanda y al desestimarla por este motivo, no ha podido transgredir las normas antes indicadas, que aseguran la vida del que está por nacer, aun aceptando que esta protección existe desde el momento de la concepción, o sea, desde la unión de un espermatozoide maduro con el óvulo constituyendo el cigoto, cuestión que no se encuentra absolutamente discernida científica y jurídicamente hablando.

*“32° Que frente a lo concluido anteriormente, no ha podido trasgredirse, como lo sostiene el recurso, el estatuto jurídico del embrión humano, con infracción a lo dispuesto en los artículos 19 N° 1 de la Constitución Política de la República y 75 del Código anteriormente aludido, puesto que la infracción denunciada, parte del supuesto de hecho, de un compromiso vital a un concebido, no demostrado ante los jueces del fondo, por lo que dicho quebrantamiento no se ha producido”.*²

Así el fallo de casación que acabamos de transcribir sólo determina que no ha sido suficientemente probado que el principio activo Levonorgestrel 0.75 mg., con el nombre de fantasía Postinor-2 tenga carácter abortivo en el sentido de impedir la implantación del embrión en las paredes del útero, sin perjuicio de lo cual la sentencia afirma la protección de la vida del que está por nacer desde la concepción. El punto que constituye un problema de prueba, es si el principio activo ya mencionado atenta o no contra la vida del embrión preimplantacional, no habiéndose probado en este caso suficientemente que el medicamento aludido en su principio activo impida la implantación del embrión en las paredes del útero.

² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 28 de noviembre de 2005, citada por SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 80-81.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 2008, para pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los enunciados normativos contenidos en el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, tiene en consideración los antecedentes informados por la Presidente de la República, por el Contralor General de la República, como asimismo los antecedentes presentados tanto por sectores que apoyaron el requerimiento, como también aquéllos quienes hicieron presentaciones en contra del requerimiento, además de las audiencias públicas decretadas por el Tribunal en que se escuchó a diversos sectores sociales y médicos.

1. Resoluciones de materias de previo y especial pronunciamiento

Cerrada la etapa de recepción de antecedentes, el Tribunal fundamenta su competencia para pronunciarse sobre la materia que ha sido objeto de requerimiento, precisando en su **considerando noveno**, que el control de los decretos supremos que puede realizar el tribunal es en términos amplios, extendiéndose tanto a los decretos dictados en materia de potestad reglamentaria autónoma como a los dictados en materia de potestad reglamentaria de ejecución, sean éstos de efectos generales o de efectos particulares, pudiendo conocer de la cuestión de constitucionalidad “cualquiera sea el vicio invocado, en la medida que la Constitución en su artículo 1°, inciso 4°, impone al Estado, en el cumplimiento de su misión servicial actuar “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

El Tribunal Constitucional sostiene así que no cabe excluir del control de constitucionalidad, sea un precepto legal o reglamentario, la consideración de los efectos que ella puede producir en los derechos fundamentales y que todo órgano del Estado debe respetar y promover en virtud de lo dispuesto en los artículo 5°, inciso segundo, y 6°, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

El Tribunal Constitucional recuerda que así lo ha realizado en tres oportunidades anteriores, en las sentencias de 13 de agosto de 1995, Rol N° 220, en el requerimiento contra el proyecto de transplante de órganos; de 26 de junio de 2001, Rol N° 325, requerimiento en que se impugna un Decreto Supremo que introdujo la restricción de circulación de vehículos catalíticos; y de 26 de abril de 2007, Rol N° 577, en requerimiento contra el Decreto Supremo N° 80, de 2006 que establecía la norma de emisión de molibdeno y sulfatos de afluentes descargados sobre tranques de relave al estero Carén.

Así, afirma el Tribunal Constitucional, cuando ha sido necesario –para fallar un requerimiento– ponderar una cuestión de hecho de la que depende dar por acreditada la vulneración de un derecho fundamental, el Tribunal no ha rehusado hacerlo, y dispone que así se realizará también en este caso, rechazando una cuestión de previo y especial pronunciamiento planteado por la Presidenta de la República.

