



Sobre un fallo del Tribunal Constitucional

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Naturaleza de la cuestión debatida

No cabe duda de que la sentencia de mayoría pronunciada por el Tribunal Constitucional, a propósito de la llamada “píldora del día después”, ya sea mediante el uso de una sola pastilla de progestina pura, generalmente levonorgestrel de 0,75 mg., o a través de la combinación de píldoras, método denominado “Yuzpe”, representa un hito en la jurisprudencia de este Tribunal. Desde luego, se abordan en el fallo diversas cuestiones de orden jurídico que merecen una atención especial. Por otro lado, es sugerente la circunstancia de que existan tan variadas opiniones sobre la materia, lo cual revela que respecto de este particular confluyen opiniones políticas, morales, ideológicas y religiosas. No sorprende, entonces, que incluso un disidente (el ministro Juan Colombo) sostenga que, atendida la naturaleza de la cuestión debatida, no corresponde formular una decisión jurisdiccional.¹

El problema sometido a consideración del Tribunal Constitucional, como queda dicho, contiene aristas muy complejas y de muy distinta índole, sin embargo de lo cual es posible examinar los aspectos jurídicos contenidos en el fallo sin asumir otro tipo de compromisos. Claro está que ninguno de estos problemas puede considerarse en un vacío ideológico absoluto, lo cual induce a pensar que cada uno de los jueces, en cierta medida, hizo prevalecer sus convicciones religiosas, éticas y políticas. Lo que señalamos no es extraño. Así ocurre invariablemente en todo cuanto dice relación con el ejercicio de la jurisdicción. De aquí que los “buenos jueces” sean aquellos capaces de sustraerse, en la medida de lo posible, al influjo de sus convicciones personales y colocar a la norma por encima de toda otra consideración, lo cual queda de manifiesto en el contenido de la sentencia y en el razonamiento justificatorio de la decisión. En

¹ En los considerados decimoquinto y decimosexto de su voto disidente, el Ministro Juan Colombo Campbell examina la naturaleza de la contienda y termina diciendo que, “si por la argumentación y los antecedentes se concluye que estamos enfrentados a un conflicto médico, ético o religioso, en ninguno de tales eventos este Tribunal puede resolver en ejercicio de su jurisdicción”.

el caso que nos ocupa, lo señalado cobra mayor fuerza, atendida la naturaleza de esta problemática y los elementos implicados en ella. Sería imposible negar que la materia sometida al conocimiento del Tribunal revive antiguas disputas que se remontan largamente a través del tiempo. De aquí que insistamos en la necesidad de tratar, con la máxima rigurosidad posible, las cuestiones de orden jurídico comprendidas en el fallo, aun cuando ellas puedan resolverse contrariando nuestras convicciones personales. A lo dicho habría que agregar, aún, la circunstancia de que, desde el punto de vista científico, los efectos del levonorgestrel, como se demuestra en la sentencia, no se hallan establecidos con plena certidumbre, dejando espacio a vacíos y opiniones divergentes, todo lo cual aviva la discusión y profundiza las diferencias. Por lo tanto, no es fácil comentar una decisión de esta naturaleza.

Toda norma jurídica, especialmente aquella de orden constitucional, expresa y realiza ciertos valores que se imponen a toda la comunidad. ¿Qué ocurre si el juez no participa de dichos valores y, por lo mismo, se resiste a aplicarlos? He aquí el drama de los jueces, porque ante todo deben ser leales al mandato normativo, incluso contra sus propias convicciones. No es extraño, entonces, encontrarse con retorcidas interpretaciones que, en el fondo, no son más que la manera de esquivar aquellos fines que, estando expresados en la norma, el juzgador se niega a acatar. De este fenómeno se sigue un debilitamiento manifiesto de la seguridad jurídica y, por qué no decirlo, el desprestigio del derecho como sistema de convivencia social. Lo que indicamos debería inculcarse a fuego en la conciencia de quienes ejercen la jurisdicción, puesto que está en juego la consolidación y eficiencia del sistema jurídico.

II. Los errores del fallo

A nuestro juicio, la sentencia de 18 de abril de 2008 del Tribunal Constitucional adolece de errores jurídicos manifiestos, que son fruto obligado de las peculiaridades y complejidades que debieron enfrentar los jueces que suscriben el fallo de mayoría.