En el **considerando décimo**, el Tribunal determina que lo que ha de resolverse, es la constitucionalidad de las normas contenidas en un acto administrativo que obliga a los organismos, instituciones y funcionarios que integran la Red asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, tal como lo indica el N° 4 del Decreto Supremo N° 48 de 2007, del Ministerio de Salud, conforme al alcance con que la Contraloría General de la República tomó razón de dicho decreto, tratándose de normas infraconstitucionales dirigidas a aconsejar, prescribir y distribuir gratuitamente, por parte de órganos del Estado, un fármaco, para cuya decisión, el Tribunal no puede dejar de considerar los eventuales efectos nocivos que en el derecho a la vida de las personas, desde su concepción, pueda producir su ingesta, rechazando en tal sentido una segunda cuestión previa de especial pronunciamiento presentada por la Presidenta de la República.

En el **considerando decimoprimer**, precisa y reitera su jurisprudencia uniforme en el sentido de que al Tribunal no le corresponde decidir sobre cuestiones de mérito y que se pronunciará sólo sobre las cuestiones de constitucionalidad planteadas en el requerimiento, ya que si no lo hiciera, incumpliría la obligación de ejercer sus atribuciones y que deriva del principio de inexcusabilidad según lo que dispone el artículo 3° de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Por lo demás en cuanto órgano estatal le asiste el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, tal como ordena el artículo 5°, inciso 2°, de la Carta Fundamental.

En otra cuestión previa de especial pronunciamiento, en Tribunal en su **considerando decimosexto**, determina que la educación sexual es un aspecto de la educación en el que cobran especial relevancia los valores en que se fundamenta, y que de ella no puede excluirse a los padres de los menores que la reciben, lo que sería inconstitucional. El Tribunal determina que las normas sobre consejería en condiciones de confidencialidad no impiden a los padres de los adolescentes escoger el establecimiento educacional de sus hijas ni transmitir a éstas conocimientos y valores sobre la vida sexual, lo que es suficiente para rechazar el requerimiento en la parte correspondiente a la impugnación del Decreto Supremo N° 48 de 2007, en la sección D, punto 1, “anticoncepción de adolescentes”, de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad.

2. Precisiones sobre la naturaleza del conflicto que deberá ser resuelto por el Tribunal

El Tribunal Constitucional, en su **considerando vigésimo primero**, precisa que la naturaleza del conflicto que debe resolverse tiene como necesario fundamento los efectos que en los derechos constitucionales producen los métodos de anticoncepción hormonal que se objetan, no considerados en forma aislada, sino en cuanto forman parte del contenido de la norma obligatoria impugnada, lo que se aleja de un mero control abstracto de inconstitucionalidad que se reduce, exclusivamente, al contraste entre una norma infraconstitucional y aquella de máxima jerarquía normativa. En casos como el de la especie el Tribunal debe ponderar ciertos hechos relacionados

con la ciencia o con la técnica, a fin de arribar a una solución que, efectivamente, asegure la supremacía material y formal de la Carta Fundamental, tal como, por lo demás, lo ha hecho esta Magistratura en procesos previos como los indicados en el considerando noveno de esta sentencia.

3. Ponderación de la prueba rendida sobre efectos de la anticoncepción de emergencia

El Tribunal luego de ponderar informes allegados por diversos médicos y universidades, en el **considerando trigésimo tercero**, considera que existen posiciones encontradas acerca de los efectos de la anticoncepción de emergencia cuando ellos se relacionan con la posibilidad de impedir la implantación, ya que la evidencia médica es contradictoria y no aparece rodeada de elementos que convenzan definitivamente en orden a que ellas no afectan la vida de un ser humano concebido aunque no nacido que merece plena protección constitucional según se verá más adelante. Lo anterior es especialmente destacable, ya que los estudios realizados para demostrar o descartar el efecto del fármaco, se han reducido a animales, resultando cuestionable su práctica en seres humanos.