1. Desconocimiento del “proceso de gestación de la vida humana”

El texto constitucional en que se funda el fallo distingue claramente dos conceptos: **asegurar** y **proteger**. El artículo 19 inciso primero de la Carta **“asegura a todas las personas”** un bloque de derechos esenciales; en tanto el mismo artículo 19 N°1 inciso segundo **“protege la vida del que está por nacer”**. Se trata de dos conceptos diferentes. **“Asegurar”**, de acuerdo a su sentido natural y obvio, significa: **“dejar firme y seguro; establecer, fijar sólidamente”**. **“Proteger”**, por su parte, significa: **“amparar, favorecer, defender. Resguardar a**

una persona, animal o cosa de un perjuicio o peligro, poniéndole algo encima, rodeándole". La diferencia que advertimos no es menor, porque el mandato constitucional establece y fija sólidamente los derechos que asisten a cada persona (en el ámbito de una concepción iusnaturalista, conforme a la cual los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores al Estado y condicionan el ejercicio de la soberanía). No sucede lo mismo con la protección que se brinda al que "está por nacer", ya que este último (el *nasciturus*), forma parte y está integrado a un **proceso** que puede o no culminar con la existencia de una persona humana.

El **proceso** debe entenderse como una sucesión de hechos causalmente concatenados en función de un fin determinado. Por ende, lo que la Constitución ordena al legislador es amparar, favorecer y defender ("proteger") el desarrollo de este proceso de modo que, sin interferencias, pueda llegar a su fin natural. Dicho de otro modo, lo que se quiere impedir es toda obstrucción o interrupción del referido proceso que pueda afectar al que está por nacer. Sin duda, el bien jurídicamente protegido por la Constitución es la "vida humana" en su estado de gestación.

Todo proceso tiene un comienzo y un fin. Lo que interesa, entonces, es precisar cuál es el comienzo y cuál es el fin del proceso de gestación "del que está por nacer".

Científicamente, no admite discusión el hecho de que el comienzo del proceso (más allá de las opiniones filosóficas o religiosas que suscite la determinación del principio de la vida humana) es la **concepción**, esto es, la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide masculino. Sobre este punto la sentencia transcribe algunas citas científicas. Así, en el considerando TRIGÉSIMO TERCERO se alude a la opinión de los doctores Juan F. Stecher y Augusto Rivera, quienes señalan que: *"con la fecundación aparece un individuo que contiene 46 cromosomas de la especie humana, que se desarrolla por sí mismo, cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, el mismo dirige su construcción y división, que viene inscrita en su ADN, es él quien toma el alimento que le proporciona su madre, es un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre, ninguna información adicional se le agregará (...). Este joven ser humano comienza su viaje a través de la trompa de Falopio para llegar al endometrio, lugar que lo albergará durante casi 9 meses. Durante el camino a este destino, se dividirá innumerables veces y cambiará de estructura para poder implantarse en el endometrio (...). En el momento de la implantación, no se le producirá cambio sustancial, no cambia sus genes ni se le agrega otra información (...) desde el punto de vista embriológico, es erróneo el concepto de preembrión, porque antes del embrión sólo existen el espermatozoide y el óvulo".* Más adelante, el mismo considerando cita la obra "Langman. Embriología médica con

orientación clínica”, del doctor T. W. Sadler, quien, precisando los principales resultados de la fecundación, señala: **“Restablecimiento del número diploide de cromosomas.** La mitad procede del padre y la mitad de la madre. En consecuencia, el cigoto posee una nueva combinación de cromosomas, diferente de la de ambos progenitores. **Determinación del sexo del nuevo individuo.** Un espermatozoide que posea X producirá un embrión femenino (XX) y un espermatozoide que posea Y originará un embrión masculino (XY). En consecuencia, el sexo cromosómico del embrión queda determinado en el momento de la fecundación. **Iniciativa de la segmentación.** Si no se produce la fecundación, el ovocito suele degenerar en el término de 24 horas después de la ovulación”. En consecuencia, no existe discrepancia científica sobre que el llamado proceso de gestación comienza con la fecundación y que es ella la que genera el cigoto cuyo paso siguiente es su implantación en el endometrio de la madre.

Tampoco existe discusión sobre que el nacimiento pone fin al proceso de gestación. Nuestro Código Civil, en el artículo 74, perfectamente coherente y en armonía con la Constitución, define el nacimiento diciendo que *“La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”*. El mismo artículo 74 agrega que *“La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”*. Como puede observarse, la ley exige una viabilidad mínima, pero determinante: subsistir un momento siquiera a la separación de la criatura del cuerpo de su madre.

En consecuencia, nos parece de toda evidencia que la Constitución, al disponer que *“la ley protege la vida del que está por nacer”*, se ha referido al **proceso de gestación**, amparándolo y defendiéndolo de todo atentado o peligro que pueda interrumpirlo u obstuirlo. La legislación que ha dado aplicación a este mandato (la mayor parte de estas leyes anteriores a la Constitución) se orienta estrictamente en este sentido, vale decir, amparando el proceso que se inicia con la concepción y concluye con el nacimiento. A partir de este último, nos hallamos ante una **persona**, titular, por lo mismo, de todos los derechos que le *“asegura”* el artículo 19 de la Carta. No estuvo descaminado Andrés Bello cuando distinguió entre la *“existencia natural”* de la persona, esto es, el período que va desde la concepción al nacimiento, y la *“existencia legal de la persona”*, esto es, el período que va desde el nacimiento hasta la muerte. Nótese que los derechos conferidos (que se defieren) en favor del concebido, pero no nacido, **son eventuales**, por cuanto quedan ellos en suspenso a la espera del nacimiento. Si este no ocurre, porquen no ha habido un *“principio de existencia”*, se entiende que la criatura no ha existido jamás (artículo 77 del Código Civil).

El fallo del Tribunal Constitucional no reconoce el amparo que la Ley Suprema brinda al **proceso de gestación**, introduciendo, en defensa del *nasciturus*, una concepción distinta, al calificarlo de “persona” en el ámbito constitucional. Incurre, a juicio nuestro, en dos errores. El primero al dar al *nasciturus* un carácter que ciertamente no tiene en derecho; el segundo al desconocer el proceso de gestación y su amparo constitucional. De este modo, se incurre en una confusión inaceptable sobre la materia y, en cierta medida, se debilita aquello que se quiere privilegiar, al dejar en entredicho un concepto tan sensible como el de “sujeto de derecho”.

2. El *nasciturus* no es persona (sujeto de derecho)

La sentencia del Tribunal Constitucional se funda en el hecho de que jurídicamente, desde una perspectiva constitucional, el *nasciturus* sería persona humana y, por ende, titular de todos los derechos que corresponden a ésta, tanto aquellos consagrados en el artículo 19 de la Carta Política, como aquellos conferidos por los tratados internacionales sobre derechos esenciales emanados de la naturaleza humana (artículo 5° inciso segundo de la Constitución). Esta conclusión nos parece, por decir lo menos, aventurada, no obstante la solvencia de los autores que la sostienen.

Desde luego, la propia Constitución establece en el artículo 1° inciso primero que “Las personas **nacen** libres e iguales en dignidad y derechos”. Ello implica un reconocimiento explícito de que sólo se es persona cuando comienza lo que la ley civil denomina existencia legal. Si las personas “**nacen**” es porque sólo entonces tienen la indicada calidad. Antes del nacimiento no son más que un proyecto, una posibilidad, una eventualidad objeto de una amplia protección constitucional. Cabe preguntarse: ¿qué sentido tendría el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución, que dispone la protección de la vida del que está por nacer, si éste fuere persona y como tal titular del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica? Si el *nasciturus* fuere persona antes de nacer, ¿cómo es posible sostener que sólo en virtud del nacimiento aquella persona es libre e igual a sus semejantes en dignidad y derechos? Más que un galimatías, ello representa el desconocimiento de que, como se dijo, un derecho se asegura, en tanto un proceso se protege. Por otra parte, cabe también preguntarse: ¿qué tipo de sujeto de derecho sería el *nasciturus*, si se considera que sus derechos civiles son eventuales y quedan subordinados a su nacimiento, que en caso de no sobrevivir un momento siquiera a la separación total de su madre se reputa que jamás ha existido, y que su vida se confunde y está indisolublemente ligada a la vida de la madre en términos de constituir una sola persona?

Todavía más, las normas legales que regulan y desarrollan el mandato constitucional, en perfecta armonía con su contenido y sentido, revelan que antes

del nacimiento no es posible entender que el *nasciturus* es una persona y, por lo tanto, un sujeto de derecho. Así, por ejemplo, el artículo 55 del Código Civil define lo que debe entenderse por persona natural en los siguientes términos: “*Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición*”. El énfasis de esta disposición está puesto en la **individualidad**. La persona es una, tiene una existencia propia e independiente, y es capaz de subsistir separada de su madre. Otro tanto podría decirse de lo prevenido en el artículo 75 del mismo Código, que señala: “*La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra*”. Nótese que la ley reitera que, respecto del *nasciturus*, sólo cabe al juez **proteger** la vida del que está por nacer.

El considerando QUINCUAGÉSIMO OCTAVO del fallo que comentamos analiza varias disposiciones legales para reafirmar la conclusión del Tribunal sobre que el *nasciturus* es persona. Sin embargo, todas ellas, a juicio nuestro, reconocen que la Constitución brinda una protección al proceso de gestación de la vida humana, pero de manera alguna reconocen la calidad jurídica de persona al concebido y no nacido. Especial importancia asignamos a la Ley N° 20.120, “sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana”. Las disposiciones de dicha normativa legal no dejan dudas de que el *nasciturus* no es sujeto de derecho, sino que forma parte de un proceso protegido en la Constitución.