El Tribunal considerando diversos informes médicos y obras de embriología clínica en el mismo considerando trigésimo tercero, determinando en el **considerando trigésimo cuarto**, de acuerdo con el art. 21 del Código Civil, que “las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les dé los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”; de esta forma, en el **considerando trigésimo noveno**, el Tribunal constata que la evidencia científica allegada al proceso no permite excluir, de que la ingesta de la denominada “pildora del día después”, ya sea en su versión de progestina pura o del método combinado o de Yusse, no sea capaz de afectar la implantación de un óvulo fecundado o de un embrión o, en definitiva, de un ser humano, en los términos que se han definido por la propia ciencia médica.

4. La protección constitucional del derecho a la vida en Chile

4.1. *Ámbitos del derecho a la vida sobre los cuales se pronuncia el Tribunal Constitucional.*

En el considerando cuadragésimo primero, el Tribunal precisa que el razonamiento en orden a resolver el conflicto constitucional descrito hace necesario:

- caracterizar el valor de la vida humana en la Constitución vigente;
- caracterizar la arquitectura de los derechos fundamentales de los cuales forma parte; precisar quién es el titular del derecho a la vida del que está por nacer.

4.1.1. La persona como sujeto de derechos de derechos asegurados y garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes.

El **considerando cuadragésimo quinto** del fallo considera que el estatuto constitucional chileno se construye sobre la base del reconocimiento de la persona como sujeto de derecho y, en particular, como titular de los derechos que se aseguran en el artículo 19 de la Carta Fundamental y de aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana reconocidos por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes.

El Tribunal establece que la propia Constitución se ha encargado de caracterizar a la persona, en una visión humanista, que, enfatiza que ella es sujeto y no objeto de derecho, cuyos atributos básicos se encuentran consignados en el artículo 1° de la Constitución.

El **considerando cuadragésimo sexto** precisa que el artículo 1° de la Constitución al determinar que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, de lo que se sigue que el ser humano, independientemente de su edad, sexo o condición particular, es acreedor siempre a un trato de respeto, considerando tanto su dimensión material como espiritual.

El **considerando cuadragésimo séptimo** determina que cuando la Constitución asegura derechos a las personas, sólo está reconociendo atributos propios de su naturaleza, de manera que la Constitución no es la que crea los derechos sino solamente se ha limitado a reconocerlos, a regular su ejercicio y a garantizarlos. De allí que el propio ejercicio del Poder Constituyente, en cuanto expresión de la soberanía de la nación, reconoce como límite el “respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, tal como ordena el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental.

De allí concluye el Tribunal que, el mandato imperativo de “asegurar” tales derechos contenidos en el encabezamiento del artículo 19 de la Constitución, importa:

- a) que sólo puede asegurarse lo que existe previamente;
- b) que la condición de seguridad que el constituyente desea brindar a los derechos que reconoce importa hacer cesar cualquier trasgresión o vulneración que, más allá de los límites previstos por la Constitución, puedan experimentar tales derechos, como también impedir la amenaza o peligro inminente que pueda afectarlos, y
- c) que deben diseñarse e implementarse todos los mecanismos necesarios para brindar efectiva protección tanto a la titularidad de tales derechos como a su ejercicio.

Asimismo, el Tribunal asume la doble naturaleza de los derechos fundamentales, por un lado, como facultades que se reconocen a su titular, dando lugar a su dimensión “subjetiva”, y por otro lado, dan unidad y sentido a todo el ordenamiento jurídico, lo que se reconoce como su dimensión “objetiva”.

En virtud de ello, afirma el Tribunal, que todo conflicto constitucional que tienda a constatar la eventual vulneración de derechos fundamentales tenga una especial significación que no puede dejar indiferente a ningún operador del derecho.