Finalmente, sobre este punto, es necesario recalcar que el concepto de persona –fundamental en el ámbito jurídico– no puede representarse de manera diferente o contradictoria en las diversas ramas del derecho. Resulta insostenible invocar un concepto propio de “sujeto de derecho” en el ámbito constitucional, en oposición al concepto definido en el campo del derecho civil y demás disciplinas jurídicas. Si algo caracteriza al sistema normativo es su coherencia, unidad y armonía. Ello queda de manifiesto en las normas sobre interpretación, que atribuyen especial importancia al elemento “sistemático”, dando a todas y cada una de las leyes que integran el sistema jurídico la debida correspondencia y armonía, como reza el artículo 22 del Código Civil. No puede omitirse el hecho de que se trata, además, de un concepto básico, que se proyecta y está presente en toda la normativa y la dogmática jurídica.

En conclusión, es gravemente erróneo afirmar que el *nasciturus* es persona a la luz de las disposiciones constitucionales y legales citadas. Creemos que se altera abruptamente un elemento sustancial en la ciencia del derecho en perjuicio de la unidad del sistema normativo. No podemos dejar de manifestar nuestra sospecha de que para los jueces que suscriben el fallo de mayoría

la protección que brinda al *nasciturus* el artículo 19 N°1 inciso segundo de la Carta Fundamental, al disponer la protección de la vida del que está por nacer, es insuficiente y pone en riesgo su desarrollo e integridad. No es esta, por cierto, nuestra opinión. Como se demostrará más adelante, reconociendo la existencia del proceso de gestación de la vida, dotado de una especial protección constitucional, se llega a la misma conclusión que la sentencia, en cuanto dice relación con el respeto, cuidado, amparo y preferencia de la vida del que está por nacer.

3. Sobre la duda razonable

La médula de la cuestión que debía resolverse por el Tribunal Constitucional radica en los efectos del anticonceptivo de emergencia llamado levonorgestrel, suministrado en grageas de 0,75 mg. (“píldora del día después”), el cual sería distribuido gratuitamente en los consultorios de salud municipalizados de acuerdo al Decreto Supremo Reglamentario N° 48 del Ministerio de Salud, que aprueba las “Normas Nacionales de Regulación de la Fertilidad”.

Más allá de las discrepancias respecto del enfoque jurídico dado por el Tribunal Constitucional, nos parece de toda evidencia que este cuerpo normativo vulnera el mandato constitucional si, de cualquier manera, el fármaco aludido interrumpe, pone en peligro o amenaza el desarrollo del proceso de gestación humana, esto es, interfiere, entre la concepción y el nacimiento, la evolución natural del cigoto. En el evento contrario, no podría dársele esta calificación y se ajustaría a la Carta Fundamental.

La sentencia –especialmente en el considerando TRIGÉSIMO SEGUNDO– describe las diversas posiciones científicas sobre la materia, señalando entre otras cosas que ... *“los especialistas coinciden en que los mecanismos de acción de los aludidos regímenes anticonceptivos de emergencia dicen relación con tres efectos: a) Impedir la ovulación; b) Impedir la migración de los espermatozoides para fecundar el óvulo; y c) Impedir la implantación (Horacio Croxatto A. y María Elena Ortiz. ‘Anticoncepción de emergencia con levonorgestrel’)*”. Más adelante, esta misma consideración agrega: *Refiriéndose a la contracepción de emergencia y, específicamente, al denominado ‘Plan B’ (consistente en el uso de píldoras de levonorgestrel de 0,75 mg. cada una, que son tomadas en forma oral después del fracaso de contraceptivos o de práctica de sexo no protegido), la U.S. Food and Drug Administration aclara que el ‘Plan B trabaja (...) en la prevención del embarazo principalmente parando la liberación del huevo desde el ovario. Es posible que el Plan B también trabaje previniendo la fertilización de un huevo (la unión del espermio con el huevo) o previniendo la implantación en el útero, lo que usualmente ocurre antes de 7 días después de la liberación del huevo desde el ovario’... El Informe sobre ‘Aspectos Científicos y Éticos del Uso del Levonorgestrel como Anticonceptivo*