4.1.2. El ser humano concebido pero no nacido como persona humana.

En el **considerando cuadragésimo octavo** el Tribunal se plantea si el concebido, pero aún no nacido, puede ser ubicado en la categoría de “persona” a que aluden diversos preceptos constitucionales, lo que es indispensable para determinar si es susceptible de atribuirle los derechos fundamentales asegurados por el artículo 19 de la Constitución.

El Tribunal, en el **considerando cuadragésimo noveno** sostiene que la doctrina constitucional chilena se ha inclinado mayoritariamente por sostener que la protección constitucional de la persona se inicia desde el momento de la concepción, para lo cual se cita a los profesores Ángela Vivanco Martínez, José Luis Cea Egaña, Alejandro Silva Bascuñán, Francisco Cumplido Cereceda y Humberto Nogueira Alcalá.

Asimismo, el Tribunal en el **considerando quincuagésimo** precisa que la interpretación dada por los iuspublicistas al encabezado del artículo 19 de la Constitución, en cuanto asegura a todas las “personas”, entre otros el derecho a la vida, tiene una evidente concordancia con los antecedentes de orden biológico que se han presentado en autos.

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

El Tribunal cita asimismo para reafirmar su posición, las sentencias pronunciadas en los mismos términos por la Corte Suprema de Costa Rica el 15 de marzo de 2000 y de la Corte Suprema de Argentina en fallo de 5 de mayo de 2002, en amparo sobre la entidad Portal de Belén, según establece en el **considerando quincuagésimo primero**.

El Tribunal refuerza su posición aludiendo a la reforma constitucional del artículo 1° de la Constitución a través de la ley N° 19.611, publicada en el Diario Oficial de 16 de junio de 1999, donde el Senado Aprobó dejar constancia que “El nasciturus, desde la concepción, es persona en el sentido constitucional del término, y por tanto es titular del derecho a la vida”, tal como lo determina el **considerando quincuagésimo segundo**. El Tribunal cita asimismo, en el **considerado quincuagésimo tercero** el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el que se precisa que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, disposición que forma parte del ordenamiento jurídico chileno y en el cual puede apreciarse una particular coincidencia con el artículo 19 N° 1° de la Constitución.

El Tribunal Constitucional concluye así, en su **considerando quincuagésimo cuarto**, que el embrión o nasciturus es persona desde el momento de la concepción.

4.1.3. Posición que ocupa el derecho a la vida en la estructura de los derechos fundamentales reconocidos y asegurados por la Constitución.

El Tribunal Constitucional determina en su **considerando quincuagésimo quinto** que, el derecho a la vida es, sin duda alguna, el derecho fundante de todos los demás, pues, sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales. Para reafirmar su posición cita la Observación General N° 6 sobre el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, efectuada por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, k.o. el más esencial de los derechos y como el derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones que pongan en peligro la vida de la nación. Asimismo cita a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la que ha señalado que el derecho a la vida es ampliamente reconocido como el derecho supremo del ser humano y *conditio sine qua non* para el goce de todos los demás derechos.

El Tribunal Constitucional en el **considerando quincuagésimo sexto**, afirma que el derecho a la vida contenido en el artículo 19 N° 1° de la Constitución, en consonancia con el artículo 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, asegura a toda persona –incluyendo al nasciturus– el derecho a mantener la vida y a conservarla frente a los demás hombres.

El Tribunal aludiendo al inciso segundo del artículo 19 N° 1, que precisa “la ley protege la vida del que está por nacer”, considera que la intención del constituyente fue confiar al legislador las modalidades concretas de la protección de la vida del que está por nacer en el entendido que se trata de un ser existente e inserto en la concepción de persona, en cuanto sujeto de derecho, aquél alude el encabezado del artículo 19. Este mandato al legislador importa la protección de un derecho como precisa el Tribunal y no sólo del bien jurídico de la vida. Como se precisa en los considerandos 57° y 58°.