de Emergencia', de la Universidad Católica de Chile, a que se ha hecho referencia, indica por su parte que 'todos los investigadores coinciden en que los anticonceptivos de emergencia pueden disminuir la probabilidad de embarazo a través de tres mecanismos: Impedimento de ovulación. Impidiendo que los espermatozoides fecunden el óvulo. Impidiendo la implantación' (pág. 3)". Acto seguido, la sentencia alude a cada uno de los efectos antes mencionados (dos de los cuales excluyen la posibilidad de que el anticonceptivo de emergencia –AE– obstruya el proceso de gestación), señalando, en relación al tercero (que sí afecta el proceso de gestación), que "Sobre los efectos de LNG sobre la implantación, afirma que 'éste es el aspecto más debatido' puesto que 'gran parte de la información proporcionada al público asegurando que el LNG no altera la implantación proviene de evidencia preliminar e indirecta. Se refiere, concretamente, a estudios realizados a animales (ratones y primates); a la investigación de eventos postfecundación referidos a la receptividad del endometrio, que es el mecanismo indirecto, y a estudios realizados in vitro y en seres humanos que carecen de consistencia por el escaso universo de mujeres estudiadas y porque incluyó un número muy reducido de sujetos" (págs. 8-12). La sentencia que comentamos abunda en otras opiniones divergentes respecto de la misma cuestión.

Lo anterior llevó al Tribunal Constitucional a sostener en el considerando TRIGÉSIMO PRIMERO que: "En relación con los mecanismos de acción de los regímenes de anticoncepción de emergencia, ya se trate del régimen de levonorgestrel solo o del régimen combinado (régimen Yuzpe), los especialistas coinciden en la dificultad y complejidad de su determinación. Así el doctor Horacio Croxatto y la profesora María Elena Ortiz han sostenido que 'desentrañar el mecanismo de acción de la AE es una tarea muy compleja porque el efecto de los esteroides administrados depende de la fase del ciclo en que se usan y la fertilidad de la mujer varía de acuerdo a la etapa del ciclo menstrual en que se encuentre al momento de tener una relación sexual' (...) En un sentido similar, el Informe de la Universidad de la Santísima Concepción, acompañado a este proceso, afirma que a pesar del gran volumen de investigaciones publicadas sobre el Levonorgestrel como 'anticonceptivo de emergencia' (LN) todavía existen muchas dudas acerca de su efectividad y mecanismo de acción (...) La incertidumbre se da, sobre todo, en los mecanismo (sic) de acción, ya que algunos estudios han demostrado, en modelos de animales, que el LN tiene un efecto en la función ovárica, pero no tiene efectos significativos luego de la ovulación".

Enfrentado a esta realidad, y en el entendido de que el impedimento que pudiera producir el levonorgestrel para la implantación del cigoto en el endometrio de la madre conduciría a la inconstitucionalidad de este fármaco, el Tribunal sienta la tesis de la "duda razonable", en el considerando SEXAGÉSIMO CUARTO, sobre la base de que "las posiciones de los médicos que han aportado antecedentes en la causa, ya sea a favor o en contra de la 'píldora del día después', en su versión de progestina pura de 0,75 mg. o en el método combinado o de Yuzpe,

son equivalentes, en cuanto ambas sustentan, con idéntico vigor y convicción, su particular punto de vista". Los jueces razonan, en seguida, de esta manera: "No obstante, existe un elemento que, a juicio de estos sentenciadores, neutraliza tal equivalencia y que tiene que ver con efecto que ha de producirse de acogerse una u otra posición. En efecto, si se acoge la tesis de quienes sostienen que sólo existiría un ser humano, y por ende una persona, desde la implantación del embrión en el endometrio, impidiendo las píldoras del día después tal implantación, no habría atentado contra la vida de una 'persona' en los términos que la Carta Fundamental lo entiende. Por el contrario, si se sigue la tesis de quienes sostienen –como además lo entendió nuestro propio Constituyente– que la vida comienza con la concepción, esto es, por la unión del óvulo y del espermatozoide, un eventual efecto de las píldoras del día después que impidiese la implantación de un ser vivo –o de una persona– se transformaría en un aborto del todo contrario a la protección constitucional de la vida del que está por nacer que ha impuesto la Constitución al legislador y que, como todo derecho fundamental, impone a todos los órganos del Estado la obligación de respetar y promover. De esta forma, la equivalencia que pudiera existir, en un primer análisis, entre las posiciones de los especialistas que han aportado elementos de convicción a este proceso, se rompe, pues una de ellas produce un resultado inconstitucional mientras que la otra no. Por lo tanto, la duda –que es razonable, puesto que no se puede cuestionar por este juzgador el raciocinio de quienes son expertos en la ciencia médica– involucra –ni más ni menos– la eventual vulneración de la Carta Fundamental".