5. La duda razonable de afectación del derecho a la vida por las normas nacionales sobre regulación de la fertilidad

El Tribunal Constitucional determina que la profunda disparidad de criterios entre los expertos llamados a señalar el comienzo de la vida humana y, por ende, los reales efectos de los regímenes de anticoncepción de emergencia, no pueden llevar a la Magistratura a eludir el pronunciamiento sobre una de las funciones que defienden la esencia de su quehacer, en tal sentido el Tribunal asume los principios interpretativos en materia de derechos humanos “favor domine” o “favor persona”, señalando que la eventual afectación de la implantación por la píldora, genera una probable afectación

del derecho a la vida del ser humano por nacer que ya es persona desde la concepción, según determinan los considerandos sexagésimo sexto y sexagésimo séptimo.

El Tribunal considera que de otra manera se afectaría esencialmente la dignidad humana y el límite que tienen las políticas públicas en los derechos fundamentales y su contenido esencial, afectándose esencialmente el Estado de Derecho, según dispone el considerando sexagésimo octavo.

El Tribunal concluye en su considerando sexagésimo noveno que una norma reglamentaria que puede llegar a afectar el derecho a la vida de la persona que está por nacer, vulnera la Constitución por la sola duda razonable sobre la materia, viéndose obligado a aplicar los principios interpretativos favor persona o pro domine en firma consecuente con el deber de proteger la persona humana y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho esencial más elemental (derecho a la vida) derivado de la naturaleza humana y del cual el nasciturus participa plenamente, por lo cual se ve obligado a declarar la inconstitucionalidad de las Normas nacionales sobre regulación de la fertilidad que forman parte del Decreto Supremo 48 del Ministerio de Salud de 2007, en la parte correspondiente a la anticoncepción de emergencia, decisión que tiene un carácter erga omnes de acuerdo con el inciso 3° del artículo 94 de la Constitución, lo que deja dichas normas fuera del orden jurídico nacional, de acuerdo con el considerando septuagésimo.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL FALLO

Este fallo del Tribunal Constitucional permite sostener que constituye un “leading case”, por varios motivos, primero, en la medida que precisa el estatuto constitucional del embrión pre implantacional, al determinar que el derecho a la vida del embrión humano se protege desde el momento de la concepción, asegurando su individualidad ontológica desde el momento de la concepción, como también lo hace el legislador en el caso de la ley sobre el genoma humano y que prohíbe la manipulación de embriones. En segundo lugar, precisa que desde la concepción el embrión humano es ser humano y persona humana, con todas sus consecuencias jurídicas, no dando significación sustantiva a la “organogénesis secundaria”.

El fallo asume asimismo todas las fuentes del derecho constitucional, considerando las normas constitucionales, los atributos que integran el derecho a la vida contenidos en el derecho internacional de los derechos humanos, para lo cual tiene presente la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, la Convención Americana de Derechos Humanos, como asimismo considera los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todos los cuales son utilizados para integrar el parámetro de control de constitucionalidad bajo el cual va a ser examinada la norma reglamentaria cuestionada, con lo cual

el Tribunal asume en la práctica el bloque constitucional de derechos planteado en la doctrina constitucional, por los magistrados que hasta el momento habían sido reacios a asumirlo.³

Asimismo, por primera vez, el Tribunal Constitucional asume el principio interpretativo en materia de derechos humanos derivado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: principio pro homine o favor persona.

La sentencia del Tribunal Constitucional fuera de los aspectos antes citados, presenta aristas de su análisis que quedan brumosas, no queda claramente precisado si el tribunal delimita el derecho a la vida señalando el carácter de central de éste dentro del sistema constitucional, lo que pareciera no discutible, o si éste implícitamente busca establecer una jerarquización de derechos estableciendo una escala de derechos más o menos importantes en virtud de lo cual los más importantes podrían dejar sin efecto a los menos importantes, lo que es altamente discutible desde el enfoque de los derechos humanos, donde todos ellos son derivaciones de la dignidad humana y donde ellos deben ser optimizados y no unos dejar sin efecto otros, lo que afecta el principio de unidad de la Constitución y de integridad del ser humano. El Tribunal Constitucional debió ser más claro en este ámbito del análisis donde quedan dudas acerca de su enfoque.

Un segundo ámbito discutible del fallo en su constante referencia a la historia del establecimiento del artículo 19 N° 1 de la Constitución, poniendo especial énfasis en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución o Comisión Ortúzar. Como lo han señalado importantes sectores de la doctrina, como asimismo, algunos miembros del propio Tribunal Constitucional, pareciera que parte de los Ministros asumen una concepción de Constitución testamento o Constitución arqueológica, buceando en los orígenes el sentido y alcance de las normas que integran el texto constitucional, cuando en la práctica, como todos sabemos, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución fue sólo una Comisión asesora y no integra el poder constituyente, como asimismo, las constituciones deben interpretarse en un sentido actual y no histórico, especialmente cuando ha habido un cambio drástico de régimen político de un régimen autoritario a un régimen democrático, donde se ha perdido la legitimidad autoritaria y cuando hay argumentos actuales que posibilitan sostener el mismo principio como es la constancia dejada por el Senado en la reforma al artículo 1° de la Constitución o la configuración del derecho realizada por el legislador en la ley sobre investigación científica y del genoma humano y la prohibición de experimentación sobre embriones humanos, que cita el propio fallo.

Un tercer ámbito en el cual la sentencia no se pronuncia ni emite razonamiento alguno es si este derecho a la vida del embrión que no es absoluto, como no lo es

³ Ver en esta misma revista, *supra*, artículo de Marisol Peña, "La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional chileno", pp. 205-222

ningún derecho constitucional o humano, puede ser afectado en virtud de algún derecho esencial o humano que pueda oponer la madre, derecho a la vida, integridad psíquica u otros, ya que el fallo no entra a realizar el análisis de optimización o de ponderación de derechos en eventual o real tensión, lo que posibilita una crítica al fallo del Tribunal Constitucional por un déficit de argumentación, respecto de aquél que le es exigible en virtud de su naturaleza y funciones, lo que es avanzado por algunos votos disidentes de Ministros del propio Tribunal, sin pronunciarnos sobre cuál sería el resultado de ese proceso de ponderación en el presente caso.

Un cuarto y último punto es el análisis de la prueba producida por los médicos informantes del Tribunal y la documentación y estudios aportados por ellos y las instituciones y personas que participan de la entrega de información al Tribunal Constitucional, la que la mayoría del Tribunal considera que permite afirmar una duda razonable sobre el eventual daño al embrión preimplantacional, en cuyo caso estaría aplicado correctamente el principio de precaución en materia de protección de derechos fundamentales adoptando todas las medidas apropiadas para prevenir su infracción, además de aplicar el postulado básico de interpretación de derechos fundamentales “favor persona”, sin embargo, el análisis riguroso de la prueba hecha por el voto disidente de los Ministros Correa y Fernández, debilita mucho la duda razonable sobre la materia.

En todo caso, debemos señalar que dicho fallo debe ser cumplido por la administración en su parte resolutive, además de dejar varios ámbitos de la “ratio decidendi” que van dejando un conjunto de principios bajo los cuales debe actuar los operadores jurídicos, mientras esta línea de razonamiento y configuración del derecho a la vida no sea modificada por el propio Tribunal Constitucional o a través de una reforma constitucional que no ponga en juego los derechos esenciales de la persona, los que el Tribunal Constitucional considera de conformidad con el artículo 5°, inciso 2° de la Constitución, límites al ejercicio de la soberanía y por tanto al propio poder constituyente instituido.