Planteadas la cuestión de la manera indicada, sobre el supuesto de que la "píldora del día después" podría (condicionalmente) constituir un atentado en contra de una "persona", que existiría desde la concepción, al impedirse la implantación del cigoto en el endometrio, la sentencia culmina en el considerando SEXAGÉSIMO SEXTO, que expresa: "*Que, para dilucidar el conflicto constitucional planteado y ante la evidencia de estar estos jueces frente a una duda razonable, ha de acudirse a aquellos criterios hermeneúticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, por ser ésa la materia comprometida en el presente requerimiento. En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio "pro homine" o "favor libertatis" definido en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos de la siguiente forma: 'Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma favorable a la persona humana' (Opinión Consultiva 5, 1985)".*

Como puede observarse, para llegar a la solución, el fallo se ve forzado a reconocer al producto de la concepción la calidad de "persona", con todos los atributos consignados en la Constitución, lo cual es un error. Sólo de esta manera es posible aplicar los principios en que se fundamenta la decisión. Creemos nosotros, sin embargo, que mayor amparo se habría brindado al que está por nacer si se hubiere aludido al "proceso de gestación de la vida humana", sin comprometer conceptos esenciales de gravitación universal en el derecho, y

estimado, como corresponde, inconstitucional cualquier atentado real o virtual en contra de quien, estando concebido, no es persona porque no ha nacido, carece de individualidad y forma parte del cuerpo de su madre.

La protección que la Constitución brinda al que está por nacer, hoy día de carácter absoluta, comprende las conductas de peligro que pueden llegar a afectarlo. No existe duda alguna de lo que afirmamos en presencia de lo prevenido en el artículo 20 de la Carta Fundamental. En consecuencia, toda privación, perturbación o amenaza que afecte al que está por nacer (concebido, pero no nacido), queda bajo la protección constitucional.

En verdad, como se desprende del análisis que antecede, la sentencia confunde la “duda razonable” con la “amenaza potencial” que, para la vida del que está por nacer, implica la ingestión del anticonceptivo de emergencia (levonorgestrel). Lo que denominamos “amenaza potencial” es la “situación objetiva de peligro” que, respecto del proceso de gestación, desencadena el fármaco cuestionado. Si existe la posibilidad, aun cuando remota, de que la llamada “píldora del día después” impida la implantación del cigoto en el endometrio de la madre, ella debe ser proscrita, porque la protección que brinda la Constitución al *nasciturus* debe extenderse a las situaciones objetivas de peligro que puedan afectarlo. Dicho de otro modo, la “situación de peligro” a que aludimos puede ser la antesala de la interrupción del proceso de gestación de la vida humana, constituyendo, entonces, una amenaza real. La “situación de peligro” debe entenderse como aquella combinación de circunstancias que, de acuerdo al orden natural de las cosas, puede derivar causalmente en un resultado que es posible prever. Y este es, precisamente, el escenario en que se desenvuelve la materia juzgada por el Tribunal Constitucional.

No comprendemos por qué razón el Tribunal no reconoció lo que hemos denominado “proceso de gestación de la vida humana” y la amplia protección ordenada por el constituyente al legislador, extendiendo indebidamente el concepto persona y confundiendo una situación objetiva de peligro (amenaza) con una duda razonable.

Es posible inferir, entonces, que aquello que la sentencia llama “duda razonable” no es tal. Se trata de una **situación objetiva de peligro** –puesto que ninguna duda existe sobre que el levonorgestrel “puede” impedir, en ciertos casos, la implantación del cigoto en el endometrio–, lo cual activa, automáticamente, la protección amplia y sin excepción que la Constitución brinda al que está por nacer. Basta la situación objetiva de peligro, la mera posibilidad, la probabilidad de que se impida la implantación del cigoto en el endometrio de la madre, para sancionar la distribución del fármaco como inconstitucional. Tenemos, por lo mismo, la impresión de que la construcción jurídica escogida por el Tribunal Constitucional es equivocada y que, por abarcar lo más (transformando

en “persona” a quien carece de esta calidad), prescindió de lo que realmente ampara y protege nuestra Ley Suprema.

4. Una omisión lamentable

Desde otro punto de vista, la sentencia adolece de una omisión lamentable, la que se evidencia con la sola lectura del voto disidente del Ministro Hernán Vodanovic Schnake. En efecto, el referido voto alude a los “derechos sexuales y reproductivos de la mujer”, comprendidos en el derecho al “libre desarrollo de la personalidad”, el cual se halla recogido en varias disposiciones de la Carta Fundamental. Para este disidente, es evidente que se suscita un “eventual conflicto entre el interés protegido del *nasciturus* y derechos constitucionales de la mujer”. A fin de apreciar en toda su importancia este planteamiento, reproducimos, a continuación algunos párrafos del voto disidente:

“Los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo cumplen la función de ser el límite del poder del Estado y de constituir, además, su justificación, gozando, en razón de su función, de la máxima jerarquía y fuerza normativa dentro del sistema constitucional.

“Ello implica que los derechos delimitan la órbita de acción del Estado y aquella esfera de ejercicio de libertad que no puede ser interferida por el mismo, de manera tal que sólo en un ámbito ajeno al ejercicio de lo que se denomina el núcleo esencial de dichos derechos podrá el Estado intervenir.

“Lo anterior resulta fundamental a efectos de discernir cuál es la frontera del mandato al legislador para proteger la vida del que está por nacer, pues si dicho límite está dado por los derechos fundamentales, el Estado no puede traspasarlo, ni siquiera a pretexto de proteger un interés constitucionalmente relevante, pues si tal acto implica la negación o vulneración de un derecho fundamental, el medio utilizado es ilícito, además de negar y vulnerar la jerarquía de los derechos fundamentales, poniendo sobre ellos, de forma errada, un interés constitucional que es de menor relevancia que los mismos.

“Incluso prescindiendo de lo razonado precedentemente, procede concluir que en el ejercicio de ese mandato de acción legislativa, y realizando una ponderación de bienes protegidos, debe tenerse presente como premisa básica que el Estado no puede invadir el espacio de la vida privada y de la libertad de conciencia, y sobre todo, la esfera del libre desarrollo de la personalidad, concretada específica y detalladamente en los derechos reproductivos y sexuales de la mujer, derechos fundamentales que limitan el poder del Estado y que gozan de preponderancia y mayor fuerza normativa frente al resto de los intereses constitucionales, por lo que cualquier medio utilizado en desmedro de ellos resulta contrario a la Constitución.

“En el mismo marco de ponderación, cabe señalar que si el derecho a la vida admite situaciones de inexigibilidad, tales como la legítima defensa o el estado de necesidad, en las que la privación de la vida está amparada por el derecho, con mayor razón es dable concluir que la vida por nacer, protegida por menor intensidad y ponderada frente a derechos fundamentales de la mujer, admite situaciones en que sus supuestos de protección decaen, entre las cuales se encuentra, desde ya, el ejercicio legítimo de derechos fundamentales de naturaleza reproductiva, sin perjuicio de otras de fuente netamente penal, como la lex artis médica en el ejercicio legítimo de la medicina y la carencia del elemento malicia exigido por el tipo de aborto”.

Más adelante, el disidente desarrolla el alcance de los derechos fundamentales de la mujer, contraponiéndolos a la *“obligación de soportar el estado de embarazo”* y a su *“derecho a la integridad síquica”*, a los cuales califica como *“derechos fundamentales de titularidad cierta e indiscutida, todo lo cual puede verse gravemente alterado por un embarazo no deseado y, aun más, por la coacción del Estado para soportarlo a pesar de ello”.*

Queda en evidencia, entonces, que la cuestión resuelta tiene ribetes más complejos que merecen ser tratados en profundidad, aun cuando siempre desde una perspectiva jurídica, al margen de otros elementos ajenos a la tarea jurisdiccional. La lectura de estas y otras disidencias dejan la sensación de que quedan pendientes muchas de las aristas del problema y que es ilusorio pensar que se trata de una cuestión definitivamente zanjada. Pueden no compartirse muchos de los juicios enunciados por este disidente, pero es incuestionable que debe ponderarse y considerarse la situación de la mujer, en cuanto titular de derechos fundamentales en materia sexual y reproductiva, y dilucidarse con rigor la colisión de dichos derechos con aquellos que asignamos al que está por nacer. Las cuestiones constitucionales de mayor envergadura consisten, casi siempre, en resolver qué derecho prevalece (merece mayor reconocimiento) cuando dos o más de ellos entran en conflicto. Esta podría ser una de ellas.

Hasta aquí nuestros comentarios sobre el fallo del Tribunal Constitucional sobre la llamada *“píldora del día después”*. Curiosamente, disintiendo de la construcción jurídica que inspira la sentencia, concordamos con la decisión adoptada y coincidimos en que el decreto supremo impugnado es inconstitucional. Pero la forma en que se construye el andamiaje justificatorio de la decisión no es indiferente. No pasará mucho tiempo antes de que se invoquen a la misma magistratura las reflexiones y conceptos contenidos en el fallo, sin perjuicio del efecto que los mismos tengan en otros tribunales de la República.

III. Sobre las normas de hermenéutica constitucional

Por último, atendida su importancia práctica y teórica y a pesar de hallarse sólo soslayados en el fallo, creemos conveniente adelantar algunas reflexiones sobre la hermenéutica constitucional. Se ha sostenido que las diversas ramas del derecho sufren un proceso de "constitucionalización" (influencia del derecho constitucional en las demás disciplinas del sistema normativo). Ello es efectivo y corresponde a una tendencia que se observa desde 1980 de manera progresiva.

El fenómeno que se destaca obedece a varias razones. Desde luego, nadie puede desconocer la necesidad de adecuar toda la legislación a las disposiciones de la Carta Política, puesto que de esta última arranca la validez (obligatoriedad) de las leyes; de las leyes la validez de los reglamentos; y de aquéllas y éstos, la validez de las reglas (sentencias judiciales, actos administrativos y los actos y contratos que celebran o se autoimponen los particulares). Por otra parte, la Constitución, como quiera que se considere, debe ser fuente esencial de interpretación (en cuanto mecanismo para la aplicación de las normas jurídicas), puesto que no puede concebirse una norma o una regla que contravenga la Ley Fundamental, si entre todas ellas existe coherencia, unidad y armonía. Por lo mismo, en virtud del "**principio de supremacía constitucional**", sólo será atendible aquella interpretación que mejor se avenga con el mandato de la Constitución y que de manera más rigurosa ejecute su contenido.

Ahora bien, la interpretación constitucional tiene un indiscutible alcance político, lo cual obliga a considerar con preferencia los valores, objetivos y fines que inspiraron su dictación y que debieron quedar plasmados en ella. Por lo mismo, lo que predomina en este tipo de interpretación es el llamado elemento *lógico* que pone el acento en la "intención y espíritu" de la norma. Siguiendo el esquema interpretativo dispuesto en el Código Civil (que los constitucionalistas se niegan adoptar en materia de su especialidad), la "historia fidedigna del establecimiento de la ley" (que el artículo 19 inciso segundo del Código Civil ordena aplicar cuando el tenor literal de la norma es oscuro), sólo sirve para este fin: establecer la intención y espíritu de la ley, esto es, sus objetivos y los valores que se tratan de realizar.

Desde este ángulo, no nos cabe duda alguna, atendida la evolución jurídica de nuestro país, que el constituyente (así sea la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución que preparó el anteproyecto plebiscitado en 1980 o la Junta Militar de Gobierno que lo hizo suyo con algunas modificaciones), entendió que la protección consagrada en el inciso segundo del N° 1 del artículo 19 de la Carta Política, estaba referida al "proceso de gestación de la vida humana", y que dicha protección abarcaba desde la concepción hasta el nacimiento. Asimismo,

consagraron una clara diferenciación entre “asegurar” y “proteger”. Se asegura aquello que existe (los derechos esenciales de la persona), se protege aquello que está expuesto a sufrir un daño o perjuicio (el desarrollo intrauterino de la criatura procreada, pero no nacida). Tampoco puede negarse que la cultura jurídica que predominaba entre 1974 y 1980 (incluso hasta el día de hoy) induce a pensar que la persona natural sólo goza de “existencia legal” desde su nacimiento, que éste está definido en el artículo 74 del Código Civil, y que la llamada “existencia natural” brinda al concebido y no nacido una amplia protección y el reconocimiento de “derechos eventuales” subordinados al hecho de que el nacimiento constituyera un principio de vida.

Es cierto que toda norma jurídica se independiza de sus autores, que tiene intención, espíritu y vida propia, lo cual le permite, incluso, evolucionar sin necesidad de modificarse (lo que se logra precisamente a través de la interpretación). Esta característica cobra mayor trascendencia tratándose de normas de carácter constitucional. Por lo tanto, la interpretación constitucional no es estática, sino esencialmente dinámica y estará siempre abierta al imperativo de adaptarse a la realidad política que regula.

De lo dicho se desprende que, en presencia de lo ordenado en el artículo 19 N° 1 inciso 2° de la Carta Política Fundamental, el aborto, en cuanto interrupción del desarrollo intrauterino del *nasciturus* es inconstitucional y que reconocerlo como un derecho de la mujer contraviene un mandato expreso y explícito del constituyente. Por consiguiente, le está vedado al legislador autorizarlo como una facultad de la mujer o de los padres. Desde el momento mismo de la fecundación se gesta un proceso que compromete no sólo a la mujer, sino a la sociedad toda, porque la génesis de la vida humana no queda, en ninguna de sus manifestaciones, a merced de la voluntad o la decisión soberana de una persona. Así se deduce de la cultura propia de nuestro tiempo y de los valores incorporados a la Carta Fundamental. A partir de esta premisa es posible deducir el ámbito de protección del *nasciturus*.